

DOUTRINA

NOTAS CRÍTICAS AO EMPREGO DO DIREITO AMBIENTAL NA DEFESA DA SEGURANÇA E SAÚDE DO TRABALHADOR

Andreas J. Krell

Doutor em Direito pela Universidade Livre de Berlim, Professor Adjunto de Direito Ambiental e Constitucional da UFAL e da Faculdade de Direito do Recife - UFPE (Mestrado/Doutorado).

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Inclusão do “meio ambiente do trabalho” ao conceito genérico do Meio Ambiente. 3. A legislação brasileira sobre Saúde e Segurança dos Trabalhadores. 4. Desvios na sistemática da CLT. 5. Acordos Coletivos e medidas facultativas. 6. A influência das normas da OIT. 7. Exemplos internacionais: União Européia e Alemanha. 8. Utilização da Ação Civil Pública na defesa do Meio Ambiente do Trabalho. 9. O conceito da “Saúde do Trabalhador”. 10. Resultados/Perspectivas.

1. Introdução

No Brasil acontecem quase 3 milhões de acidentes de trabalho por ano, o que coloca o país no topo das estatísticas internacionais. Milhões de trabalhadores sofrem com as condições insalubres nos locais das suas atividades remuneradas e sofrem sérios prejuízos na sua saúde.

Já existe – na área do Direito do Trabalho – uma legislação complexa sobre o tema da Saúde e da Segurança do Trabalhador. No entanto, um número cada vez maior de autores nacionais considera essas normas insuficientes e defende uma maior “ativação” das leis de *proteção do meio ambiente* para resolver os problemas ligados à defesa de saúde dos trabalhadores nos seus “ambientes de trabalho”.

Este artigo tem por objetivo apresentar as linhas básicas da legislação existente, discutir algumas dificuldades na aplicação das normas e avaliar as potencialidades e limitações dos instrumentos e

órgãos do Direito Ambiental de contribuir para uma proteção mais eficiente dos trabalhadores nos seus ambientes de trabalho.

2. Inclusão do “meio ambiente do trabalho” ao conceito genérico do Meio Ambiente

A Constituição Federal de 1988 trouxe uma inovação ao garantir, como direito dos trabalhadores urbanos e rurais, em seu Art. 7º, *caput*, e inciso XXII, a “redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança”; a Carta anterior de 1967/69 apenas fazia referência ao direito à “higiene e segurança” do trabalhador. O art. 39, § 3, CF 1988, estende esse direito aos servidores públicos civis. A sistematização do conteúdo normativo dessa regra ainda não foi realizada a contento pela dogmática, como veremos em seguida.¹

Ao mesmo tempo, a Carta Federal, no seu art. 225, introduziu um capítulo próprio sobre a proteção ambiental, prescrevendo o seu *caput* que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

O art. 200, inciso VIII, CF 1988, ao fixar a competência do Sistema Único de Saúde (SUS), relacionou entre as suas atribuições o seu dever de “colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho”. Essa norma, no entanto, não comprova por si que o “meio ambiente do trabalho” estaria necessariamente incluído no conceito do meio ambiente *geral* protegido pelo art. 225.

A partir de uma “visão holística” do meio ambiente e o abandono da dicotomia entre o ambiente *natural* e o *artificial*, alguns autores tendem a considerar a proteção da qualidade ambiental no interior das fábricas e outros lugares onde se desenvolve o trabalho humano como objeto de proteção da *legislação ambiental*.²

¹ MACHADO, Sidnei. *O Direito à Proteção ao Meio Ambiente de Trabalho no Brasil*. São Paulo: Ed. LTr, 2001, p. 85.

² FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. *Direito Ambiental e a Saúde dos Trabalhadores*. São Paulo: Ed. LTr, 2000, p. 46s., 235.

Segundo a *definição legal* previsto na Lei n. 6.938/81 (Política Nacional do Meio Ambiente), art. 3º, o meio ambiente “é o conjunto de condições, leis, influências, e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em qualquer de suas formas.”

O meio ambiente, segundo uma definição hoje dominante na doutrina brasileira, é composto pelas áreas do meio ambiente *natural*, do meio ambiente *cultural* e/ou *artificial* (criado pelo homem); nesse último conceito, é possível incluir o “meio ambiente do trabalho”. Esse alargamento conceitual se deve à teoria do desenvolvimento sustentável, cada vez mais aceita depois da Conferência da ONU sobre Desenvolvimento e Meio Ambiente (RIO-92), segundo a qual é necessário adotar uma visão interdisciplinar e integral do meio ambiente.

Assim, é possível conceituar o meio ambiente do trabalho como a “ambiência na qual se desenvolve as atividades do trabalho humano” ou o “conjunto das condições internas e externas do local de trabalho e sua relação com a saúde dos trabalhadores”. Autores como Sá da Rocha vão mais além e propagam o conceito do “meio ambiente de trabalho ecologicamente equilibrado”, alegando que o interesse de todos os trabalhadores em defesa de condições da salubridade do trabalho, constitui direito essencialmente *difuso*, assuntos estes que trataremos adiante.³

Nesse sentido, invoca-se também a já mencionada Lei da Política Nacional do Meio Ambiente que define como *poluição* a “degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente: prejudiquem a saúde, a segurança e o bem estar da população ou afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente” e como *poluidor* “a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental” (art. 3º, III e IV).

Os defensores desta linha “progressiva” alegam que a degradação no ambiente do trabalho, resultante de atividades que prejudicam a saúde, a segurança e o bem-estar dos trabalhadores,

³ ROCHA, Julio Cesar de Sá da. *Direito Ambiental e Meio Ambiente: Dano, Prevenção e Proteção Jurídica*. São Paulo: Ed. LTr, 1997, p. 32s., 102.

ocasionaria uma *poluição* no meio ambiente do trabalho nos termos da citada lei, impondo ao poluidor a obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados independente da existência de culpa (art. 4º c/c art. 14, § 1, Lei n.º 6.938/81). Nesse diapasão, Purvin de Figueiredo afirma que as normas sobre Saúde e Segurança do Trabalho seriam “normas de Direito Ambiental” e, para “a doutrina mais tradicional”, um capítulo do Direito do Trabalho.⁴

Os mesmos autores alegam que o Direito Ambiental estaria “hoje muito mais bem aparelhado do que qualquer outro ramo do Direito” para promover a redução dos riscos e a substituição de métodos que põem em risco a vida e a saúde do trabalhador.⁵ Assim, poderiam ser aplicadas determinadas normas da nova Lei da Natureza (n. 9.605), de 1998, como as sobre o crime de poluição, e as multas administrativas segundo o recente Decreto n. 3.179/99.

No entanto, temos dúvidas sobre a capacidade administrativa dos órgãos de proteção ambiental existentes nos três níveis da federação brasileira para assumir essa nova área abrangente de fiscalização e controle. Ao mesmo tempo, não vislumbramos a possibilidade que o Ministério do Trabalho poderia começar a aplicar as leis de proteção ambiental, que se concentram na temática da defesa do meio ambiente natural.

A degradação dos ambientes de trabalho certamente pode, em muitos casos, coincidir com a poluição do ambiente exterior ao local do trabalho, mas não necessariamente;⁶ um caso específico representa o trabalho ao ar livre (na agricultura, floresta). No entanto, devemos, desde o início, distinguir entre os diferentes tipos de “poluição” do meio ambiente do trabalho. Somente onde os efluentes líquidos, resíduos sólidos, emanações gasosas, vibrações, raios, etc. que passam pelo ar, água ou solo, prejudicam os próprios trabalhadores, podemos aceitar uma unidade conceitual entre meio ambiente *natural* e meio ambiente *do trabalho*.

Sem dúvida, o Direito Ambiental guarda forte correlação com o tema Segurança e Saúde no Meio Ambiente do Trabalho; também

⁴ FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. *Direito Ambiental e a Saúde dos Trabalhadores*, p. 53.

⁵ Ibidem, p. 34, 67.

⁶ Ibidem, p. 23.

não podemos afastar do Direito Ambiental questões relativas à Saúde Pública, como veremos adiante.⁷ Todavia, nos parece que um "holismo" exagerado não ajuda na solução dos problemas reais nesse âmbito.⁸ Como já foi exposto, a legislação ambiental pode ser aplicada em casos específicos, onde a poluição do meio ambiente natural se reflete diretamente no meio ambiente do trabalho. Assim, seria estranho querer considerar a barraca de uma serraria ou a sala de uma fábrica como meio ambiente "ecologicamente equilibrado".

3. A legislação brasileira sobre Saúde e Segurança dos Trabalhadores

O ponto de partida legal do tema é a Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, que trata, no seu Título II, Capítulo V, da Segurança e Medicina do Trabalho e no Título III das Normas Especiais de Tutela do Trabalho. Nos anos 40 do século passado, os artigos 154-223 da CLT introduziram no Brasil regras sobre higiene e segurança de trabalho, representando as primeiras normas de prevenção de acidentes e proteção ao ambiente de trabalho o que significava, na época, "uma das mais significativas expressões do intervencionismo oficial nas relações entre Capital e Trabalho".⁹

No entanto, Purvin de Figueiredo¹⁰ considera tímida a maneira que a CLT enfrentava a questão da prevenção de acidentes e doenças decorrentes de um meio ambiente do trabalho inadequado. Assim, a lei estabeleceu somente a obrigatoriedade do exame médico e notificação das doenças profissionais, quase não havendo preocupação com uma verdadeira prevenção de doenças e acidentes.

Em 1977, a Lei n. 6.514 deu tratamento novo à matéria, reformulando os artigos 154-201 da CLT, que passaram a integrar um sistema administrativo de normatização e fiscalização do Ministério do Trabalho. Foram instituídas as medidas de prevenção de acidentes

⁷ Ob. cit., p. 32.

⁸ A sala de apresentação de um concerto clássico de orquestra se torna um meio ambiente "cultural"? E caso o violinista errar na sua parte: teríamos um caso de "poluição ambiental"?

⁹ G. Saad, *apud* FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. *Direito Ambiental e a Saúde dos Trabalhadores*, p. 54.

¹⁰ FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. Ob. cit., p. 62.

de trabalho e doenças profissionais e definidas as atividades insalubres e perigosas.

Estabeleceu-se também a obrigatoriedade da adoção de medidas de prevenção pelas empresas (instruir os trabalhadores sobre medidas de proteção, submeter-se à inspeção prévia do estabelecimento) e a possibilidade de embargo e interdição no caso de riscos iminentes aos trabalhadores pelo Delegado Regional de Trabalho, não sendo prevista, contudo, a participação dos trabalhadores, o que reflete a inspiração técnico-burocrática da época autoritária do Governo Vargas.¹¹

Desde então, as empresas de maior porte estão obrigadas a manterem profissionais especializados em segurança e medicina do trabalho (médicos, enfermeiros, engenheiros) e devem formar Comissões Internas de Prevenção de Acidentes (CIPAs), as quais ainda sofrem limitações de autonomia e de competência.

A partir das emendas introduzidas à CLT pela Lei n. 6.514/77 (art. 200), o Ministério do Trabalho editou, mediante a Portaria 3.214/78, vinte e oito *Normas Regulamentadoras* (as chamadas “NRs”) sobre Segurança e Saúde (e Medicina) no Trabalho, fixando regras sobre normatização e fiscalização.

Essas NRs tratam, entre outros, de temas como a Comissão Interna de Prevenção de Acidentes – CIPA (NR-5); o uso de Equipamentos de Proteção Individual - EPI (NR-6); os Programas de Controle Médico de *Saúde Ocupacional* (NR-7) e de *Prevenção de Riscos Ambientais* (NR-9); transporte, movimentação, armazenamento e manuseio de materiais (NR-11); *máquinas* e equipamentos (NR-12); atividades e operações *insalubres e perigosas* (NR-15); condições e meio ambiente do trabalho na indústria da *construção* (NR-18); trabalho ao *céu aberto* (NR-21); as condições *sanitárias* e de conforto nos locais de trabalho (NR-24) e *resíduos* industriais (NR-25).

Segunda a NR1, todas essas normas relativas à segurança e medicina do trabalho, são de observância obrigatória pelas empresas privadas e públicas e pelos órgãos públicos da administração direta e indireta, bem como pelos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário, que possuam empregados regidos pela CLT. Ela declara as

¹¹ MACHADO, Sidnei. *O Direito à Proteção ao Meio Ambiente de Trabalho no Brasil*, p. 61, 96s.

Delegacias Regionais do Trabalho como órgãos regionais competentes para executar e fiscalizar as atividades relacionadas com a segurança e medicina do trabalho. Desde 1996, as NRs estão sendo revisadas pela Comissão Tripartite Paritária Permanente, composta por representantes dos trabalhadores, empregadores e do governo. Este sistema funciona apenas em setores sindicais com categorias organizadas.

4. Desvios na sistemática da CLT

É de ressaltar que a CLT optou pela proteção *individual* e não pela proteção coletiva dos riscos nos ambientes de trabalho. O que é mais, a CLT garante aos trabalhadores que prestam serviços em locais nocivos a sua saúde o pagamento de um adicional mensal de remuneração compensatória.

Por isso, tem sido comum os empregadores sugerem aos seus trabalhadores apenas medidas protetivas individuais (EPIs) para prevenir-se contra acidentes e riscos de saúde no ambiente do trabalho. Essa valorização excessiva do uso de EPIs como medida de proteção à saúde é considerada por muitos um *equivoco*, visto que os mesmos não corrigem as deficiências ambientais existentes, nem tão pouco neutralizam por completo a ação dos agentes insalubres no organismo do trabalhador. Isso mostra que a ênfase dessa proteção deveria ser coletiva, para que os ambientes de trabalho insalubres possam ser eliminados definitivamente.

Crítica-se também que o estabelecimento de *limites de tolerância* ou de concentração levaram a uma convivência e exposição dos trabalhadores a substâncias e agentes comprovadamente prejudiciais à saúde, o que atentaria contra o disposto no artigo 1º, III e art. 3º, IV, da Carta Federal (princípios da *dignidade* da pessoa humana e da promoção do *bem de todos*). As citadas normas da CLT, segundo alguns, estariam também em desacordo com os princípios que garantem a redução dos riscos no trabalho, especialmente os respectivos direitos fundamentais.

Nessa linha, Sidnei Machado afirma que a política expressa nas NRs se concentra na monetarização dos riscos, na ênfase na prevenção de acidentes com o uso de EPIs e na limitação na participação dos trabalhadores no processo de normatização e

fiscalização.¹² Segundo ele, a utilização de limites de tolerância e de concentração da exposição ao agente nocivo cria um *desestímulo* à sua eliminação ou neutralização. Muitos dos padrões máximos utilizados pelas NRs estaria defasados. Além disso, a concepção das NRs estaria muito direcionada a questões de segurança, sem ênfase para a promoção da saúde do trabalhador e preservação do meio ambiente de trabalho.¹³

Certamente constitui uma *paradoxo* da política de prevenção à segurança e saúde do trabalhador o direito à monetarização dos riscos de trabalho, mediante pagamento de adicionais de remuneração para atividades penosas, insalubres ou perigosas, que estão garantidos pelo art. 7, XXIII, CF. Para a doutrina crítica, isto levaria à “venda da própria saúde” pelos trabalhadores; em muitos casos, o pagamento desses valores é mais barato para o empregador do que investir em medidas de eliminação dos perigos e riscos no local de trabalho. Assim, os novos conceitos de saúde, meio ambiente e redução dos riscos do trabalho não estariam devidamente positivados na legislação infraconstitucional, ainda marcada pela cultura da prevenção dos riscos físicos, químicos e biológicos, combinado com a reparação monetária dos acidentes de trabalho.¹⁴

Em geral, a matéria é tratada atualmente numa legislação esparsa: a CLT e leis trabalhistas esparsas, normas baixadas pelo Executivo, Convenções da OIT e tratados internacionais, normas constitucionais, acordos coletivos de trabalho, leis e resoluções do SUS, legislação ambiental, legislação da Previdência Social, códigos municipais sanitários e de obras. Essa *fragmentação*, sem dúvida, dificulta bastante a aplicação das normas de saúde, segurança e meio ambiente de trabalho.¹⁵

O Direito à saúde no trabalho esteve por muito tempo vinculado a um *discurso técnico-médico* dos riscos profissionais, descredenciando o papel a ser desempenhado pelos atores sociais

¹² MACHADO, Sidnei. *O Direito à Proteção ao Meio Ambiente de Trabalho no Brasil*, p. 99.

¹³ Ibidem, p. 101.

¹⁴ Ibidem, p. 95, 103.

¹⁵ Outras normas protetivas do ambiente de trabalho no Brasil podem ser encontradas na Lei n.º 8.080/90 (Lei Orgânica da Saúde), nas Leis n.º 7.802/89 (agrotóxicos), e nas Leis n.º 8.212/91 e 8.213/91.

envolvidos nesse processo. Uma redefinição dos conceitos de saúde e de ambiente de trabalho, para fins de saúde e segurança no trabalho, é fator que amplia o objeto e o conteúdo do Direito do Trabalho. Este pode contribuir, no âmbito normativo, para fazer prevalecer a prioridade da prevenção de acidentes e doenças colocando em segundo plano as compensações monetárias.¹⁶

5. Acordos Coletivos e medidas facultativas

Segundo o art. 154 CLT, que arrola as fontes jurídicas referentes à Saúde do Trabalhador, as empresas devem, ao lado das obrigações federais, observar outras disposições constantes de códigos de obras ou leis sanitárias dos estados ou municípios em que se situem, além das incluídas nas convenções coletivas de trabalho.

No entanto, ainda não existe no Brasil uma tradição de inserção de cláusulas nos acordos coletivos que dizem respeito à saúde e segurança dos trabalhadores ou o ambiente do trabalho.¹⁷ Na verdade, os sindicatos deveriam assumir um papel importante nesse processo, tendo em vista que eles podem noticiar os empregadores sobre os riscos ligados ao emprego de determinadas substâncias químicas e firmar com eles acordos a respeito.

Nas últimas décadas também ganharam destaque os Programas de Qualidade dos produtos e serviços reguladas pela ISO (*International Organization for Standardization*), que possui 100 países-membros. A conhecida ISO 9000 visa à excelência organizacional da empresa e a criação de produtos “ambientalmente corretos”; a ISO 14000, por sua vez, aborda especificamente o tema da gestão ambiental das empresas, inclusive o “selo verde” referente ao processo produtivo. No entanto, a adesão dos empregadores à essas normas é facultativa, aderindo normalmente apenas as empresas de porte maior.¹⁸

¹⁶ MACHADO, Sidnei. *O Direito à Proteção ao Meio Ambiente de Trabalho no Brasil*, p. 73.

¹⁷ Cf. FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. *Direito Ambiental e a Saúde dos Trabalhadores*, p. 65; O. Lopes, p. 151.

¹⁸ Julio Cesar de Sá da ROCHA critica essas iniciativas; cf. *Direito Ambiental e Meio Ambiente: Dano, Prevenção e Proteção Jurídica*. São Paulo: Ed. LTr, 1997, p. 45s.

No entanto, três quartos das empresas brasileiras são pequenas ou micro e estas são responsáveis atualmente para 70% dos empregos. Essas empresas oferecem maiores riscos de acidentes e a prevenção é menor.¹⁹

6. A influência das normas da OIT

A legislação nacional brasileira na área da saúde e segurança do trabalhador sempre sofreu fortes influências por parte das normas internacionais sobre o assunto, especialmente das Convenções da Organização Internacional de Trabalho – OIT (ILO), órgão que integra a ONU.

Essas normas internacionais, uma vez aprovadas pelo Legislativo e ratificados pelo Presidente brasileiro, passam a integrar o ordenamento jurídico nacional, em nível de lei ordinária. No entanto, o art. 5, § 2, da CF, permite a ampliação do rol dos Direitos Fundamentais do texto da Carta por direitos humanos consagrados em tratados internacionais; nesse caso novos direitos dos trabalhadores passam a integrar a ordem nacional em nível de Direito Fundamental (Flávia Piovesan); alguns anos atrás, surgiram várias dúvidas doutrinárias a respeito da “transformação” da Convenção n. 158 da OIT (que vetou a demissão arbitrária).

A relação da questão ambiental com a saúde dos trabalhadores foi expressamente introduzida através da Convenção n. 155 da OIT, de 1981 (ratificada pelo Brasil em maio de 1992), sobre “Segurança, Saúde dos Trabalhadores e o Meio Ambiente do Trabalho”. Essa norma garante a participação obrigatória dos representantes dos trabalhadores no processo normativo, vedando-se, assim, a mera adoção de normas voluntárias por parte dos empregadores.

A Convenção n. 155 ampliou o conceito de “ambiente de trabalho” para fins de segurança e saúde dos trabalhadores, para poder considerar tanto a agressão que o local de trabalho pode sofrer, oriunda do meio ambiente circunvizinho, quanto a poluição gerada no próprio estabelecimento industrial.²⁰

¹⁹ MACHADO, Sidnei. Ob. cit., p. 55.

²⁰ A. Süsskind, *apud* FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. Ob. cit., p. 92.

Ao mesmo tempo, a Convenção n. 148, de 1977 (ratificada pelo Brasil em 1982) criou regras de proteção dos trabalhadores contra poluição do ar, ruído e vibrações. Ela traz a novidade de optar pela eliminação de todo risco físico devido à contaminação, ao ruído e às vibrações no local de trabalho (art. 9), em vez de preconizar a apenas a sua atenuação ou neutralização (através de EPIs), como é comum na legislação brasileira, que ficou vinculada a determinar a eliminação desses riscos.

Desde a Conferência da ONU sobre o Meio Ambiente em Estocolmo (1972), a OIT abandonou a velha perspectiva do estudo das “doenças ocupacionais” e lançou, em 1976, o Programa Internacional para a Melhoria das Condições do Trabalho (sigla em francês: PIACT), visando à “proteção contra os efeitos desfavoráveis de fatores físicos, químicos e biológicos no local de trabalho e no meio ambiente imediato”; destacou-se também a necessidade de fortalecimento da Administração do Trabalho, especialmente a “inspeção do trabalho”.

Desde 1994, a OIT vem adotando as orientações da Agenda 21, cujo capítulo 29 exige o “fortalecimento do papel dos trabalhadores e de seus sindicatos” no processo do desenvolvimento sustentável. Para a OIT, o desafio atual é propiciar um crescimento econômico sustentável que garanta um meio ambiente equilibrado e saúde e segurança no trabalho. O próprio conceito do “desenvolvimento sustentável” tenta uma aproximação entre saúde, meio ambiente e desenvolvimento.

Nos países periféricos o dano ao Meio Ambiente tem origem, em parte, nos fatores econômicos de desigualdade social. A falta de condições mínimas para uma vida digna afeta e interage com o meio ambiente. No Brasil, destruição ecológica e degradação social são as duas faces da mesma moeda: os pobres que mais sofrem com a poluição e, muitas vezes, são eles os agentes poluidores.²¹

Ao mesmo tempo, a Organização Mundial de Saúde – OMS (WHO), trata do termo “saúde” é também de forma ampla, como “um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não meramente a ausência de doenças e enfermidades”. Com essa definição é bem

²¹ MACHADO, Sidnei. *O Direito à Proteção ao Meio Ambiente de Trabalho no Brasil*, p. 72.

abrangente, devemos lembrar que são vários os fatores que influem nesse estado de “bem-estar” (por exemplo, ser desempregado ou não ter uma família estruturada, etc.).

Em documentos sobre a chamada “Saúde Ocupacional”, a OMS destaca que o “Meio Ambiente de trabalho” é o lugar onde muitas pessoas passam a maior parte do seu tempo, deixando claro, no entanto, que os riscos à saúde no meio ambiente do Trabalho geralmente diferem daquelas encontrados no meio ambiente em geral.

Na área do meio ambiente do trabalho, a OMS distingue entre os riscos *mecânicos* (ex.. máquinas e estruturas inseguras), *biológicos* (vírus, bactérias, fungos, parasitas) e *físicos* (ruído, vibrações, radiações, temperatura).

Nos países chamados “periféricos”, onde vivem ca. de 75% dos trabalhadores do mundo, eles podem estar expostos simultaneamente a riscos no meio ambiente do trabalho, num ambiente doméstico inseguro e num meio ambiente geral poluído.²²

A “Declaração Sócio-Laboral” do MERCOSUL, de 1998, destaca o direito de todos ao trabalho em ambiente seguro e sadio, que preserve a saúde física e mental (art. 17). Essa declaração, no entanto, não possui caráter obrigatório e, assim, não há sanções para as partes que a violarem.²³ As partes comprometeram-se a instituir e manter serviços de inspeção do trabalho com o propósito de controlar em todo o seu território o cumprimento das disposições normativas. (falhas, déficit na execução...)²⁴

7. Exemplos internacionais: União Européia e Alemanha

No âmbito da União Européia (EU), o chamado Ato Único Europeu, de 1987, introduziu o artigo 118-A ao Tratado de Roma que estipula que “os estados-membros empenham-se em promover a melhoria das condições de trabalho, para protegerem a segurança e a

²² FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. *Direito Ambiental e a Saúde dos Trabalhadores*, p. 101.

²³ Cf. MACHADO, Sidnei. *O Direito à Proteção ao Meio Ambiente de Trabalho no Brasil*, p. 63.

²⁴ FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. Ob. cit., p. 181.

saúde dos trabalhadores”, e estabelecem a harmonização das normas atinentes.

O referido artigo também permite a imposição de normas mais severas do que as do Direito Comunitário. As “diretivas” europeias sobre proteção à saúde dos trabalhadores e o meio ambiente de trabalho representam, hoje, dois terços de toda legislação social da EU.²⁵

Assim, existem Diretivas da EU sobre os riscos do uso de amianto, chumbo, agentes biológicos, físicos, ruídos, bem como sobre a saúde e segurança dos trabalhadores na áreas sensíveis da agricultura, do trabalho marítimo, na construção civil e na mineração. Nesse contexto, o marco histórico foi a Diretiva-Quadro n. 391/89 sobre Segurança e Higiene Laboral, que aplica-se a todos os setores de atividade, privados ou públicos – industriais, agrícolas, comerciais, administrativas, de serviços, etc., e atribui expressamente aos trabalhadores o direito de cessarem o trabalho em casos de perigo grave e iminente.

No entanto, os documentos legais europeus fazem uma clara distinção entre as áreas da “proteção ao meio ambiente” (natural) e a “saúde e segurança do trabalhador”, provavelmente por razões históricas da evolução diferente dessas áreas. As leis europeias, em geral, sempre tratam das suas matérias de regulamentação com vista ao processo de implementação; assim, ganha importância o aspecto quais sejam os órgãos que vão aplicar essas normas de proteção.

Na Alemanha, o principal diploma legal nesse âmbito é a “Lei de Proteção Trabalhista” (Arbeitsschutzgesetz - ArbSchG), de 07.08.1996. Ela vigora em todas áreas de atividades, menos as dos empregados domésticos e os em navios. Nesse sistema legal, o empregador é obrigado de tomar as medidas de proteção trabalhista necessárias, de verificar a sua eficácia e adequa-las, se necessário. Ele deve organizar o trabalho de maneira que seja evitado qualquer perigo para vida e saúde dos trabalhadores e que os riscos restantes sejam os menores possíveis (arts. 3, 4). Perigos devem ser combatidos na sua fonte e os empregados devem ser informados de maneira suficiente sobre segurança e proteção à saúde (art. 12).

A implementação das regras de proteção trabalhista é tarefa do Estado; a lei concede aos órgãos administrativos amplos direitos

²⁵ MACHADO, Sidnei. Ob. cit., p. 63.

de fiscalização (artigos 21ss.). O cumprimento desses deveres constitui parte das obrigações legais do empregador segundo o Código Civil (art. 604), dando a sua violação aos empregados o direito de recusar a realização do trabalho devido e de indenização (arts. 276, 823 II, Código Civil).

Competentes para aplicação das normas são as chamadas “Repartições Estaduais de Controle das Atividades Econômicas” (*Gewerbeaufsichtsämter*), além dos Médicos Trabalhistas credenciados (*Gewerbeärzte*). O cumprimento das normas de proteção trabalhista está sendo assegurado por normas penais e de contravenções penais.²⁶ Nesse contexto, são importantes também a Lei alemã de Proteção contra Substancias Perigosas (*Chemikaliengesetz*) e o Decreto sobre uso de substâncias perigosas no trabalho (*GefahrstoffVO*, 15.11.99); além disso, existem várias outras normas de proteção para os diferentes tipos de atividades (como metalurgia, mineração, etc. - *Gesundheitsschutz-BergVO*, 31.7.91)²⁷

8. Utilização da Ação Civil Pública na defesa do Meio Ambiente do Trabalho

A Ação Civil Pública, disciplinada pela Lei n.º 7.347/85, ganhou status constitucional, incluída sua promoção entre as funções institucionais do Ministério Público (art. 129, III); os termos da utilização dessa ação foi ampliado pelo Código de Defesa do Consumidor.

A Constituição Federal de 1988, estabelece em seu art. 129 as funções do Ministério Público, que deve zelar pelo efetivo respeito dos poderes públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia” e promover o inquérito civil e a ação civil pública, para

²⁶ MODEL, Otto/ CREIFELDS, Carl/ LICHTENBERGER, Gustav. *Staatsbürger-Taschenbuch*, München: Verlag, C. H. Beck, 30. Aufl., 2000, S. 754ff. (Rnr. 620).

²⁷ O Decreto sobre os Lugares de Trabalho (*ArbeitsstättenVO*), de 1975, estabeleceu exigência gerais de prevenção contra acidentes e higiene nos ambientes de trabalho (entrada de ar, iluminação, temperatura, proteção contra ruídos e fogo, salas de banho, refeição, barracas, no ar livre, construção civil); recentemente, foram baixadas normas sobre trabalho no computador – *BilschirmarbeitsVO*, de 1996).

a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (III).

Segundo a Lei n. 7.347/85, pode ser instaurada Ação Civil Pública em defesa do meio ambiente, do consumidor, de bens de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, de qualquer outro interesse difuso ou coletivo e da ordem econômica. A função primordial do Ministério Público, portanto, é *assegurar direitos* e não apenas promover a punição de falhas e a repressão criminal. Nessa perspectiva, sua função na área da saúde, por exemplo, envolve também o monitoramento da formulação e da implementação das políticas de saúde.

Desde a promulgação do Código de Defesa do Consumidor, em 1990, (Lei n. 8.080, art. 110), ficou assentado que o Ministério Público é legitimado a defender interesses *individuais homogêneos*, *interesses coletivos*, *interesses difusos* e *interesses públicos* em geral. Enquanto o "direito" é considerado uma modalidade de situação jurídica subjetiva que envolve uma pretensão correlata à exigibilidade de uma prestação, o "interesse", por sua vez, constitui modalidade, em que a pretensão nem sempre se manifesta de forma evidente.²⁸

Enquanto para os interesses e direitos coletivos, a titularidade pertence a uma categoria ou um grupo determinável, decorrente de um vínculo legal, os interesses e direitos difusos têm por titular uma comunidade indeterminável, sendo a base uma relação fática (morar na mesma região, consumir o mesmo produto, etc.).

Nesse contexto, vale ressaltar também que um único fato pode dar origem a interesses distintos. Uma fábrica pode emitir gases além do permitido e provocar a poluição na própria fábrica (interesse coletivo de todos os empregados), no bairro adjacente (interesse difuso dos moradores) e causa doença em alguns trabalhadores (direitos individuais homogêneos dos doentes).²⁹

²⁸ GONÇALVES, Aroldo Plínio. Ação Civil Pública na Justiça de Trabalho. *Revista LTr*, vol. 58, n. 10, out. 1994, p. 1225-29, 1228.

²⁹ VIANA, Márcio Túlio. Interesses difusos na Justiça do Trabalho. *Revista LTr*, vol. 59, n. 2, fev. 1995, p. 182ss. Cf. Súmula de Entendimentos n. 6 do Conselho Superior do Ministério Público de São Paulo, *apud* MANCUSO, Rodolfo de Camargo, Ação civil pública trabalhista: análise de alguns pontos controvertidos. *Revista LTr*, vol. 60, n. 9, set. 1996, p. 1180-96, 1184s.

É controvertido a questão se podem existir direitos difusos de natureza trabalhista. Alguns alegam que não pode haver direitos, mas somente interesses *difusos* de natureza trabalhista.³⁰

Eliminar os perigos “ambientais” dentro de uma fábrica é de interesse coletivo, por afetar o grupo de pessoas que ali trabalha. Mesmo no caso em que o risco ultrapassa os limites do estabelecimento (fábrica, comércio), ameaçando um segmento indeterminado de pessoas, o interesse dos trabalhadores continua sendo coletivo, embora convivendo, lado a lado, com o interesse difuso dos moradores vizinhos.³¹

Normalmente o meio ambiente de trabalho é compreendido diante de grupo determinado de pessoas, como, por exemplo, uma categoria de trabalhadores, v.g., petroquímicos ou bancários. Esta proteção tem uma natureza eminentemente coletiva. (grupo, categoria ou classe).

Se o contrato é a *ponte* que coletiviza interesses, pode acontecer que alguns ainda não passaram por ela, como, por exemplo, nas exigências de admissão (funcionárias estéreis ou esterilizadas). Aqui o interesse é difuso.

Segundo o art. 83 da Lei Complementar n. 75, de 1993 (Lei Orgânica do Ministério Público da União) compete ao Ministério Público do Trabalho “promover a ação civil pública no âmbito da Justiça do Trabalho, para defesa de interesses coletivos, quando desrespeitados os direitos sociais constitucionalmente protegidos” (III). A lei fala em interesses *coletivos*, mas os relaciona com direitos sociais. No entanto, vários direitos sociais podem assumir a forma “difusa”: se, por exemplo, uma empresa discrimina deficientes físicos na admissão, ela afeta interesses difusos, e não coletivos, já que os candidatos ainda não integram a categoria.³²

³⁰ LEAL, Ronaldo José Lopes. O processo do trabalho e os interesses difusos. *Rev. LTR*, vol. 59, n. 1, jan. 1995, p. 30.

³¹ VIANA, Márcio Túlio. *Interesses difusos na Justiça do Trabalho*, p. 183.

³² Exemplos: exigência de atestados de esterilização ou assinatura em branco de pedidos de demissão na admissão; o não recolhimento para o FGTS; medidas discriminatórias contra os autores de reclamações trabalhistas. Outros casos são a ameaça ou o desrespeito a interesses metaindividuais de segmentos sociais específicos na relação do emprego (deficientes, adolescentes, indígenas; cf. VIANA, Márcio Túlio. *Ob. cit.*, p. 184.

Outros alegam que a Lei Complementar n. 75/83 não seria capaz de restringir a competência do Ministério Público de instaurar Ação Civil Pública em defesa de interesses *coletivos e difusos* (em conjunto), que está consagrada na própria Constituição (art. 129, III).³³ Assim, o legislador apenas teria situado a hipótese mais comum (interesses coletivos), mas não proibido a incomum nessa área (interesses difusos). Nessa linha, Nelson Nery Jr. afirma que, na propositura da Ação Civil Pública, o atividade do Ministério Público do Trabalho não estaria limitada às questões trabalhistas, existindo uma legitimação ampla e irrestrita na defesa dos direitos difusos e coletivos, de acordo com o art. 129, III, CF.

No entanto, estamos inclinados para a posição que não cabe ao Ministério Público no âmbito da Justiça do Trabalho a defesa de interesses difusos que não guardam estreita relação como mundo trabalhista; declarar os “locais de trabalho” simplesmente para parte do meio ambiente “em geral” não parece ajudar muito na solução prática dos problemas.³⁴ É de ressaltar também que existe a possibilidade do Ministério Público do Trabalho de agir em litisconsórcio com o Ministério Público estadual ou federal (art. 5, § 5, Lei n. 7.347/85).

Parte da jurisprudência entende que compete à justiça *comum* estadual processar e julgar Ação Civil Pública contra uma empresa poluidora na defesa do meio ambiente do trabalho e saúde dos trabalhadores.

Outros defendem que na Justiça do Trabalho também pode ser intentada Ação Civil Pública na tutela protetiva do meio ambiente de trabalho e da saúde dos empregados, com fundamento no art. 114 da CF que estabelece que “compete à justiça do trabalho conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores (...) e na forma da lei, *outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho*” (grifos nossos).

³³ LOPES, Otávio Brito. A Ação Civil Pública e os direitos sociais trabalhistas constitucionalmente assegurados. *Revista LTr*, vol. 62, n. 4, abr. 1998, p. 459-466, 463.

³⁴ Cf. GONÇALVES, Aroldo Plínio. Ação Civil Pública na Justiça de Trabalho. *Revista LTr*, vol. 58, n. 10, out. 1994, p. 1226.

O próprio Supremo Tribunal Federal³⁵ decidiu recentemente pela competência da Justiça de Trabalho para julgar ação civil pública em que se discutia o meio ambiente do trabalho.³⁶

Assim, o “meio ambiente do trabalho” pode ser defendido por parte do Ministério Público do Trabalho mediante instauração de Ação Civil Pública, com o escopo de compelir o empregador ao cumprimento das normas legais e convencionais pertinentes com a higiene e a segurança no local de trabalho.³⁷

O objeto da Ação Civil Pública pode se assemelhar ao do dissídio coletivo: ambos os instrumentos são voltados à tutela de interesses metaindividuais, no plano da jurisdição coletiva. No dissídio coletivo se fixam novas condições de trabalho que se aplicarão a toda uma categoria laboral/patronal, em decorrência do poder normativo, imanente à Justiça do Trabalho.³⁸

Outra dúvida surge sobre a questão se os sindicatos podem defender interesses difusos.³⁹ Enquanto associações, as organizações sindicais podem defender interesses de seus associados, ou seja, os membros da categoria filiados ao sindicato. A Carta Magna expressa que “as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente” (art. 5º, XXI). Ao mesmo tempo, garantiu a legitimidade dos sindicatos na defesa dos interesses da categoria, em seu art. 8º, III. Entretanto, a jurisprudência não tem sido pacífica, dando uns uma concepção mais ampla sobre esta legitimidade, outros, procurando limitá-la.

³⁵ RE 206.220-1, 2. Turma, rel. Min. Marco Aurélio, julg. 16.03.1999.

³⁶ VIGLIAR, José Marcelo Menezes. Inquérito civil e ação civil pública para a prevenção de acidentes no meio ambiente do trabalho. *Rev. de Direito Ambiental*, n. 20, out.-dez. 2000, p. 78-85.

³⁷ LOPES, Otávio Brito. *A Ação Civil Pública e os direitos sociais trabalhistas constitucionalmente assegurados*, p. 464; outro exemplo: motoristas de ônibus remunerados de acordo com sua velocidade e número de passageiros; interesse difuso-da coletividade na incolumidade da população, cf. LEAL, Ronaldo José Lopes. O processo do trabalho e os interesses difusos, p. 28ss.

³⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública trabalhista: análise de alguns pontos controvertidos*, p. 1187.

³⁹ Em sentido negativo: VIANA, Márcio Túlio. *Interesses difusos na Justiça do Trabalho*, p. 184.

Alguns entendem que as entidades sindicais podem de forma ampla defender interesses tanto coletivos, quanto difusos e individuais. Assim, o sindicato estaria legitimado na propositura de ação civil pública ambiental, mandado de segurança coletivo ambiental, tudo na proteção da saúde dos trabalhadores pertencentes à sua categoria ou filiados à entidade.⁴⁰

O Poder Judiciário determinará o cumprimento da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária (*astreintes*), se esta for suficiente ou compatível. É interessante que a ação civil pública pode ser interposta com escopo integralmente protetivo à saúde dos trabalhadores, determinando inclusive que o empregador forneça equipamentos protetivos de qualidade superior, suspendam a utilização de substâncias carcinogênicas, enfim, tornem o meio ambiente ecologicamente equilibrado. A legitimidade passiva na ação civil pública será do poluidor, do causador da lesão à saúde dos trabalhadores e a alteração das condições ambientais no local de trabalho.

9. O conceito da “Saúde do Trabalhador”

A *Saúde do Trabalhador* é um conjunto de ações destinadas a promoção, a proteção, a recuperação e a reabilitação da saúde dos trabalhadores submetidos aos riscos e agravos advindos das condições de trabalho. A partir dos anos 80 do século passado, a OIT começou a tratar o tema da “saúde ocupacional” na maneira de estabelecer uma relação estreita entre as questões relacionadas à saúde e ao meio ambiente.

A Constituição Federal de 1988 assegura, em seu art. 196 que “a saúde é direito de todos e dever do Estado garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos”.

Para fortalecer a eficácia desse Direito Fundamental estabeleceu no art. 197 que “são de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao poder público dispor, nos termos da lei,

⁴⁰ ROCHA, Julio Cesar de Sá da. *Direito Ambiental e Meio Ambiente: Dano, Prevenção e Proteção Jurídica*, p. 71ss.

sobre a sua regulamentação, fiscalização e controle (...)”. Além disso, definiu as regras para a implantação de um sistema público de atenção à saúde responsável pela oferta de ações e serviços universais e integrais.

As ações do Poder Público em defesa da saúde possuem caráter multissetorial. Os Conselhos de Saúde em nível estadual e municipal devem agir no sentido de estimular a articulação de políticas e de promover ações intersetoriais relevantes. O objetivo das ações nessa área é desenvolver ações que promovam a melhoria dos processos e ambientes de trabalho, e a redução das doenças e acidentes do trabalho.

A Lei n. 9.505, de 1997, dispõe seu art. 1 que o SUS “atuará no sentido de garantir o estado de saúde e a segurança dos trabalhadores, no processo de produção e no ambiente do trabalho, bem como de prestar assistência à saúde física e mental dos trabalhadores”.

O art. 6 dessa lei estabelece que é dever da autoridade competente do SUS indicar a obrigação do empregador de adotar todas as medidas necessárias para a plena *correção de irregularidades nos ambientes de trabalho*, observando os seguintes níveis de prioridade:

- I. - *Eliminação* das fontes de risco na sua *origem*;
- II. - Medidas de *controle* diretamente na *fonte*;
- III. - Medida de *controle* no ambiente de trabalho;
- IV. - *Diminuição* do tempo de exposição ao risco, através de redução da jornada.

Estes dispositivos mostram claramente que a utilização de Equipamentos de Proteção Individual (EPIs) somente deverá ser permitida nas situações de *emergência* ou quando representam a *única opção* de proteção, dentro do prazo estabelecido num cronograma de medidas de proteção coletiva.⁴¹

Todos os trabalhadores urbanos e rurais das cidades grandes e pequenas, do setor formal ou informal e até mesmo os desempregados

⁴¹ Cf. FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. *Direito Ambiental e a Saúde dos Trabalhadores*, p. 227.

deverão ter acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde do trabalhador. Este aspecto é de grande significado pois, tradicionalmente, as ações do setor trabalho e da previdência social restringiam-se aos trabalhadores do setor formal, especialmente nos maiores centros urbanos.

A Lei n. 8.213/91 atribui à empresa "total responsabilidade pela implementação de medidas de higiene e segurança de trabalho", considerando contravenção penal, punível com multa, o descumprimento das normas pertinentes (art. 19, § 1-2). Além disso, o INSS, devendo outorgar benefícios, pode mover ação regressiva contra a empresa, em caso de negligência no que concerne às normas de proteção à saúde e integridade física do trabalhador.

É de suma importância também o incentivo das iniciativas legais e administrativas dos estados e municípios na fiscalização dos ambientes de trabalho, especialmente dos estabelecimentos de menor porte.

Para reduzir a fragilidade administrativa do Ministério do Trabalho e seus órgãos de inspeção do trabalho, já foram celebrados vários *convênios* com órgãos estaduais (Secretarias do Trabalho, da Saúde, do Meio Ambiente), cuja estrutura via-de-regra também é frágil.⁴²

No entanto, há polêmica a respeito das competências legislativas e administrativas dos entes regionais e locais nessa área. Assim, o STF (Rel. Min. Marco Aurélio) decidiu, em 1999, que "o gênero 'meio ambiente', em relação ao qual é viável a competência em concurso da União, dos Estados e do DF, a teor do disposto no art. 24, VI, CF, não abrange o ambiente do trabalho, muito menos a ponto de chegar-se à fiscalização do local por autoridade estadual, com imposição de multa".

10. Resultados/Perspectivas

As *Delegacias Regionais* do Trabalho investigam pouco as condições dos ambientes de trabalho; há um número insuficiente de médicos credenciados; os Fiscais do Trabalho atuam em outras áreas (entrevistas com Juizes de Trabalho em Maceió...).

⁴² FIGUEIREDO, Guilherme J. Purvin de. Ob. cit., p. 219.

Apesar da existência de um *Termo de Cooperação* entre o Ministério Público da União e o Ministério do Trabalho e da Previdência Social, visando à colaboração mútua e a conjugação dos esforços na ação fiscalizadora e à defesa dos interesses coletivos e difusos, relacionados com os direitos dos trabalhadores,⁴³ essa cooperação, na prática, não tem funcionado bem entre as Delegacias Regionais de Trabalho. O Ministério Público do Trabalho depende muito da vontade política dos representantes locais dessas instituições. Certamente, deveria haver uma maior “troca de informações” entre os órgãos.

Os órgãos de proteção ambiental dos diferentes níveis governamentais, normalmente já estão *sobrecarregados* com o controle da degradação do meio ambiente natural e dificilmente terão capacidade de assumir também a fiscalização dos milhões de ambientes de trabalho.

É duvidoso também se o Ministério Público do Trabalho conseguirá “substituir” os órgãos administrativos na fiscalização das leis protetivas dos trabalhadores (fenômeno que podemos observar na área da proteção ambiental). Muitas vezes, instaura-se Ação Civil Pública onde deveria haver atuação e sanções administrativas dos órgãos setoriais.

Em cada país, em determinado momento histórico, o Estado cria leis e órgãos para organizar determinadas áreas de vida, combater certos riscos e perigos; este crescimento orgânico não pode ser simplesmente desfeito pelo aumento conceitual da área de proteção de uma lei. A extensão conceitual da proteção do art. 225 CF ao mundo do trabalho parece ser motivada também pelo baixo nível de proteção até agora alcançado na base da legislação trabalhista brasileira e poderia ser aceita apenas como uma solução *intermediária*.

A poluição do meio ambiente de trabalho deve ser entendida como a degradação da salubridade do ambiente que afeta diretamente a saúde dos próprios trabalhadores. Inúmeras situações alteram o estado de equilíbrio do ambiente: os gases, as poeiras, as altas temperaturas, os produtos tóxicos, as irradiações, os ruídos.

⁴³ LOPES, Otávio Brito. Segurança e saúde no trabalho. *Revista LTr*, vol. 58, n. 2, fev. 1994, p. 150-154, 153.

Nesse contexto, será importante introduzir e “ativar” o conceito do “meio ambiente do trabalho para trazer para esta área uma visão preventiva.

No exercício do trabalho ao ar livre, especialmente na agricultura, encontramos uma identificação entre o meio ambiente natural e o meio ambiente do trabalho; isto vale também para os vasos onde a poluição da própria indústria prejudica os trabalhadores.

Parece nós ser o caminho certo aumentar também a intensidade e qualidade do atendimento dos órgãos do SUS na defesa da segurança e saúde dos trabalhadores através da melhoria das condições físicas nos ambientes trabalho; essas medidas podem e devem ter uma qualidade preventiva, desligando-se da cura de doenças já existentes.

Uma subdivisão e distribuição exagerada das atribuições de normatização e – mais importante ainda – de fiscalização e controle na proteção trabalhista entre as Delegacias do Trabalho, o Ministério Público, os órgãos de defesa ambiental dos Estados e Municípios e dos integrantes do SUS, poderia levar a uma *diluição das responsabilidades*.

Como mostram pesquisas de cientistas políticos realizados no passado, muitas tarefas estatais que são da competência de vários órgãos, normalmente acabam sendo cumpridas por ninguém.

Por isso, a utilização reforçada de aspectos da proteção ambiental nos locais de trabalho deve ser acompanhada por uma *subdivisão nítida* das competências e responsabilidades.

Por fim, resta ressaltar que será indispensável uma participação mais expressiva dos próprios trabalhadores, através dos seus sindicatos, nas Comissões Internas de Prevenção de Acidentes e nos Conselhos regionais e locais de Saúde.

O RISCO DE DESENVOLVIMENTO E A DEFESA DO CONSUMIDOR

Danielle Costa de Almeida

Advogada e pós-graduanda em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Alagoas.

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. A responsabilidade civil objetiva do fornecedor. 3. Causas de exclusão da responsabilidade objetiva do fornecedor; 3.1 O risco de desenvolvimento (estado da arte); 3.1.1 O estado da ciência e da tecnologia; 3.1.2 O tempo de determinação do estado da ciência e da técnica; 3.1.3 O dever do fornecedor de seguimento e de vigilância. 4. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor (CODECON). 5. Posições doutrinárias; 5.1 Tese afirmativa; 5.2 Tese negativa; 5.3 A proposta do direito espanhol. 6. O risco de desenvolvimento e da indústria farmacêutica. 7. Conclusão.

1. Introdução

As transformações que ocorreram nas últimas décadas foram decisivas para a formação de uma sociedade de consumo, massificada e estruturada nos moldes de hoje.

Pode-se afirmar que, na atualidade, a maioria das necessidades dos consumidores não resultam mais de uma efetiva carência, ou privação de bens essenciais à manutenção da vida, sua perpetuação e à garantia de um certo conforto e bem-estar. São acima de tudo virtuais ou aparentes, impulsionadas pela propaganda e pelos veículos de comunicação e publicidade os mais diversos (televisão, rádio, *internet*, *outdoors* etc.)

Nesse contexto, as relações sociais entre o consumidor, indivíduo, e os grandes conglomerados econômicos (multinacionais, lojas de departamento, grandes magazines etc.) revelam-se tão importantes no meio social, não somente a nível local, mas, principalmente, mundial, ao ponto de serem trasladadas ao mundo do

direito, sob a categoria de relações jurídicas, mais propriamente conhecidas como: relações jurídicas de consumo.

O Direito do Consumidor assumiu o papel de disciplinar as relações de consumo, permitindo mecanismos de proteção e defesa do consumidor, de tutela de seus interesses e, em especial, traçou princípios básicos e consagrou categorias jurídicas, capazes de reestabelecer o equilíbrio contratual entre as partes (fornecedor e consumidor).

Dentre muitos institutos jurídicos elencados no Código de Defesa do Consumidor, cabe destaque especial para a responsabilidade objetiva do fornecedor pelo fato do produto ou do serviço.

De acordo com o dispositivo 12 do CODECON, se qualquer produto causar dano ao consumidor ou terceiro, comprovando-se o nexo de causalidade entre o bem defeituoso e o evento, fica patente a responsabilização civil do fornecedor que, então, deverá indenizar os indivíduos lesados.

No entanto, a responsabilidade do fornecedor por fato do produto ou do serviço não é absoluta. Admitem-se causas de exclusão da responsabilidade, todas elencadas no parágrafo 3º do artigo 12 do supramencionado diploma legal. São elas: o fornecedor provar que não colocou o produto no mercado, o defeito inexiste ou culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

A força maior e o caso fortuito permanecem como eximentes da responsabilidade do fabricante, em razão de serem consideradas cláusulas gerais de Direito Civil.

No estudo das excludentes de responsabilidade do fornecedor, há um instituto, analisado, de forma perfunctória, pela doutrina nacional e pouquíssimo tratado na jurisprudência, conhecido como risco de desenvolvimento (*development risk*).

Afere-se a ocorrência de risco de desenvolvimento quando um novo produto ou serviço apresenta um defeito de concepção não detectável pela ciência e pela tecnologia, à época de sua introdução no mercado consumidor. A imperfeição do produto, somente, será descoberta pela ciência e pela tecnologia, em momento posterior, quando se tornar evidente, causando dano ao consumidor.

Eventual lesão ao consumidor (ou a terceiro, *bystander*), em virtude de tal defeito, gerará o dever do fornecedor de indenizar o prejudicado? Quem arcará com os custos do desenvolvimento científico e tecnológico dos produtos e serviços: o consumidor ou o fornecedor? O risco de desenvolvimento exclui a responsabilidade do produtor ou não? As respostas a tais perguntas constituem o núcleo do trabalho em questão.

Através de uma pesquisa na doutrina e na legislação brasileira e a partir de dados empíricos, foi possível determinar parâmetros mais claros e nítidos do instituto em apreço, além de apresentar um quadro geral de sua incidência no consumo de fármacos.

É importante perceber que o risco de desenvolvimento é uma categoria jurídica pouco conhecida, principalmente, no ambiente dos tribunais do país e tratada de forma superficial, nos grandes manuais de Direito do Consumidor.

Tal fato, acrescido à recém-descoberta da cidadania por parte dos consumidores brasileiros, que há pouco tempo, passaram a exigir e a lutar, de maneira efetiva, por seus direitos, resultou em um trabalho, basicamente, voltado para as tendências da doutrina e da legislação nacional, em confronto, com os princípios da defesa do consumidor, consagrado na Constituição Federal de 1988.

A novidade do tema traz novos questionamentos ao Direito do Consumidor, ao passo em que propõe soluções razoáveis e justas, em especial no caso de ocorrência de riscos de desenvolvimento e uso de fármacos pelos consumidores. Em suma, três princípios básicos norteiam as discussões: o princípio da defesa do consumidor, da dignidade da pessoa humana e da distribuição dos riscos da produção entre os membros da sociedade.

2. A responsabilidade civil objetiva do fornecedor

As relações de consumo travadas no âmbito da sociedade pré-industrial, do século XIX e início do XX eram bastante peculiares. Inseridas no terreno das demais relações civis, não havia um tratamento específico para elas.

Os produtos, ainda de forma rudimentar, eram confeccionados, artesanalmente, em oficinas familiares, ou em fábricas de pequeno

porte. O vendedor (que, muitas vezes, também fabricava o bem) e o comprador (adquirente final, também vendedor e fabricante em outras ocasiões) mantinham suas condutas delineadas consoante essa forma de exploração social dos meios produtivos.

As relações contratuais caracterizavam-se por forte pessoalidade e subjetivismo, de forma que as partes, dispondo da liberdade que lhes era outorgada pelo ordenamento jurídico, podiam contar com uma certa igualdade e equilíbrio no momento da determinação dos termos do contrato.

Em resposta, o sistema jurídico, então vigente, definiu o estudo da responsabilidade civil (contratual ou extracontratual) com base na averiguação da culpa *lato sensu* (dolo e culpa), elemento subjetivo e intrínseco do ser humano. As questões acerca da reparação dos danos sofridos pelo lesado passaram a ser solucionadas tendo em vista o critério da responsabilidade subjetiva.

Motivado por fatores econômicos, políticos e sociais, o desenvolvimento da atividade industrial¹ e a conseqüente massificação das relações de consumo vieram a estabelecer as feições de um novo modelo de sociedade, conhecida por sociedade de consumo.

A divisão racional do trabalho, a fabricação de produtos em série, a dinamização no fornecimento dos serviços, conjugadas às estratégias de *marketing* (publicidade) estimuladoras de necessidades reais ou aparentes de milhões de consumidores, além de outros dados, constituíram os fatores mais relevantes para a caracterização das relações de consumo, que, pouco a pouco, assumiam uma postura peculiar e distinta no contexto social.

A legislação anterior, baseada no patente individualismo das relações civis, em que os sujeitos eram facilmente identificados e determinados, já não correspondia às expectativas dessa classe composta pelos mais variados destinatários finais de produtos e serviços, oferecidos em larga escala pelos fornecedores. Destituídos do poder de barganha e em notória desigualdade contratual, os

¹ Verificado num primeiro momento graças à Revolução Industrial do século XIX e, posteriormente, intensificado pela recente Revolução Tecnológica que introduziu as novas tendências da informática, robótica e cibernética.

consumidores eram obrigados a aceitar as condições impostas pelo grande mercado.

O gravame maior poderia ser verificado quando um produto ou serviço, com imperfeição patente, ocasionava lesões à saúde ou à segurança do consumidor.

Sem qualquer outro recurso que lhe fosse acessível, o consumidor procurava tutelar seus interesses de acordo com o sistema da responsabilidade subjetiva, buscando adequar o anacronismo das normas jurídicas à sua disposição com a realidade social cada vez mais dinâmica.

Em geral, o direito do consumidor à reparação pelos danos sofridos em virtude de fato do produto ou serviço terminava perecendo, uma vez que consistia verdadeira missão espinhosa e diabólica a prova da culpa do fornecedor, que, na figura de uma pessoa jurídica, organizava² sua atividade industrial em escalas de produção, compostas por muitos funcionários, distribuídos em diversos setores e, potencialmente, falíveis. A imputação do responsável por qualquer evento danoso, ocasionado em virtude de defeito do bem ou do serviço, era, por demais injusta e onerosa ao consumidor, tendo em consideração o processo produtivo em larga escala.

A aplicação dos critérios atinentes à responsabilidade subjetiva no campo das relações de consumo revela-se deveras injusta e descabida, pois o consumidor, vítima do dano, vê-se desamparado e inerte diante do poder econômico e, conseqüentemente, jurídico da parte contrária, integrante da economia dos grandes monopólios e oligopólios.

A preocupação com os direitos do consumidor atingiu diversos países, que, orientados por recomendações e diretivas dos organismos e comunidades internacionais, introduziram em seu ordenamento jurídico normas protetoras dos interesses do consumidor.

² Nos dias de hoje, as concepções primárias que deram origem à divisão e estruturação do trabalho nas empresas continua valendo, mas novos conceitos foram e estão sendo inseridos no contexto empresarial, buscando acima de tudo alta produtividade com a redução de mão-de-obra, por isso é comum a aplicação de institutos como a qualidade total, reengenharia etc.

Dentre as mudanças mais significativas operadas no sistema tradicional, está a nova disciplina da responsabilidade civil dos fornecedores por fato do produto ou do serviço que colocam em circulação, independentemente da existência de culpa³.

A legislação brasileira atendendo ao imperativo constitucional que apregoa o princípio da defesa do consumidor⁴ e sob a tendência da legislação estrangeira, introduziu o regime da responsabilidade civil objetiva do fornecedor por fato do produto e do serviço, a partir do advento da Lei nº 8.078 de 11/09/90, o Código de Defesa do Consumidor⁵.

Essa grande evolução legislativa provocou uma mudança no trato das questões relativas à responsabilidade do fornecedor⁶ por fato do produto e do serviço.

³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Responsabilidade por vício do produto ou do serviço*. Brasília, DF: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1996. p. 9

⁴ A Constituição Federal de 05 de Outubro de 1989 traz no Título VII, que trata da ordem econômica e financeira, o seguinte dispositivo:
"Art.170 A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

.....
V- defesa do consumidor."

⁵ O Código de Defesa do Consumidor prevê no art.12 da Seção II, *Da Responsabilidade pelo Fato do Produto e do Serviço*, do Capítulo IV, *Da Qualidade de Produtos e Serviços, da Prevenção e da Reparação de Danos*:

"Art. 12 O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, *independentemente da existência de culpa*, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos."

⁶ Entendendo-se aqui o sentido *lato* do conceito, que tanto abrange o fabricante, o produtor, o construtor e o importador, ou seja, toda pessoa física ou jurídica, ou entes despersonalizados que, sob o ponto de vista teleológico, desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos e serviços. *Vide art.3º do Código de Defesa do Consumidor*.

A partir de então, os diplomas legais mais atualizados não exigem da vítima (consumidor ofendido ou terceiro que venha, porventura a ser lesado, conhecido por *bystander*) a prova de que o fornecedor agiu com culpa, bastando tão-somente a indicação do produto ou do serviço imperfeito, o evento danoso e o nexo de causalidade entre ambos⁷. A prova em contrário passa a ser do fornecedor, o que caracteriza, assim, no sistema do CODECON, o princípio da inversão do ônus da prova.

As justificativas mais relevantes que levam à aplicação da responsabilidade objetiva encontram-se pautadas nas questões de justiça distributiva (em que todos os integrantes da sociedade respondem conjuntamente, mas em certa medida, pelos riscos produzidos pelo consumo de produtos e serviços complexos cujo uso resulta em acidentes inevitáveis e desastrosos para o consumidor⁸) e de isonomia, pois procura-se recuperar, através da proteção do consumidor, o equilíbrio entre as partes integrantes da relação de consumo, realizando, assim, valores e princípios de ordem pública e preservando o interesse social.

A respeito do assunto, João Calvão da Silva delinea, sumariamente, as implicações positivas da responsabilidade objetiva no âmbito da proteção do consumidor lesado por fato do produto ou do serviço.

“Numa visão de conjunto, acredita-se que a responsabilidade objectiva, em comparação com a subjectiva, dá melhor resposta ao interesse público na segurança humana e assegura proteção mais adequada ao consumidor, na sua vida, na sua integridade física e nos seus bens; que desempenha mais eficientemente a função preventiva, pela maior pressão que exerce no sentido de o responsável cuidar mais das medidas preventivas do risco e da segurança dos produtos;

⁷ A Diretiva 85/374 da UE é mais rigorosa no tratamento com consumidor do que o CODECON, pois exige-lhe que aponte não apenas o nexo causal entre o produto ou serviço e o dano, mas também a prova do defeito. Nesse sentido, a legislação brasileira demonstrou-se mais avançada, ao preservar os princípios basilares da responsabilidade civil objetiva, não procurando encaixar a imperfeição do produto ou serviço no âmbito do esquema que o liga ao dano, através do nexo de causalidade.

⁸ SILVA, João Calvão da. *Responsabilidade Civil do Produtor*. Coleção Teses. Coimbra: Almedina, 1990, p.498.

*que cumpre primorosamente a função de reparação do dano da vítima e, ao imputar ao produtor os riscos que cria e introduz no mercado, mesmo os inevitáveis e os anônimos; (...) desincentiva o consumo de produtos perigosos e defeituosos, distribui e reparte os riscos por muitas pessoas; enfim, que promove melhor a utilidade social, a justiça e a solidariedade humana."*⁹

Dessa forma, é voz unânime doutrinária e também jurisprudencial que o sistema da responsabilidade objetiva atende, mais satisfatoriamente, aos interesses de milhares de consumidores e demais atingidos pelos riscos da produção e do fornecimento de serviços, sejam eles ofendidos em sua saúde, integridade físico-psíquica ou segurança. Atua para corrigir a insuportável carga imposta à vítima dos acidentes de consumo de outros tempos, quando as diretrizes eram traçadas pela responsabilidade subjetiva, baseadas na conduta culposa de determinada pessoa, no individualismo e no voluntarismo jurídicos.

A adoção da responsabilidade objetiva no âmbito do CODECON tem por fundamento o dever de solidariedade social, pois a assunção dos riscos por quem melhor pode suportá-los, o fornecedor, mediante seguro de responsabilidade (nesse caso, o prêmio se incorpora ao preço de venda, distribuindo-se o custo entre os próprios consumidores ¹⁰) proporciona uma solução mais razoável e equitativa na realização do interesse público.

3. Causas de exclusão da responsabilidade objetiva do fornecedor

A responsabilidade do fornecedor por fato do produto e do serviço não pode ser compreendida de uma forma absoluta e inevitável. A legislação brasileira considera alguns casos em que se verifica o rompimento do nexo de causalidade entre o produto ou serviço imperfeito e o fato danoso, podendo então o fornecedor demonstrar que não é responsável pelo dano à saúde, à segurança ou à integridade físico-psíquica da vítima.

⁹ SILVA, João Calvão da. *Responsabilidade Civil do Produtor*, p. 497-8.

¹⁰ PASQUALOTTO, Adalberto de Souza. A responsabilidade civil do fabricante e os riscos de desenvolvimento. *AJURIS*, Porto Alegre, vol.20, n. 59, nov. 1993, p. 152.

Segundo o CODECON, constitui ônus do fornecedor a prova de que não colocou o produto no mercado; ou que, embora o tenha colocado, o defeito não existe, ou a culpa pelo dano é exclusiva do consumidor ou de terceiro (art. 12, § 3º).

Essas excludentes são verdadeiros *numerus clausus*. Não se admite nenhuma outra causa deduzida a partir da livre avaliação do órgão julgador, uma vez que o legislador infraconstitucional não autorizou tal interpretação.

Caso fortuito e força maior¹¹, embora não consignados no art. 12, § 3º do CODECON, estão incluídos, na óptica sistemática do ordenamento jurídico, no quadro das causas eximentes da responsabilidade do fornecedor:

*"A regra do nosso direito é que o caso fortuito e a força maior excluem a responsabilidade civil. O Código, entre as causas excludentes de responsabilidade, não os elenca. Também não os nega. Logo, quer me parecer que o sistema tradicional, neste ponto, não foi afastado, mantendo-se, então, a capacidade do caso fortuito e da força maior para impedir o direito de indenizar."*¹²

O fornecedor pode fundamentar que não colocou o produto no mercado¹³, provando que o produto é falsificado, embora traga a marca do responsável legal; o produto foi posto em circulação por ato ilícito (roubo, furto, sabotagem etc).

Nesses casos, é nítida a inexistência do nexo causal entre o produto defeituoso e o dano, já que o fornecedor não pode ser partícipe de uma relação de consumo, se os bens em questão não foram por ele lançados no mercado.

¹¹ Verificados, segundo o art. 1.058 do Código Civil, no fato necessário cujos efeitos não poderiam ser evitados ou impedidos. O caso fortuito é o evento da natureza, *act of God* dos ingleses e a força maior provém de ato do príncipe, de ato humano alheio à vontade das partes.

¹² VASCONCELOS E BENJAMIN, Antônio Hermen de. *Comentários ao Código de Proteção do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1991, p.67.

¹³ Considera-se que o produto foi posto em circulação, quando deixa de pertencer à esfera de organização e de controle do fabricante, passando seus riscos de conservação e perecimento a serem responsabilidade do consumidor, com a tradição da coisa.

A inexistência do defeito é encargo do fornecedor, ao contrário do que se observa na Diretiva 85/374 da CEE (atual União Européia), não constitui ônus do consumidor demonstrar a imperfeição do produto ou do serviço.

Não deve o órgão julgador se satisfazer com a simples plausibilidade, ou seja a prova negativa da existência do defeito, mas sim, deve o fornecedor, a partir de evidências positivas e razoáveis, esclarecer que o defeito não existia no momento do lançamento do produto no mercado ou que tenha surgido mais tarde.

A culpa da vítima, ou de terceiro, entendendo-se, aqui, como a pessoa alheia à relação de consumo, deve ser exclusiva e não concorrente.

Se houver participação conjunta da vítima (ou terceiro) e do responsável legal pela circulação do produto ou serviço, a doutrina não vem admitindo qualquer atenuante à reparação dos danos pelo fornecedor, tendo em vista que a natureza objetiva da responsabilidade não admite a divisão do prejuízo.

3.1 O risco de desenvolvimento (estado da arte)

O risco de desenvolvimento, também denominado *estado da ciência ou da técnica* ou *estado da arte*¹⁴, pode ser, assim, definido:

“O risco de desenvolvimento consiste na possibilidade de que um determinado produto venha a ser introduzido no mercado sem que possua defeito cognoscível, (...) ante o grau de conhecimento científico disponível à época de sua introdução, ocorrendo todavia, que posteriormente, decorrido determinado período do início de sua circulação no mercado consumidor, venha a se detectar defeito,

¹⁴ Ao contrário de outros países, a doutrina brasileira não distingue o risco de desenvolvimento (o produto não apresenta a segurança e a qualidade que lhe seriam legítimas de esperar, quando do seu lançamento no mercado), do estado da arte, *state of the art*, (o produto atende os padrões correntes que lhe são exigidos na data de sua propositura no mercado), utilizando os dois conceitos para se referir à mesma categoria jurídica indistintamente. Vide LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Responsabilidade por vício do produto ou do serviço*, p.121.

somente identificável ante a evolução dos meios técnicos e científicos, capaz de causar danos aos consumidores."¹⁵

Percebe-se, então, que o produto após ser lançado no mercado apresenta um defeito, anteriormente, não identificado ou conhecido pela ciência e pela tecnologia disponíveis à época em que ele foi posto em circulação, de modo que ao se manifestar, tal imperfeição provoca danos à saúde ou à segurança da vítima (consumidor ou terceiro, o *bystander*).

O risco de desenvolvimento comporta um tipo de defeito de concepção¹⁶, uma vez que é resultado da falta de tecnologia capaz de detectar a imperfeição do produto no momento de seu lançamento no mercado. Daí se falar que são defeitos inevitáveis, imprevisíveis e desconhecidos.

*"Os defeitos decorrentes de risco de desenvolvimento representam uma espécie do gênero defeito de concepção. Só que aqui o defeito decorre da carência de informações científicas, à época da concepção, sobre riscos inerentes à adoção de uma determinada tecnologia nova."*¹⁷

A grande questão que envolve essa categoria jurídica reside na sua situação como causa ou não eximente da responsabilidade do fornecedor.

¹⁵ SOUZA, James J. Marins de. Risco de desenvolvimento e tipologia da imperfeição dos produtos. *Direito do Consumidor*, n. 6. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, dez. 1999, p.125.

¹⁶ A tipologia dos defeitos apresenta a seguinte estrutura: a) *defeitos de criação (de concepção)*: são os decorrentes de erro ocorrido no momento da elaboração de seu projeto ou de sua fórmula; abarcam todos os produtos de uma série; b) *defeitos de produção*: são resultado de uma eventual falha nos processos produtivos de linha de produção, em regra, verifica-se a falha de determinada máquina ou de um trabalhador, não atingem todos os produtos de uma série c) *defeitos de informação*: são relativos ao aspecto formal, de colocação do produto no mercado; ou seja, tratam da publicidade, apresentação e informação insuficientes ou inadequadas. Vide SOUZA, James J. Marins de. Risco de desenvolvimento e tipologia da imperfeição dos produtos, p.121-3.

¹⁷ VASCONCELOS E BENJAMIN, Antônio Hermen de. *Comentários ao Código de Proteção do Consumidor*, p.67.

A discussão que muitas vezes mais parece política do que jurídica, tende a tratar de valores imperativos para a sociedade.

De um lado, defende-se a saúde e a segurança do consumidor que não podem ser atingidas, sem que isso não implique um dever de indenizar por parte do responsável legal, considerando o sistema da responsabilidade civil objetiva adotado pelo CODECON e pela maioria das legislações modernas. Todavia, é razoável e justo que o fornecedor sempre seja obrigado a ressarcir a vítima, por um defeito que não era possível de ser identificado pela ciência e tecnologia à época do lançamento do produto no mercado?

Na verdade, a dúvida recai sobre quem deve arcar com o ônus do desenvolvimento dos produtos e dos serviços.

O deslinde do tema proposto não é tão simplório como parece mas, revela-se complexo à medida em que correntes doutrinárias opostas se chocam, com argumentos de peso que devem ser considerados e não podem ser examinadas de forma perfunctória.

Assim, o estudo dessa categoria jurídica, basicamente, se concentrará em exame doutrinário e dados empíricos, que procuram propor uma posição o mais razoável possível ao operador da lei no momento em que, decidindo sobre o caso concreto, ele se faça a pergunta: o risco de desenvolvimento deve servir de causa excludente da responsabilidade do fornecedor, se ficar demonstrado que no momento em que o produto foi lançado no mercado, o estado dos conhecimentos técnicos e científico não permitiam detectar a existência do defeito ?

Mas antes disso, é importante o conhecimento de certos critérios a respeito do risco de desenvolvimento, segundo parece caminhar a doutrina brasileira.

3.1.1 O estado da ciência e da tecnologia

A determinação do estado dos conhecimentos científicos e técnicos não é tão simples assim.

A doutrina se posiciona no sentido de que o produtor não deve agir dentro dos limites do *bonus pater familias*, ou seja, sua conduta não está circunscrita aos cuidados e cautelas que se podem esperar do fornecedor médio, padrão, no momento de colocar um

produto no mercado, realizando testes de praxe e atendendo às especificações técnicas correntes.

Exige-se mais do fornecedor. Seu comportamento deve ser o do fornecedor perfeito, ideal, considerado de forma objetiva, cuja conduta procura satisfazer aos termos determinados pelos estudos mais avançados e modernos, em andamento na comunidade científica, a respeito do novo produto que está sendo introduzido no mercado.

Isso revela, então, que não se afere uma incapacidade subjetiva de um determinado fornecedor, ao colocar o produto em circulação, de prevê o defeito, mas sim, uma inaptidão *in abstracto*, da própria ciência e da tecnologia que estavam em um estágio, não, suficientemente, evoluído para detectar o defeito de concepção do produto. Não se trata de indisponibilidade de um certo fabricante, mas de indisponibilidade da própria ciência e da tecnologia.

*"O que conta, pois, é a impossibilidade absoluta, a impossibilidade da geral da ciência e da técnica para descobrir a existência do defeito, e não a impossibilidade subjectiva do produtor; relevante é que as possibilidades objectivas de conhecimento do defeito não existam em geral no mundo, que os riscos e vícios do produto não sejam pura e simplesmente cognoscíveis."*¹⁸

Ademais, não somente a *opinio communis*, a razão dominante na comunidade científica, pode ser considerada o modelo ideal de conduta para que o fornecedor possa garantir a qualidade e a segurança do novo produto. As pesquisas e conclusões a respeito deste, sejam em âmbito regional, nacional e global e, ainda que de correntes minoritárias ou isoladas, se fundamentadas e provadas cientificamente, servem de referência para o procedimento, que deverá ser adotado pelo fornecedor.

*"Nesse esforço, o âmbito de pesquisa do produtor é virtualmente o mundo todo, isto é, o conhecimento planetário a respeito do assunto. A sua referência poderá ser a opinião dominante, mas com o cuidado de evitar a estratificação do conhecimento muitas vezes com objetivos econômicos. Por isso, assumem importância as opiniões minoritárias, desde que dotadas de consistência e veiculadas por meios de reconhecida idoneidade, como publicações especializadas."*¹⁹

¹⁸ SILVA, João Calvão da. *Responsabilidade Civil do Produtor*, p. 513.

¹⁹ PASQUALOTTO, Adalberto de Souza. *A responsabilidade civil do fabricante e os riscos de desenvolvimento*, p.164.

3.1.2 O tempo de determinação do estado da ciência e da técnica

A doutrina, quase em unanimidade, defende que tempo para a determinação do estado da ciência e da tecnologia é o momento em que o produto é colocado no mercado.

Quando do lançamento do produto no mercado, constitui verdadeira obrigação do fornecedor averiguar sua idoneidade e segurança, consoante o estágio evolutivo disponível da ciência e da tecnologia.

Caso algum defeito se manifeste posteriormente, estar-se diante do risco de desenvolvimento, devendo o fornecedor provar que o produto atendia às exigências da ciência e da tecnologia, à época da introdução do bem no mercado consumidor e não, às condições da ciência e da tecnologia do momento em que o defeito surgiu.

Essa é a posição mais razoável, já que o fornecedor não se vê atado a estar sempre aperfeiçoando os produtos que coloca no mercado, mas sim, de zelar pela qualidade e inocuidade dos mesmos, conforme o estágio da ciência e da tecnologia, considerado quando do lançamento do bem no mercado consumidor.

Um raciocínio em contrário, levaria à responsabilização do fornecedor com base em critérios vigentes à época da manifestação do dano ou do início do processo, mas que teriam de retroagir ao momento anterior, o tempo da colocação do produto à disposição dos consumidores. Dessa forma, o fornecedor estaria sujeito a novas normas científicas e técnicas para a sua responsabilização (com base em novos riscos a serem evitados, novas medidas de controle de qualidade e segurança a serem adotadas, etc.) que não aquelas por ele conhecidas quando da propositura do produto no mercado, isto é, quando os bens são postos à disposição dos consumidores.

“Na verdade se o estado da arte relevante e determinante fosse o do momento do dano ou o do seu julgamento, teríamos uma inequívoca aplicação retroativa do padrão ou da medida da responsabilidade pois à luz do novo conhecimento e tecnologia responsabilizar-se-ia o fabricante por um defeito existente mas indetectável no estado da ciência e da técnica em momento anterior, o momento da distribuição do produto (...) seria uma responsabilidade absoluta mas artificial, por utilizar um padrão ou

uma medida inexistente no momento decisivo para a apreciação do defeito causador do dano."²⁰

Portanto, o momento de determinação do estágio da ciência e da técnica é o do lançamento do produto no mercado, quando efetivamente ele sai da esfera de conservação e manutenção do fornecedor e passa às mãos do destinatário final, o consumidor.

Mas, ainda assim, há correntes doutrinárias que discutem se o tempo da ocorrência do dano não seria o mais benéfico ao consumidor, para que se possa considerar o estágio da ciência e da tecnologia capaz de detectar ou não o defeito, e assim, estabelecer os critérios técnicos e científicos para a avaliação da responsabilidade do fornecedor.

Assim, tem-se o exemplo do direito espanhol, com a Lei 30/1992 que cuida da responsabilidade civil do fabricante, caso sua posição seja ocupada por algum ente da Administração Pública:

"Obsérvese, que a pesar de la similitud, la idea que subyace en la norma [Lei 30/1992] no es idéntica ao concepto de ' riesgos de desarrollo' de la Directiva 85/374/CEE o de la Ley 22/1994, ya que el momento a tomar en consideración para concretar el estado de conocimientos de la ciencia o de la técnica no es el de la puesta en circulación del producto, sino el de la producción del daño, lo que entre otras cosas puede tener trascencia a los efectos que a continuación se señalan."²¹

A doutrina brasileira parece não se deter, tão insistentemente, na discussão que procura definir o tempo de determinação do estado da ciência e da técnica. Mas, sempre que se referem ao risco de desenvolvimento (embora não previsto no CODECON), os doutrinadores se apegam ao momento de introdução do produto no mercado²², seguindo as disposições da Diretiva 85/374 da UE²³,

²⁰ SILVA, João Calvão da. *Responsabilidade Civil do Produtor*, p. 509.

²¹ RUBIO, María Paz García. Los riesgos de desarrollo en la responsabilidad por daños causados por los productos defectuosos. Su impacto en le derecho español. *Direito do Consumidor*, n. 30. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./jun. 1999, p. 81.

²² *"Por derradeiro, a expectativa de segurança que importa é aquela vigente no momento da colocação do produto ou serviço no mercado,*

diploma legal comunitário que serviu e, ainda serve, de inspiração para as legislações de proteção do consumidor que surgiram, *a posteriori*, em todo o mundo.

3.1.3- O dever do fornecedor de seguimento e de vigilância

Os deveres do fornecedor não se encerram com a simples introdução do produto no mercado.

Na verdade, não há nenhuma espécie de obrigação, vinculando o fornecedor a aperfeiçoar ou modernizar o produto que já entrou em circulação, proporcionando a otimização do fim para o qual foi concebido, reduzindo seus custos e incrementando sua qualidade²⁴. Persiste, todavia, seu dever de observar e acompanhar a evolução do produto no mercado e seu uso por milhões e milhões de consumidores, além de se inteirar das mais novas pesquisas científicas realizadas, em nível global, a respeito do bem em questão.

Esse constituiu o dever de seguimento e vigilância do fornecedor, em relação aos produtos por ele já postos em circulação, permanecendo até que o bem não esteja mais disponível aos consumidores e saia, definitivamente, do mercado.

Segue-se a tal dever, a obrigação de informar aos consumidores as alterações e defeitos observados, ao longo do uso do

não cabendo avaliá-la no instante da ocorrência do dano ou do julgamento do juiz.” (VASCONCELOS E BENJAMIN, Antônio Hermen de. Comentários ao Código de Proteção do Consumidor, p. 61)

“O estado da ciência e da técnica implica saber se, levando em conta os conhecimentos disponíveis no momento em que um produto entrou em circulação, era possível detectar a existência de um defeito.” (PASQUALOTTO, Adalberto de Souza. A responsabilidade civil do fabricante e os riscos de desenvolvimento, p.162)

²³ “Article 7. The producer shall not be liable as a result of this Directive if he proves:...e) that the state of scientific and technical knowledge **at the time when he puts the product into circulation** was not such as to enable the existence of the defect to be discovered.” (SOUZA, James J. Marins de. *Risco de desenvolvimento e tipologia da imperfeição dos produtos*, p.132, nota de rodapé nº 59)

²⁴ A respeito disso, o CODECON se pronuncia:

“Art12, § 2º. O produto não é considerado defeituoso pelo fato de outro de melhor qualidade ter sido colocado no mercado.”

produto, pela ciência e pela tecnologia que ameacem ou provoquem danos à saúde, à segurança ou ao patrimônio dos consumidores, mas que, só em tempo recente, a ciência e a tecnologia foram capazes detectá-los.

O dever de seguimento e vigilância (*Produktbeobachtungspflicht* ou *product-monitoring*), que tem como corolário subsequente a obrigação do fornecedor de alertar os consumidores sobre os defeitos, recém-descobertos pela ciência e tecnologia, nos produtos por ele introduzidos no mercado, originou-se em sentença do tribunal alemão, BGH, de 1981.

A decisão trata de um processo relativo à responsabilização de um fornecedor de pesticidas. O produto aplicado em plantações de maçãs, posteriormente, mostrou-se ineficaz e o produtor, conhecendo do defeito, não o informou aos consumidores:

*"El tribunal afirmó que existía una obligación de vigilar la evolución de los conocimientos científicos y técnicos, tanto a nivel nacional como internacional, salvo que el producto lleve suficiente tiempo en el mercado y pueda considerarse suficientemente contrastado. Si como consecuencia de este seguimiento el productor que toma conocimiento del defecto debe informar del mismo al consumidor – piénsese por ejemplo en un medicamento respecto del cual, cuando ya está en el mercado (Rückrufpflicht) cuando, por ejemplo, está en juego la salud del consumidor."*²⁵

O CODECON elenca em seu art. 10, as obrigações do fornecedor, em relação aos bens já colocados no mercado: dever de seguimento e de vigilância do desenvolvimento científico e tecnológico do produto e o consequente dever de informar aos consumidores os novos riscos, aos quais estão sujeitos, sejam atinentes à vida, à saúde, à segurança ou ao patrimônio.

Caso assim não proceda, o fornecedor poderá ser responsabilizado civilmente (e até mesmo no âmbito criminal), devido ao descumprimento do seu dever de vigilância e de informar aos consumidores o perigo ou a ameaça de perigo a que estão expostos.

²⁵ RUBIO, María Paz García. *Los riesgos de desarrollo en la responsabilidad por daños causados por los productos defectuosos. Su impacto en le derecho español*, p. 74.

4. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor (CODECON)

O Código Brasileiro de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078 de 11/09/1990) constitui um dos diplomas legais mais modernos, em termos de proteção ao consumidor, orientando, inclusive, as normas de Direito do Consumidor de outros países e até mesmo, fornecendo subsídios para a criação de regras de um Direito Comum do Consumidor, no âmbito do Mercosul:

Ademais, o CODECON tomou como critério a responsabilidade civil objetiva, consagrada na Diretiva 85/374 e nas demais legislações mundiais de vanguarda.

Apesar disso, o Código de Defesa do Consumidor não faz nenhuma referência aos riscos de desenvolvimento, como causa excludente da responsabilidade do fornecedor, o que resulta em grande trabalho à doutrina que, ao tratar do tema, procura conduzir-se consoante os princípios constitucionais de proteção ao consumidor.

*“O Código não incluiu, entre as causas exoneratórias, os riscos de desenvolvimento, isto é, os defeitos que- em face do estado da ciência e da técnica à época da colocação em circulação do produto ou do serviço- eram desconhecidos ou imprevisíveis.”*²⁶

Na verdade, cuida-se de lacuna da lei brasileira de defesa do consumidor, de forma que qualquer questão envolvendo risco de desenvolvimento deverá ser tratada pelo intérprete e aplicador da norma, tendo em vista a orientação constitucional mais adequada ao tema em análise.

Em relação ao risco de desenvolvimento, entende-se que o princípio da defesa do consumidor, consagrado no art. 170 da Constituição Federal de 1988, aliado ao princípio da dignidade da pessoa humana, elencado no art. 5º do mesmo diploma legal, são fundamentos basilares para o confronto com os problemas que venham a emergir da realidade concreta.

5. Posições doutrinárias

O risco de desenvolvimento é um dos temas mais controvertidos de direito comparado.

²⁶ VASCONCELOS E BENJAMIN, Antônio Hermen de. *Comentários ao Código de Proteção do Consumido*, p. 67.

Tal fato pode ser percebido tanto a nível nacional, como global, de forma que as divergências doutrinárias se perpetuam, gerando insegurança e incerteza à sociedade, que precisa de decisões sólidas e harmônicas para a solução de seus conflitos.

Porém, em relação ao risco de desenvolvimento, o simples objetivo jurídico de paz social não é suficiente para apascentar a doutrina que continua a se manifestar em sentidos totalmente díspares, embora tratem de casos muito semelhantes, por que não dizer, idênticos.

Na verdade, isso se deve à relevância dos bens jurídicos postos em jogo, o que faz resultar, no momento de análise do fato concreto, mais em discussões doutrinárias de fundo sociológico, político e econômico e menos, jurídico.

Por isso, dentro dos limites até então delineados no presente trabalho, procura-se tratar das duas vertentes doutrinárias mais conhecidas: a tese afirmativa, que defende a responsabilização do fornecedor, nas hipótese de risco de desenvolvimento e a tese negativa, que sustenta a inclusão do risco de desenvolvimento, como causa de exoneração da responsabilidade do produtor²⁷. Por fim, será demonstrada, com mais profundidade, a proposta do direito espanhol, no tratamento do estudo em questão.

5.1 Tese afirmativa

Os partidários dessa tese, em âmbito nacional, são conhecidos a partir de Antônio Hermen de Vasconcelos e Benjamin, Adalberto de Souza Pasqualotto, José Reinaldo de Lima Lopes, Sergio Cavalieri Filho, Eduardo Arruda Alvim e outros. No exterior, citam-se os nomes de Jorge Mosset Iturraspe, Ricardo Luis Lorenzetti, Roberto M. López Cabana etc.

O risco de desenvolvimento, para os defensores da tese afirmativa, responsabiliza o fornecedor pelos danos causados aos consumidores, sejam eles atingidos em sua vida, saúde, integridade físico-psíquica, segurança, ou patrimônio, ainda que provada a

²⁷ Toma-se como referência a metodologia de classificação das teses desenvolvida por ITURRASPE, Jorge Mosset & LORENZETTI, Ricardo Luis. *Defensa del consumidor*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 1993, p. 354-5.

impossibilidade da ciência e da técnica para prever o defeito de concepção do produto, à época do seu lançamento no mercado.

Dessa forma, os consumidores têm direito à indenização pelos danos sofridos, bastando que demonstrem em juízo, o nexo de causalidade entre produto e o evento danoso²⁸, critérios exigidos pelo sistema da responsabilidade objetiva.

Asseveram os juristas da tese afirmativa que as justificativas para tal postura encontram seu fundamento, basicamente, em dois fatores: um de natureza puramente teórica e outro de ordem jurídico-sociológica.

O primeiro diz respeito à quebra dos princípios basilares da responsabilidade objetiva, adotada pelo CODECON e pela maioria das legislações consumeristas do mundo, com a adoção do risco de desenvolvimento como causa eximente da responsabilidade do fornecedor.

Com a admissibilidade da excludente do risco de desenvolvimento, não se estaria introduzindo elementos da responsabilidade subjetiva, num sistema tipicamente de responsabilização do fornecedor independentemente de culpa?

João Calvão da Silva, ao discorrer sobre a Diretiva 85/374 e o Dec-Lei português nº 383/89, permite-se algumas dúvidas a respeito:

“É esta solução de compromisso que, transposta para a ordem jurídica interna pelo Dec-Lei nº 383/89, suscita a questão posta acima, a questão de saber se a admissibilidade do estado da arte ou estado da ciência e da técnica como prova liberatória não acaba por ser a via de reintrodução ou persistência da culpa no edifício da responsabilidade do produtor ora erguido, e em cujo pórtico se encontra cinzelada a divisa: ‘responsabilidade objetiva’.”²⁹

²⁸ O CODECON, segundo afirma Antônio Hermen de Vasconcelos e Benjamin, não exige a prova do defeito, tão somente a relação causal entre o produto e o dano. Opinião em contrário, vide CAMPOS, Maria Luiza de Saboia. **Publicidade: responsabilidade civil perante o consumidor**. São Paulo: Cultural Paulista, 1996, p. 170.

²⁹ SILVA, João Calvão da. **Responsabilidade Civil do Produtor**, p. 505.

Chega-se a falar em “destruição da ‘presunção de *negligence*’”³⁰, uma vez que a admissão da causa eximente por risco de desenvolvimento corresponderia à prova da inexistência de culpa por parte do fornecedor (já que a ciência e a tecnologia não permitiram a descoberta do defeito do produto quando do seu lançamento no mercado). Assim, o produtor para não se responsabilizar nesses casos, deveria demonstrar que não agiu com culpa, retrocedendo aos princípios da responsabilidade subjetiva, o que, definitivamente, terminaria por delapidar o sistema da responsabilidade objetiva, instaurado nos diplomas legais de proteção ao consumidor em todo o mundo.

Por essa óptica, os países que admitem o risco de desenvolvimento como causa excludente, estão quebrando as bases da responsabilidade civil objetiva, por eles adotada, e que, inevitavelmente, estabelece a responsabilização do fornecedor em tais casos.

O segundo argumento firma-se na situação de debilidade em que o consumidor se encontra na relação de consumo, não sendo razoável e, por via de consequência, justo, que o consumidor individual arque, sozinho, com as despesas decorrentes de danos por risco de desenvolvimento. Mormente, quando os bens jurídicos atingidos são de fundamental importância na escala axiológica de qualquer ordenamento jurídico, a vida³¹, a saúde, a integridade físico-psíquica, a segurança e o patrimônio da vítima.

³⁰ SILVA, João Calvão da, *idem*, p. 507.

³¹ Decisão do STJ em processo de 1984, antes da vigência do CODECON, foi favorável à indenização da vítima de risco de desenvolvimento, muito embora, havia elementos da culpa do fabricante, que serviram de para sentença da primeira instância. À época do fato, não se cogitava da responsabilidade objetiva no âmbito das relações de consumo.

“Uma jovem paranaense de 24 anos, por prescrição médica, ingeriu um fortificante chamado ‘Energisan E.V.’. A paciente apresentava quadro clínico razoável, que sofreu alteração logo após a aplicação do remédio, vindo a morrer. Estabelecido que a causa do morte foi a ação de um componente do medicamento, chamado Dinitrila Succinica, o fabricante, Aché Laboratórios Farmacêuticos S. A., alegou que não tinha conhecimento da toxicidade do produto. Em apoio à sua tese, apresentou laudo do Instituto Adolfo Lutz, que concluía ser o efeito constatado ‘fato novo e imprevisível e que demanda uma revisão científica no que existe estudado e bibliografado sobre Dinitrila Succinica.’

Ao final, sustentam que as reparações dos danos por risco de desenvolvimento devem ser determinadas por meio de um regime de seguro obrigatório de responsabilidade, de forma que o custo das indenizações devidas a alguns consumidores, passa a ser repartido entre todos os consumidores de um certo produto.

Esse valor (destinado ao ressarcimento) se encontra embutido no preço do produto e, assim todos os consumidores cooperam no sentido de compensar os danos sofridos pelas vítimas, o que reflete o princípio da responsabilidade social, ou seja, todos são responsáveis pelas indenizações devidas a alguns, os que tiveram sua vida, saúde ou segurança violadas.

O fornecedor, ao administrar esse capital, terá por obrigação encaminhá-lo ao fundo de garantia, ou fundo de compensação, cuja finalidade é ressarcir as vítimas de risco de desenvolvimento.

Tal conduta vem sendo implantada por várias empresas, há algum tempo, e com resultados positivos. O fornecedor, muitas vezes, busca indenizar os consumidores que foram afetados por certos riscos de desenvolvimento, através dos acordos extrajudiciais, a fim de evitar o transtorno dos processos judiciais³².

Não obstante, o STJ manteve a sentença de primeiro grau, que fora confirmada pelo Tribunal de Justiça do Paraná, condenando o laboratório a indenizar os pais pela morte da vítima. Constou do acórdão, na apelação: 'Serve a argumentação contra a pretensão da apelante relativamente ao desconhecimento da toxidade daquele componente, porquanto correu o risco, pondo em circulação o produto, sem a comprovação definitiva da eficiência e ausência de eventual dano da medicação.'

Como se nota, o fundamento do Tribunal estadual para manter a condenação foi o risco da empresa, consistente em ter colocado o produto em circulação. A sentença assentara a responsabilidade do laboratório na culpa, mas havia notícias de outros eventos trágicos, motivando, em três oportunidades, a retirada do medicamento de circulação." (PASQUALOTTO, Adalberto de Souza. *A responsabilidade civil do fabricante e os riscos de desenvolvimento*, p. 166)

³² "Uno de los casos fue, por ejemplo, el de las reclamaciones que en USA podían producirse como consecuencia de trastornos causados en muchas mujeres por aplicación de injertos de silicona. En abril de 1993, la Administración de Fármacos y Alimentos de aquel país prohibió los implantes de silicona con fines cosméticos y sólo los autorizó en casos de

Os doutrinadores brasileiros, que são favoráveis à tese afirmativa sustentam a taxatividade das causas de exclusão de responsabilidade elencadas no art. 12, § 3º do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. Por isso, o risco de desenvolvimento, não estando consignado em tal dispositivo legal, não poderia ser considerado uma causa eximente da responsabilidade do fornecedor.

Além disso, trata-se de um defeito de concepção do produto ou do serviço, que não é conhecido em virtude da impossibilidade da ciência e da técnica (no estágio em que se encontravam, no momento da introdução do bem ou do serviço no mercado) de detectá-lo.

Em relação à questão em análise se pronuncia Eduardo Arruda Alvim:

*“Em síntese, nosso posicionamento é que o assim dito risco de desenvolvimento não exclui a responsabilidade civil pelo fato do produto pelas seguintes razões: a uma, porque tal excludente não conta do § 3º, do art. 12; a duas, porque o risco de desenvolvimento encarta-se no gênero maior: defeito de concepção, o qual, por disposição legal expressa, enseja a responsabilidade do fornecedor (...) e, finalmente, porque, pelo sistema do Código, eventual ausência de culpa do fornecedor não é suficiente para eximi-lo de responsabilidade. (...) Quando há risco de desenvolvimento, há defeito – de concepção – só que desconhecido.”*³³

cirugía reconstructiva, esto es, cuando la paciente hubiera sufrido extirpación de la mama. Llovieron las demandas contra los fabricantes y en vista de ello constituyeron un fondo de compensación con el que indemnizar a eventuales reclamantes. Se pretendió así evitar o reducir el número de juicios ofreciendo a las perjudicadas una indemnización, que percibirían con la sola demostración de que sufrían determinadas perturbaciones físicas o psíquicas de las incluidas en una lista, sin que fuese necesario probar que dichas perturbaciones habían sido causadas por el implante.” (RUBIO, María Paz García. *Los riesgos de desarrollo en la responsabilidad por daños causados por los productos defectuosos. Su impacto en le derecho español*, p. 83)

³³ ALVIM, Eduardo Arruda. Responsabilidade Civil pelo fato do produto no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. n. 15. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, jul./set. 1995, p. 148.

5.2 Tese negativa

É sustentada, no Brasil, por James J. Marins de Souza, Paulo Luiz Netto Lôbo, Maria Luiza de Saboia Campos, Rui Stoco, dentre outros e, no exterior, conta com a figura do eminente jurista português João Calvão da Silva.

Afirma que o fabricante não assume os riscos de desenvolvimento perante o consumidor, servindo essa categoria jurídica como uma causa excludente de responsabilidade, uma vez o fornecedor prove, em juízo, que o estado da ciência e da tecnologia não permitiram, quando do lançamento do produto no mercado, descobrir o defeito de concepção já inerente ao bem.

As justificativas que corroboram essa tese encontram-se pautadas nos argumentos abaixo declinados.

Em primeiro lugar, a grande carga econômica imposta sobre os ombros do fornecedor.

Sendo responsável pelos danos decorrentes do risco de desenvolvimento, o fabricante seria obrigado a suportar o grande peso das indenizações às vítimas, o que tornaria sua atividade tão dispendiosa, ao ponto de não mais ser-lhe lucrativo lançar novos produtos no mercado.

As pesquisas de tão onerosas, acarretariam a estagnação do avanço e modernização da ciência e da tecnologia. Evidentemente, com isso, o consumidor seria o maior prejudicado, pois deixaria de se beneficiar com o lançamento de novos produtos e os que adquirisse, seriam por um alto valor.

“A hipótese extrema configurada pelo risco de desenvolvimento, se usada de modo a tornar insuportável a assunção do risco pelo setor produtivo da sociedade, trazendo eventual iniquidade na distribuição da carga de responsabilidade, pode vir em detrimento do próprio desenvolvimento social, por razões de ordem econômica, além de trazer repasse de riscos de tal ordem que possa a tornar inacessível a comercialização de determinados produtos.”³⁴

³⁴ SOUZA, James J. Marins de. *Risco de desenvolvimento e tipologia da imperfeição dos produtos*, p. 126.

Em segundo plano, a admissão do risco de desenvolvimento como causa excludente não revela o retorno à responsabilidade subjetiva, como questionam os doutrinadores supramencionados, mas define a caracterização de uma responsabilidade objetiva, que não é absoluta, é limitada e estabelecida de acordo com a teoria do risco da empresa e não, a do risco integral. Manifesta-se, portanto, de forma atenuada, moderada, admitindo exceções³⁵.

A responsabilidade objetiva limitada é considerada, assim, uma forma equilibrada e razoável para resolver os problemas de consumo, que nem sempre podem contar com um regime de seguro para todos os setores produtivos, sob pena de virem à tona, devido ao sucateamento da atividade do produtor, prejuízos, potencialmente, desastrosos ao meio social, tais como: o desemprego, a estagnação de novas pesquisas científicas, o lançamento no mercado de produtos mais caros para os consumidores etc.

*“Em termos conclusivos: o produtor é responsável, independentemente de culpa, pelos danos causados por defeitos dos seus produtos circulantes no mercado, salvo pelos chamados riscos de desenvolvimento. Solução equilibrada e prudente esta, a da responsabilidade objectiva mas limitada, que não deixa de ter presente a mais recente evolução verificada na experiência modelar dos EUA, em que a grande crise no mercado de seguro provocada pela extraordinária expansão da responsabilidade- a caminho de uma responsabilidade absoluta do lesante, melhor, de uma garantia - deu origem a uma obra de contenção dessa explosão, já referida como o início da ‘contra-revolução’.”*³⁶

Essa é postura seguida pela maioria dos países europeus, a partir da Diretiva 84/374 e também pelos Estados Unidos, com os fundamentos da *strict liability*³⁷.

5.3 A proposta do direito espanhol

O direito espanhol reservou um tratamento diferenciado para o risco de desenvolvimento, conforme cada caso.

³⁵ SILVA, João Calvão da. *Responsabilidade Civil do Produtor*, p.507-17.

³⁶ Idem, p.523.

³⁷ Ibidem, p.518.

Como regra geral, o risco de desenvolvimento é causa eximente da responsabilidade do fornecedor, mas em casos excepcionais não poderá ser invocado como excludente, estando o produtor obrigado a indenizar o consumidor e/ou terceiro lesado.

De acordo com a Lei nº 22 de 1994, o fornecedor responde pelos danos causados aos consumidores, em razão de risco do desenvolvimento, na hipótese de medicamentos ou produtos alimentícios destinados ao consumo humano. Tal disposição se refere ao produtor, assim como também, ao importador.

O diploma legal nº 22 de 1994 não delinea a definição de medicamentos ou produtos alimentícios.

O operador jurídico deve se arrimar no art. 8.1 da lei reguladora de dezembro de 1991, que, assim, define alimento como: *"...sustancia medicinal y sus asociaciones o combinaciones destinadas a su utilización en las personas o en los animales, que se presente dotada de propiedades para prevenir, diagnosticar, tratar, aliviar o curar enfermedades o dolencias o para afectar a funciones corporales o al estado mental. También se considerarán medicamentos las sustancias medicinales o sustancias medicinales o sus combinaciones que pueden ser administrados a personas o animales con cualquiera de estos fines, aunque se ofrezcan sin explícita referencia a ellos."*³⁸

O mesmo dispositivo se refere, no § 2º, a substâncias, que também podem ser consideradas medicamentos: *"... toda materia, cualquiera que sea su origen – humano, animal, vegetal, químico u de otro tipo – a la que se atribuye una actividad apropiada para constituir un medicamento."*³⁹

Os produtos alimentícios são explicados, com precisão, pelo Código Alimentário Espanhol, de 21 de setembro de 1967, que reza:

"...tendrán la consideración de alimentos todas las sustancias o productos de cualquier naturaleza, sólidos o líquidos, naturales o transformados, que por sus características, aplicaciones, componentes,

³⁸ LÓPEZ, María José Reyes. La responsabilidad civil del fabricante por productos defectuosos. Estudios de la Ley de 6 de julio de 1994. *Contratación y Consumo*. Tirant lo blanch: Valencia, 1998, p. 132.

³⁹ Idem. p. 133.

preparación y estado de conservación, sean susceptibles de ser habitual e idóneamente utilizados a alguno de los fines siguientes:

- a) *Para la normal nutrición humana o como frutivos.*
- b) *Como productos dietéticos, en casos especiales de alimentación humana.*⁴⁰

Dessa forma, já que os medicamentos e os produtos alimentícios estão, com frequência, submetidos aos avanços da ciência e da tecnologia, é plenamente justificável a responsabilidade do fornecedor por risco de desenvolvimento, nesses casos. Mister quando, os bens jurídicos postos em risco são a saúde e a vida do consumidor (ou terceiro).

A solução delineada pelo direito espanhol, já havia sido admitida na Alemanha, antes mesmo da elaboração da Diretiva nº 85/374.

Pode-se dizer que esta é uma alternativa razoável para o deslinde da questão relativa ao risco de desenvolvimento. O consumidor é reparado consoante o bem, juridicamente, tutelado, que sofreu lesão, tendo em vista que o produto (medicamento ou alimento) em análise afeta, de forma direta, a vida e a saúde, assim como, está sujeito a constantes transformações por parte do avanço científico-tecnológico.

Por serem considerados valores (vida e saúde) tão relevantes ao ordenamento jurídico, que atingem pilares básicos da dignidade da pessoa humana, nada mais justo do que a determinação legal, obrigando o fornecedor a indenizar o (s) ofendido (s).

No futuro, tal proposta poderá ser acatada pelo legislador brasileiro. Mormente, quando se considera a importância da defesa do consumidor, nos casos de risco desenvolvimento e a garantia da dignidade humana.

6. O risco de desenvolvimento e da indústria farmacêutica

Mais do que em qualquer outra área do consumo, a indústria farmacêutica é uma das que mais progride no mundo, movimentando em países como o México mais de 300 mil milhões de pesos mexicanos todos os anos.

⁴⁰ LÓPEZ, María José Reyes. Ibidem, p. 133.

Além disso, é um dos setores mais desenvolvidos no âmbito das pesquisas científicas, revelando, continuamente, novas descobertas (que serão, mais tarde, lançadas no mercado consumidor) e empregando tecnologia de ponta e profissionais, altamente, qualificados e especializados.

Aliada a esse fato, tem-se a publicidade tendenciosa, largamente, utilizada pela indústria de fármacos, que vende medicamentos como ilusão de saúde. Não somente no Brasil, mas também, em países desenvolvidos. Como exemplo, cita-se a França, onde a publicidade de produtos farmacêuticos realizada pelos propagandistas continua, de forma intencional, a enganar os médicos prescritores de remédios.⁴¹

Também não podem ser desconsideradas as dificuldades para se efetuar uma fiscalização eficaz e eficiente quanto ao desempenho e à propaganda dos medicamentos no mercado consumidor. O precário sistema brasileiro de saúde pública, mais especificamente, a vigilância sanitária, não consegue, no âmbito administrativo, resolver os problemas relativos à publicidade enganosa e outros afins, e aplicar com eficiência as punições administrativas demandadas ao caso concreto.

*“No Brasil, o problema da má qualidade e da tendenciosidade da informação distribuída pelos produtores farmacêuticos é quantitativamente muito importante, além de ter características relacionadas à qualidade, semelhantes aos problemas encontrados no mundo desenvolvido, agravados pelas distorções não eliminadas pela atuação da vigilância sanitária por ocasião de revalidação de registro no caso de produtos antigos.”*⁴²

Muitas reações prejudiciais à saúde e à vida dos indivíduos não são detectadas pela ciência e pela tecnologia, no momento em

⁴¹ PROPAGANDISTAS FARMACÊUTICOS. Um informe condenatório da rede *Prescrire* de vigilância. Traduzido de *A farewell to sales reps* (editorial) e *Sales Representatives – a damning report by Prescrire reps monitoring* [*Prescrire International* June 1999; 8 (41): 66,86-89] por José Ruben de Alcântara Bonfín, p. 11.

⁴² O CONTROLE DA PROMOÇÃO FARMACÊUTICA. Editorial SOBRAVIME. Sociedade Brasileira de Vigilância de Medicamentos. Boletim 33, abr./jun. 1999, p. 1.

que o fármaco é introduzido no mercado ou, mesmo antes, quando se tratava de uma nova droga objeto de testes em laboratório. Nesse contexto, não se pode deixar de admitir que o mercado consumidor, muitas vezes, se transforma em verdadeiro “laboratório humano” das novas experiências empreendidas pela indústria farmacêutica.

Portanto, não se pode negar uma maior visibilidade (susceptibilidade) de casos de risco de desenvolvimento na área da indústria farmacêutica, ao menos, em termos gerais.

Em julho de 2000, os meios de comunicação advertiram ao mercado consumidor que medicamentos, cujo princípio ativo era a terfenadina (incluindo o Teldane e mais nove outros remédios: Histadane Cibran, Seudafen, Terfedrin, Pseudo Terfedrin, Teldafen, Basf Generix Terfenadina, Antaléxico, Afopic e Terfenadina, genérico dos Laboratórios Novartis, União Química e Teuto Brasileiro), poderiam provocar arritmia cardíaca e até morte⁴³.

O registro de casos de morte súbita detectados nos Estados Unidos levou à retirada desses produtos das farmácias americanas por determinação da FDA (*Food and Drug Administration*). No Brasil, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária adotou medidas similares.

Destarte, pode-se aferir que muitos efeitos colaterais e reações adversas não conhecidas pela ciência e pela tecnologia no momento da introdução do fármaco no mercado consumidor, só serão detectadas quando o produto já estiver em pleno uso por milhões e milhões de consumidores, que, na verdade, estão participando e cooperando (de forma involuntária) para as novas descobertas a respeito do medicamento.

Por isso, o mercado consumidor se transforma em extensão das pesquisas de “laboratório”, contribuindo para as novas descobertas científicas a respeito de um determinado medicamento, mesmo que isso implique um grande sacrifício à saúde e, até mesmo, à vida de milhares de pessoas.

⁴³ *Fora do Mercado. Proibidos 12 antialérgicos. Medicamentos podem provocar arritmia cardíaca e até matar.* Jornal O Dia, Editora O Dia S.A., 15 de Julho de 2000. (<http://www.uol.com.br/odia/ciencia/ci150703.htm>)

7. Conclusão

A responsabilidade civil objetiva do fornecedor não pode ser tratada de forma absoluta, sob pena de desequilíbrio da relação jurídica de consumo.

Em razão disso, o Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 12, §3º, incisos I, II e III, elenca as causas de exclusão da responsabilidade do produtor. Além dessas, há outras duas, o caso fortuito e a força maior, que mesmo não consignadas no referido diploma legal, constituem cláusulas gerais do Direito Civil.

Entretanto, uma categoria jurídica, conhecida como o risco de desenvolvimento, destaca-se por gerar polêmica quanto à sua posição no âmbito do Direito do Consumidor.

O risco de desenvolvimento (*development risk* ou estado da arte), muito discutido na doutrina e pouquíssimo mencionado na jurisprudência brasileira, ocorre quando um produto ou serviço apresenta defeitos, antes não possíveis de serem detectados pela técnica e pela ciência no momento de sua introdução no mercado. Tais defeitos podem afetar a saúde e até mesmo a vida de consumidores e terceiros.

A partir do estudo de direito comparado, da análise das diversas correntes doutrinárias e dos resultados das pesquisas de campo, que se concentraram na área de medicamentos, entendemos ser justo e razoável a indenização por riscos de desenvolvimento, quando:

- a relação de causalidade entre o evento e o dano esteja, definitivamente, comprovada;
- estivermos diante de um produto ou serviço que, constantemente, está sujeito a inovações científicas e que se relacione, de forma direta, com a saúde e a vida dos consumidores e terceiros lesionados. Ex.: medicamentos, produtos alimentícios (dietéticos, transgênicos etc.), vacinas, operações cirúrgicas de alta precisão etc;
- o bem jurídico afetado não for de natureza patrimonial mas, se referir à saúde, à integridade física ou à vida de consumidores e/ou terceiros, observando sempre o princípio da dignidade da pessoa humana.

Além disso, cabe destacar que os casos de risco de desenvolvimento se convertem em um percentual muito reduzido, favorecendo à tese que advoga a favor da reparação dos danos.

Uma vez verificado o defeito, antes não encontrado no momento de introdução do produto no mercado, o fornecedor deverá cumprir o seu dever de informar aos consumidores a respeito do perigo a que estão sujeitos, tomando as medidas necessárias, seja retirando o produto do mercado ou acrescentando-lhe algo (instruções, procedimento de uso, etc.) que o torne mais seguro ao consumo.

Caso assim não proceda, o fornecedor incorrerá em responsabilidade pela violação do seu dever de informar aos consumidores sobre as mais novas descobertas científicas em relação ao produto e não em responsabilidade decorrente do risco de desenvolvimento.

Por isso, que verificadas as primeiras demonstrações de dano por risco de desenvolvimento, as demais, se persistentes, não mais poderão ser pautadas no mesmo fundamento, mas sim, tendo por base o descumprimento do fornecedor de seus deveres de vigilância do produto, já lançado no mercado e de informação aos consumidores acerca das novas descobertas que envolvem o mesmo. Argumento esse que levaria a uma responsabilização inevitável do fornecedor, de acordo com o sistema do CODECON.

Assim sendo, defende-se, com a máxima razoabilidade, a responsabilidade do fornecedor por risco de desenvolvimento, consoante os critérios acima declinados e, com arrimo no princípio da dignidade da pessoa humana, que se vê lesada em bens jurídicos tão relevantes, tais como a sua vida e saúde.

Nesse sentido, a proposta da legislação espanhola de 6 de julho de 1994, que prevê a responsabilização do fornecedor por risco de desenvolvimento, quando se tratar de um medicamento ou produto alimentício, poderá servir de norte para o legislador brasileiro, assim como, de fonte de pesquisa para a solução dos casos concretos a serem enfrentados pelo operador do direito.

TELEOLOGIA DA VIOLÊNCIA

Joubert Câmara Scala

Ex-Procurador Geral de Justiça, Procurador de Justiça Aposentado,
Professor Aposentado do Centro de Ciências Jurídicas/UFAL

SUMÁRIO

1. Criminalidade e violência. 2. Da repressão. 3. Comportamento criminoso. 4. Psiquismo. 5. Infra e superestrutura. 6. O modelo econômico brasileiro. 7. A gênese da violência. 8. Conclusões.

Se em verdade a etiologia da palavra “teleologia” remonta a um passado longínquo, porque se prende ao pensamento Aristotélico no plano filosófico, quando explicava ele a teoria das causas finais dos fenômenos relacionados com o homem, todavia esse meu ensaio, procurando libertar-se das abstrações meramente filosóficas, compromete-se com uma realidade flagrante, pungente, dos nossos dias. Refiro-me à violência, fenômeno simplesmente social, porque humano, porque pertinente ao homem nas suas relações com a sociedade, com implicações as mais graves nas instituições, de que se preocupa a sociologia.

Após essa colocação introdutória, tentarei, por capítulos, dar um ordenamento ao meu pensamento crítico e construtivo sobre a problemática da *violência*.

1. Criminalidade e violência

De princípio, portanto superficialmente, pode-se confundir criminalidade com violência, se partirmos do pressuposto de que toda violência insurge-se contra a ordem constituída. De outro lado, parece lógico o aforismo que nos induz a conceber que toda criminalidade está carregada de violência, seja de ordem física, seja material.

Se ao leigo os conceitos são semelhantes, o estudioso do Direito, notadamente o ramo Penal, dominando o conceito de crime, depara-se de pronto com a dessemelhança.

Porém até o próprio leigo, tem condições de estabelecer diferenciações, se informado for do significado do vocábulo crime.

Sem desprezar as mais variadas definições, valemo-nos da mais simples e mais perfeita pela sua concretude, que nos ofereceu o mais consagrado penalista pátrio, e festejado no mundo jurídico – Nelson Hungria.

Sistematicamente definiu o crime como sendo a conduta típica – anti jurídica e culpável. Com esse poder de síntese, Nelson Hungria condensou em três vocábulos todos os conceitos construídos em tratados de Direito Penal.

Neste ensaio, evidentemente que não vamos discorrer sobre esse trinômio, ate porque fugiria dos seus verdadeiros objetivos.

Entretanto, ainda que de relance, tratarei do primeiro elemento constitutivo do crime, a sua tipicidade, com a única preocupação de elidir as dúvidas que porventura parem aos leigos.

A tipicidade é um princípio que, se observado, só admite a existência de crime em determinada conduta, se ela esta prevista em lei, isto é, foi por lei definida. Em resumo, na tipicidade, consagra-se o outro princípio que é um corolário, o da anterioridade da lei. Sintetizando-se esse princípio da anterioridade da lei, conclui-se que, não há crime sem lei que anteriormente preveja e que não tenha sido cominada uma pena. Do que resulta: *Nullum crimen, nulla poena sine lege*.

Observados esses princípios rudimentares, torna-se evidente que nem toda violência constitui crime, basta, para tanto, que não tenha sido prevista na lei, não tenha, portanto, sido tipificada, e, de conseguinte, estabelecida para ela uma pena.

Partindo dessas premissas, pretendo induzir ao leitor que quando trato da violência, o faço de forma abrangente, isto é, toda conduta, seja ela criminosa ou que não foi ainda tipificada nos Código Penais, mas que, nem por isso, lhe tira o condão, a cristalina característica de violência em si própria.

2. Da repressão

Sem pretender fazer um estudo histórico das formas de repressão ao crime, ainda assim, de passagem, alguma referência se impõe fazer, para compreendermos as atuais disposições que os Estados politicamente organizados estabeleceram no combate à criminalidade.

Nos primórdios da nossa civilização, o Pentateuco, que mais continha leis morais e religiosas, o código de Hamurabi e a lei de Talião estabeleciam a única forma de repressão "o olho por olho, dente por dente", isto é a retribuição ao mal é proporcional ao próprio mal causado. Essa relação de causa e efeito com sua rígida proporcionalidade, não teve o condão de eliminar as condutas violentas, porque nem de leve se preocupou com as suas verdadeiras causas.

Dando-se um salto gigantesco nos períodos da história, vamos nos deparar com os Estados reprimindo os crimes mais graves com penas capitais, seja na forca, seja na guilhotina ou outras formas de execução. E muito embora os estudiosos do direito penal se preocupassem com a natureza do crime, e das condutas criminosas, criam as diversas teorias, inclusive estabelecendo o bio-tipo do criminoso; ainda assim o combate à criminalidade não teve progresso, porque esta se acentuou nas sociedades organizadas.

Hodiernamente, alguns Estados mantêm a pena de morte, como forma de repressão às condutas criminosas as mais graves, embora seja justo se confessar que outros Estados venham abolindo-a gradativamente. E as estatísticas têm demonstrado que naqueles países onde a repressão atinge a pena capital, em vez de regredir, a criminalidade cresce de forma preocupante.

Resulta daí, sem qualquer sofisma, que a repressão ao crime, por si só, não é eficaz, simplesmente porque ignorou-se ou se fez tábula rasa da etiologia do fenômeno nas suas origens, na sua gênese.

Descabe, neste ensaio literário-científico, demonstrar a iniquidade da pena de morte, não só porque sobre o tema juristas de várias matizes discorreram com propriedade, quer porque essa abordagem não se insere no meu objetivo sequer o de ordem propedêutico.

3. Comportamento criminoso

Obviamente que se fora eu introduzir neste trabalho os vários padrões de comportamento do homem nos seus desvios, com tendências que o enveredam a senda do crime, teria que abordar todo um sistema erigido pela ciência específica, a Criminologia, o que, também, não é objeto do meu enfoque. Todavia, ainda que de superfície, é importante que algumas referências sejam colocadas, porque fundamentais à compreensão do tema principal deste trabalho.

A criminologia nos demonstra de forma insofismável que a conduta, o padrão comportamental do homem que se desvia para a criminalidade, funda-se em três ordens distintas, a saber: fatores de ordens biológicas – psicológicas e sociais, e que a metodologia os agrupa em duas ordens: fatores endógenos e exógenos.

Eu acrescento, porque também já se tem conhecimento disto, que esses fatores, essas ordens determinam o padrão comportamental de todo homem, portanto, também do não delinqüente, daquele que observa os preceitos legais e morais da sociedade em que vive.

Esses conhecimentos ministrados pela criminologia nos leva a uma outra inferência por demais problemática porque por bastante complexa, gerando uma polêmica interminável entre os estudiosos e mesmo os teóricos. Se os fatores que determinam os padrões comportamentais com tendência à criminalidade, são de duas ordens, os endógenos e os exógenos, qual deles tem predominância sobre o outro?

Tenho para mim que, em tese, portanto admitindo suas exceções, os padrões comportamentais criminógenos gerados pelos fatores endógenos, geram um tipo específico, que difere extraordinariamente daquele tipo gerado pelos fatores exógenos.

Para sustentar o que acima afirmei, temos que perquirir sobre os fatores endógenos, ainda que de relance. Sabendo-se que todos eles passam pelo metabolismo biológico do homem, vamos identifica-los mais acentuadamente no funcionamento das glândulas endócrinas, objeto da ciência particular da Endocrinologia. Outrossim situam-se esses fatores endógenos no cérebro, objeto da psiquiatria, especificamente a forense. E por último situam-se esses fatores endógenos no psíquico do homem, precisamente nos recônditos do sub-consciente e na superficialidade do consciente.

Os fatores endógenos, particularmente os determinantes do funcionamento das glândulas e os decorrentes das funções cerebrais anômalas, são as causas das tendências criminosas, sem que constituam um determinismo, porque essas constituições ainda possuem, se bem que em quantidade resumida, alguma coisa de livre arbítrio. Situam-se eles a beira da inconsciência de seus atos delinquentes, porem só os doentes mentais são inimputáveis. Esses tipos, embora com tendências à criminalidade, todavia não são os fatores meramente endógenos que fazem o tipo do criminoso envolvido na violência, aqueles que geralmente integram gangs, quadrilhas, verdadeiras sociedades que se organizam para a criminalidade, e vivem nesse padrão de comportamento. Esse padrão de comportamento criminoso, a *societas criminis*, é gerado, salvo pequenas exceções, pelos fatores exógenos, ou seja, o homem na sociedade em que vive. Quando me refiro “na sociedade em que vive”, talvez que melhor fosse compreendido se dissesse, o homem no seu grupo social, no seu ambiente social, isto porque a sociedade como um todo, subdivide-se em varias camadas sociais, desde o super mundo dos ricos, os que detêm os meios de produção, as cátedras do poder, os bens materiais da existência, até o inframundo dos miseráveis, dos excluídos de todos os bens, da própria cidadania.

Afirmo, com minha convicção sociológica, que precisamente dessa camada inferior da sociedade, que germina o tipo do homem com o padrão comportamental inserido no contexto da criminalidade caracterizada pela violência. Veremos, adiante, que esses tipos de criminosos não tem nada em comum com os criminosos de momento, que sofreu um desvio comportamental, porque seu padrão se assemelha com aqueles que se organizam e vivem em organizações criminosas. Em tese, os criminosos de momento, que sofreram desvios comportamentais por impulsos, paixões etc, constituem o tipo gerado por fatores endógenos, caracterizados por tendências, todavia carregados de inclinações próprias do libre-arbítrio.

Relativamente a esses tipos de delinquentes, embora suas ações violentem a ordem jurídica, a sociedade e o Estado politicamente organizado, não precisam de maiores preocupações, porque os meios de que dispõem são suficientes à sua proteção, até porque não trazem perigo à ordem constituída.

4. Psiquismo

Embora não posamos separar os dois grandes componentes que integrados e interligados um ao outro, o biológico e o psíquico constituem a realidade da vida, todavia cada um, de per se, são os grandes responsáveis pelas funções mais vitais do homem, esse animal racional. Com efeito, ao lado da função orgânica, deparamo-nos com a função psíquica. São tão fundamentais porque, sem a função orgânica, só restaria a matéria bruta, inorgânica, inerte enquanto que sem a função psíquica, inexistiria o homem como ser racional, que o difere dos demais animais inferiores.

É no psíquico que encontramos o pensamento, o raciocínio, as paixões, como amor e ódio, dor e prazer, alegria e tristeza, compaixão, misericórdia, religiosidade, pendor pelas artes, pela literatura, pelas ciências.

Se, ainda que superficialmente, reportamo-nos à função orgânica, o metabolismo, e suas manifestações para a criminalidade, tratemos agora da função psíquica que a considero a mais proeminente e principal determinante dos desvios de conduta, desaguando na criminalidade, na violência, precisamente porque é no campo do psiquismo que reside a ação do homem, consequência da sua vontade.

Os tratados de psicanálise e de psicologia, nos oferecem todo o caldo cultural para nossa mais perfeita compreensão do fenômeno comportamental do homem em suas relações com o outro homem, seja no lar, na família, na escola, no lazer, na sociedade, na comunidade.

Daí segue-se que conheçamos com mais propriedade os fenômenos que se encrustam no psiquismo do homem, e que ele os desconhecia até quase recentemente.

Assim é que, como síntese, o homem, durante sua existência inteira, portanto desde a mais tenra idade, vai acumulando suas experiências, as suas vivências, os momentos pelos quais passou, e os marcou, de todas as ordens, seja de alegria, de contentamento, de prazer ou de dor, de injustiça, de revolta, de sofrimento, de angústia. Todas essas emoções ficam registradas, nenhuma se perde. Até mesmo as que delas não mais nos lembramos, estão guardadas no subconsciente, de forma latente estão influenciando no psiquismo, estão

determinando certas formas de comportamento. As impressões das nossas passagens experimentais pela vida que não foram esquecidas, estão registradas em nossa zona do consciente, que de outro lado, contribuem com a mesma intensidade em nosso psiquismo.

Por ser racional, e disto ele se distingue fundamentalmente do irracional, tem o homem o poder de acolher, registrar, separar as suas impressões, com mais ou com menos intensidade, na ordem direta de sua evolução. Assim é que, o homem num estágio primário, portanto inferior, esse poder se resume a pequeníssimas proporções, porque seu livre arbítrio não se desenvolveu, resultando que sua evolução é quase estacionária. No homem evoluído, num estágio superior, suas tendências, suas inclinações, seu pendor inclina-se numa forma aspiral, num movimento de baixo para cima, em busca das realizações altruísticas, seja nas artes: música, dança, pintura, escultura, no canto etc, seja nas ciências, ou na literatura, na religiosidade com suas manifestações no amor, na caridade, na adoração, na sublimação dos sofrimentos.

E porque as experiências vividas pelos homens evoluídos, são também de ordem superior, na escala de valores, resulta que o seu psiquismo, quer na zona do subconsciente, quer no consciente, o que fica registrado são agradáveis passagens, que determinam harmonia e equilíbrio na sua forma comportamental. O desvio que determine uma porção delituosa nesse tipo de homem, insofismavelmente constituirá rara exceção, razão pela qual deles não vamos nos ocupar doravante.

De todo esse desenvolvimento, resultará compreensível que é na zona da vida psíquica, zona de ação, da vontade, das emoções que vamos encontrar as mais diversas formas de comportamento do homem, inclusive o comportamento violento, agressivo, porém racional.

Outra conclusão óbvia que tiramos, está em que, de forma eminentemente predominante, nos fatores de ordem exógena, vamos encontrar a gênese da criminalidade, da violência, porque simplesmente a ação, a reação, as emoções e as paixões, o ódio, a revolta pelas injustiças sofridas estão no psiquismo do homem, zona onde se guardam, se registram, quer no subconsciente, quer no consciente, as nossas experiências de toda existência e passagens na ação e interação do homem com outro homem, no seu grupo social.

Concomitantemente, impõe-se agora, perquirir sobre o grupo social onde o homem tem sua existência, o que faremos nos desdobramentos seguintes.

5. Infra e superestrutura

Quando o fenômeno torna-se evidente, porque suas causas são conhecidas, nega-lo constitui perservar na ignorância consciente, na cegueira intelectual e moral. Trago a exemplo, o fenômeno econômico responsável pelo destino dos povos e nações demonstrado através da história universal.

Em verdade, o fenômeno da produção, as formas de produção do homem, como infraestrutura e o correspondente modelo social e econômico, como superestrutura, demonstraram, à saciedade, a profunda influência. Assim é que, recuando-se no tempo histórico, o homem primitivo, que ainda não havia se apropriado da terra, de conseguinte o trabalho era igual para todos, vivendo-se da pesca, da caça, da coleta de frutos, inexistia classes sociais na divisão do trabalho, por isso o homem vivia num verdadeiro comunismo primitivo, porque os bens da natureza e os frutos do trabalho, pertenciam a todos.

Quando o homem, no seu processo lento de evolução, aprendeu a cultivar a terra, dela se apropriando, surgiram as primeiras e violentas lutas entre os povos, pelo domínio e cultivo dela. Os vencidos, quando não dizimados nas refregas, foram mais tarde reduzidos a escravos, surgindo, assim, o regime de escravidão, por essa forma de modelo econômico. Seguiu-se, após o regime de escravidão, um novo modelo econômico, o regime da escravidão: agora, não escravo, não coisa, mas pessoa, entretanto as formas de produção implicavam em que os senhores feudais, detinham também a posse de todas as coisas que integravam sua terra, inclusive o próprio homem no fenômeno da produção. Frise-se porque fundamental, que o servo, embora fosse pessoa e não coisa, sua condição no trabalho era análoga a do escravo, inclusive subjugado ao poder do senhor feudal de envia-lo para a guerra, e dispor até de sua vida. Passando-se às novas formas de produção, com o advento da industrialização, o novo modelo econômico produziu, em sua superestrutura, o Liberalismo econômico, jurídico e político, que teve suas origens na França, em 1789, contaminando as nações e povos

mais evoluídos da época histórica. Com a decadência do liberalismo, o modelo econômico imposto pelas infra-estruturas resultou no Estado intervencionista nas formas de produção do homem, regulando essas relações, limitando os poderes das classes produtoras, estabelecendo relações jurídicas protetoras da classe trabalhadora.

Nos dias hodiernos, o modelo econômico, com o desenvolvimento vertiginoso do capitalismo, como que a história parou sua roda, no seu movimento crescente, para, girando em sentido contrário, desaguar novamente no liberalismo, agora denominado neoliberalismo, com a conotação principal no papel do Estado em não se envolver no fenômeno da produção, deixando que empregador e empregado estabeleçam suas relações.

É esse modelo econômico que através de outro fenômeno econômico, a globalização, está se implantando em todas as nações.

6. O modelo econômico brasileiro

Perquirir das suas conseqüências no globo terrestre, seria muito complexo, por causa de suas variações em cada momento histórico em que passa cada país. Assim, para nos tornarmos mais compreensíveis, vamos focalizar o modelo econômico em nosso país, e suas conseqüências no fenômeno da criminalidade e da violência.

A economia do nosso país, frágil e consequentemente instável, porque sujeita aos investimentos especuladores do capital mundial, nos inseria no contexto dos países do 3º mundo, os subdesenvolvidos e que, por conseqüência de um eufemismo singular, somos considerados país em desenvolvimento, emergente.

Entretanto o nosso modelo econômico, a exemplo dos países mais ricos do mundo, é também o neoliberalismo, caracterizado pelo afastamento cada vez mais acentuado do Estado no fenômeno da produção. Todavia, por mais paradoxal que pareça, se em qualquer modelo econômico, reserva-se ao Estado, como função primordial o bem estar social, no nosso modelo econômico prioriza-se o capital, e não é sem conseqüência que a nossa dívida externa, para com os agiotas estrangeiros alcança a cifra astronômica de mais de setecentos bilhões de dólares. Em face da priorização referida, nosso orçamento reserva setenta por cento (70%) da nossa previsão arrecadadora para pagamento dos juros dessa dívida. Em não sendo

economista, qualquer leigo pode equilar as conseqüências desse modelo econômico, que impossibilita o desenvolvimento do país, que não tem condições de investir no social: educação, saúde, tecnologia, produção, isto em tese, porque o que está consignado no orçamento, deixa muito a desejar, resultando na estagnação no presente e nos atormenta pelo futuro das nossas gerações.

É este mesmo modelo econômico que gera uma superestrutura doente, a saber:

No sistema fundiário, perdurando o modelo medieval, menos de 10% das terras do nosso território considerado continental, está distribuído pela população campesina, no fenômeno da produção agrária, setor primário da produção, enquanto, obviamente, 80% das terras são propriedade de menos de 10% de senhores privilegiados, os novos senhores feudais do novo milênio.

Na educação, agregando-se os que simplesmente assinam o nome para votar, 30 milhões de brasileiros são analfabetos.

Na saúde, com recursos minguados, as epidemias características da miséria social como dengue, malária, mantêm seus ciclos todos os anos, além da grave infra-estrutura hospitalar, e de atendimento as populações. A tuberculose atinge índices alarmantes, configurando-se o estado de pobreza de grande parcela da população.

E o modelo econômico, num país cuja economia figura entre as dez maiores do globo, permite que mais de 20 milhões de brasileiros vivam com um dólar por dia, em estado de pobreza extrema.

Os relatórios da ONU, indicam que o nosso país figura entre os que possuem a maior concentração de renda nas mãos de poucos.

De conseqüência, sem terra para trabalhar, as populações rurais, num verdadeiro êxodo, procuram as cidades, principalmente as metrópoles, na ilusão de encontrar trabalho para sobreviverem, no que resulta, pela impossibilidade delas absorverem tanta mão de obra desqualificada, proliferarem as favelas, verdadeiros bolsões de miséria.

7. A gênese da violência

Analisando o dramático quadro do nosso modelo econômico, que para muito as cores e as imagens esculpida pelo escritor, extravasam a realidade, porque essa realidade não lhes chega através da mídia resta-nos perquirir, com honestidade, sobre a origem da nossa violência, porque desconhecendo-a, torna-se inóqua e iníqua qualquer repressão.

A partir de agora, o leigo ficará com condições de entender a razão do título deste trabalho "Teleologia da violência", porque Aristóteles, nos anos 348 A.C. já ministrava a grande lógica a ser adotada na teoria do conhecimento dos fenômenos, a sua causa final.

É inconcebível que no 3º milênio depois de Cristo, pretenda-se combater os efeitos, ignorando-se suas verdadeiras causas, notadamente no que concerne aos fenômenos sociais, a exemplo da criminalidade, da violência.

A ciência da medicina, nesse particular, avançou firmemente nos seus conceitos e no tratamento das patologias. Com efeito, já não mais combate a dor, a febre e todo e qualquer sintoma de doenças, porque esses são os inúmeros efeitos decorrentes. De conseguinte, as pesquisas recrudescem na busca das origens, da etiologia dos fenômenos patológicos, porque todo e qualquer tratamento somente será eficaz, se combatida depois de conhecida a doença, isto é, a causa final do mal.

Entristece-me quando constato que no plano das ciências sociais, faça-se abstração no que tange as origens da criminalidade e de qualquer tipo de violência.

Demonstrei, ainda que superficialmente, que o psiquismo do homem, isto é, o conjunto do seu subconsciente com o consciente, comandam a ação, forjam a sua personalidade. Demonstrei mais que no subconsciente e no consciente ficam registradas todas as experiências, todas vivências, todos os momentos marcantes da vida psíquica do homem.

É pertinente, nesta altura, indagar-se: Que experiências, que vivências, que momentos marcantes predominam nas vidas dos excluídos de cidadania, porque lhes falta o pão à mesa, nega-se-lhes educação, sem acesso a saúde, sem emprego e sem perspectiva de trabalho, ora porque não recebeu qualquer forma de qualificação

profissional, ora porque o modelo econômico não promove desenvolvimento? Vivendo no inframundo das favelas, nas periferias das grandes e médias cidades, sem saneamento, sem segurança porque suas barracas, quando dos temporais, sofrem as mais funestas consequências das intempéries. E que dizer de seus lares, se é que possuem essa conotação suas moradias. Geralmente até os pais são desconhecidos, e quando os têm, partilhando da mesma miséria, são vítimas do mesmo modelo econômico.

Sem outra qualquer perspectiva de vida, destituídos de qualquer formação moral, cívica ou religiosa, verdadeiros párias, só injustiças, decorrente de seu estado de miserabilidade podem impregnar reflexos de revolta formando e tomando os espaços de seu psiquismo. Se ao menos tivessem formação cívica, se fossem politizados, sua ação poderia ser canalizada para outros fins, ainda que violentos, a exemplo das lutas sociais que deságuam nas revoluções que buscam solapar os modelos dominantes.

Na ausência de politização, destituídos de civismo, na ignorância dos fenômenos sociais que são responsáveis por seu estado de pobreza extrema, desencadeiam toda sua revolta, toda sua ação contra os seus semelhantes – o homem, que detém poder econômico e social, nos mais diversos tipos de violência: o seqüestro mediante resgate, o seqüestro seguido de morte, os assaltos ao homem e às instituições financeiras, o homicídio, o estupro, o latrocínio etc e etc.

Enquanto o fenômeno da violência toma proporções assustadoras, o modelo econômico permanece no seu alheamento, sempre voltado para o sistema de produção: Programas de assistência às instituições financeiras, o Proer, desvia milhões de dólares quando se impõe salvar os bancos da bancarrota; criam-se taxas para socorrer as distribuidoras de energia, pelo menor faturamento durante a crise energética sob o pseudo prejuízo, quando na realidade não produziram energia por escassez de água nos reservatórios, penalizando-se justamente os que não tiveram a mais tênue responsabilidade, os consumidores, a população já exaustivamente submetida a uma carga tributária das mais elevadas em todos os tempos; eleva-se a percentagem de álcool na gasolina, prejudicando-se o rendimento do combustível e o desgaste prematuro nos motores dos veículos, para se contemplar o Usineiro, diante da possível redução das exportações.

Edita-se medidas provisórias prorrogando a cobrança de CPMF, aumentando o percentual da taxa para o povo, enquanto na própria medida isenta-se a movimentação financeira do grande capital estrangeiro na bolsa de valores. Os salários das classes trabalhadoras, inclusive funcionários públicos, não sofrem aumento há 7 anos, sequer para repor a inflação confessada pelo governo, sob a falsa justificativa de conter a inflação, proibida por outro sofisma, o da não indexação, porém, em contra partida o mesmo governo em um mesmo ano aumenta várias vezes às chamadas tarifas públicas de gás, energia, telefone, combustível, transporte, etc, etc, contradizendo-se no seu modelo de desindexação da economia. Quando ressaltei “chamadas tarifas públicas”, o fiz porque essas empresas foram privatizadas, portanto de “públicas” só tem procedência relativamente ao consumidor. Honra-se os compromissos firmados com as instituições financeiras internacionais, pagando-se a dívida externa, enquanto a dívida social para com o povo, é postergada. Esses são os exemplos mais recentes, que caracterizam o modelo econômico protetor do capital com prioridade, enquanto o social é relevado a planos inferiores.

Diante desse quadro, explode a violência, agora com sofisticada conotação: o crime organizado, sob as mais diversas siglas – Comando Vermelho, Falange Vermelha, Primeiro Comando da Capital etc e etc, e nessa coesão com os traficantes de drogas, contrabandistas formam organizações economicamente fortes, dispondo de armamentos pesados.

E onde são recrutados seus integrantes? Evidentemente que não se originam das classes privilegiadas, nem mesmo da classe média, mas precisamente nos bolsões da miséria, entre os excluídos de cidadania, pelas razões e causas já amplamente demonstradas.

Os opositores, uma vez que o enfoque comporta polemica, poderão aduzir que as causas sociais da pobreza extrema não são necessariamente as que determinam a violência criminógena, pois se assim fora, os mais de 20 milhões de brasileiros que pululam nesse estado, estariam também delinquindo.

Esse raciocínio contaminado pelo silogismo, não tem o condão de sequer empanar a grande síntese: o contingente dos delinquentes violentos origina-se indubitavelmente dos bolsões de pobreza. Se os 20 milhões de brasileiros que vivem nesse estado de

miserabilidade ainda não se tornaram delinquentes, vamos dar graças a Deus, aduzindo as razões dessa realidade com os fundamentos que já foram expostos: é que o homem, por ser um animal superior, portanto racional, foi também dotado de valores tais como, no caso específico, o do livre arbítrio, com mais potencialidade entre os privilegiados pela cultura, pelo saber puro e intelectualizado, pela espiritualidade do amor, do bem, da caridade, pelo engrandecimento no campo de sua atividade nas artes, nas ciências, na literatura, com a riqueza do pensamento elevado. Em resumo, o livre arbítrio, esse poder de escolha, o discernimento entre o bem e o mal são ações reflexivas do psiquismo do homem, que estão registradas no seu sub e no consciente.

Considero abstração atribuir-se o crescimento da violência à suposta impunidade, isto porque os excluídos que em verdade compõem todo o contingente dos delinquentes violentos, não são contemplados por ela. Em verdade, a impunidade alcança de fato outra gama de delinquentes, os agentes do crime chamado de “colarinho branco”, os corruptos em todos os planos de suas ações requintadas, a exemplo dos desvios dos dinheiros públicos dos administradores, dos empresários; a remessa de valores para os paraísos fiscais, sonhando e lavando dinheiro de atividades criminosas, etc e etc. para esses, que geralmente detêm além do poder econômico, acumulam também o poder político, ou o poder de mando e direção, grata a impunidade, entre seus semelhantes, amigos poderosos, dos políticos, e muitas vezes do próprio poder, a exemplo do abortamento das CPIS (Comissões Parlamentares de Inquérito) sob o falso pretexto de preservar a governabilidade, como se por ventura fosse lícito governar com corruptos, ainda que aliados correligionários políticos.

Ah!, porque o congresso não se mobiliza para elaborar uma legislação que combata essa grave forma de impunidade?

8. Conclusões

Sem enfocar o problema da criminalidade e da violência, porque nem se perquire das causas e se são conhecidas, são também ignoradas, desviam-se do fenômeno atacando simplesmente os efeitos, isto é, criando-se logísticas para reprimir a criminalidade.

Assim é que anualmente investe-se milhões na construção de presídios, na razão direta do crescimento progressivo da população carcerária e, por isso mesmo, continuam as penitenciárias com superlotação, gerando, em algumas hipóteses, rebeliões.

Dão-se novas conotações aos crimes com violência, no sentido de exasperar as penas, retirando-se-lhes os indultos, a graça, o perdão, o sursis, como que retrocedendo-se na humanização da pena.

Até parece que ignoram o sentido psicológico da pena, o seu poder coercitivo. Esse poder só causa os devidos efeitos entre aqueles que são portadores de raciocínio lógico, os que possuem padrões retos de comportamento social e moral, os que são portadores de maior exercício do livre arbítrio. Estes, temem até mesmo o tribunal de suas consciências e mais acentuadamente os tribunais jurídicos porque, cometendo uma ação má, ainda que não tipificada como crime, sofrem a condenação moral do remorso. Para estes, uma hora sequer que fosse a condenação imposta na pena de seus crimes, constituiria sofrimento indelével, quer em decorrência de sua formação cívica, quer precisamente diante de sua formação moral e ética.

Relativamente ao homem embrutecido pelas asperezas da vida miserável em que vivem, de nada vale exasperar penas, porque não têm sensibilidade, e tanto isso é verdade que, quando se propõe a delinquir, integrando organizações criminosas, sabem que no cometimento dessas ações podem ser presos, condenados, e durante as ações também estão conscientes que lhes pode sobrevir à própria morte, decorrente da repressão policial. Ora, se não temem a própria morte em combate, entre parênteses, que lhes importa a maior ou menor graduação das penas cominadas ao crime?

No combate ao crime, investe-se milhões em armamentos, viaturas, no aumento do contingente de policiais, e, paradoxalmente a criminalidade violenta continua crescendo em sentido geométrico, ou seja, multiplicando-se.

A consequência mais lógica dessa realidade fenomênica reside em que, combatendo os efeitos, através da repressão ao criminoso, porque não se combate as causas finais do próprio fenômeno, resulta todo esforço num vazio, numa inocuidade.

Quando demonstro a ineficácia no combate a criminalidade através da repressão ao criminoso, porque persegue-se os efeitos

abstraindo-se das causas finais da violência, nem de leve suponho que se descuide da segurança pública, desprotegendo-se a sociedade.

Em verdade não estou encampando semelhante aberração, pois se assim procedesse, estaria me filiando nas organizações criminosas, ou fazendo sua apologia, o que violentaria minha formação jurídica, cívica, moral e espiritual.

A maior contribuição que poderia dar no combate ao fenômeno da violência, na preservação da ordem jurídica e social, está em que tentei demonstrar exaustivamente que a direção, os métodos e as ações que se tomaram e se pretendem tomar, sem enfrentar a gênese, perseguindo-se somente os efeitos, jamais reduzirão a criminalidade a níveis suportáveis, normais.

Assim, ou se investe prioritariamente nos problemas sociais, com desenvolvimento que gera emprego, com equitativa distribuição de renda, com reforma agrária sincera, com educação e saúde, ou, inexoravelmente, priorizando-se o capital, desgraçadamente sofreremos, num futuro próximo, as consequências mais aguçadas da violência, tornando-se insuportável a insegurança, pela razão direta do crescimento dos potencialmente delinquentes, os excluídos de qualquer cidadania.

DO DIREITO PRIVADO EM PONTES DE MIRANDA (*)

Magno Alexandre F. Moura

Promotor de Justiça

Sinto-me honrado por participar desse Congresso de Direito Privado Constitucional, nesta Conferência Estadual da respeitada Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional Alagoas, que numa feliz iniciativa, propositadamente, deixou para realizá-la no mês de abril, em comemoração aos 110 anos do nascimento do Gênio alagoano PONTES DE MIRANDA – precisamente Franciso Cavalcanti Pontes de Miranda. Que nasceu aos 23 de abril de 1892, no Mutange, em Maceió.

Reconhecidamente, PONTES DE MIRANDA é tido como o maior jurista brasileiro do século XX, conceituado um dos maiores do mundo, e que dentre vários cargos públicos que ocupou, e atividades do conhecimento em que se destacava, sempre confessou abertamente o que mais ele gostava de fazer: ADVOGAR, e foi nessa ótica de vontade que chegou a espantar os seus familiares com sua decisão, em 12 de dezembro de 1911, aos 18 anos, já bacharel em Direito pela Faculdade do Recife, quando recusou o cargo de Diretor da Caixa Mercantil, o único banco do Estado de Alagoas na época, e o cargo de juiz substituto federal em Alagoas.

Preferiu partir para o Rio de Janeiro e exercer a honrosa profissão de ADVOGADO. De lá, sua fama se propagava em razão do seu brilhantismo e do fulgor de sua inteligência como ADVOGADO; carreira que abraçou como profissão de fé.

Confesso aos senhores quando então, ainda neófito no curso de Direito da Universidade Federal de Alagoas, estudando as disciplinas Teoria Geral do Direito e Introdução à Ciência Jurídica, ouvia falar bastante sobre PONTES DE MIRANDA e sua magistral

(*) Palestra proferida no Congresso Brasileiro de Direito Constitucional Privado, Conferência Estadual da Ordem dos Advogados do Brasil - Seccional Alagoas, em comemoração aos 110 anos do nascimento do jurista PONTES DE MIRANDA.

produção científica, que é notável em quantidade e em qualidade. Escutando o preclaro mestre da minha geração Prof. MARCOS BERNARDES DE MELLO, que de forma percuciente mostrou a indispensabilidade da leitura da obra de PONTES DE MIRANDA, mais particularmente o *Tratado de Direito Privado*, para aqueles que desejam conhecer a Ciência Jurídica, em especial os que pretendem desvendar o Direito Privado. Porque, não há na literatura jurídica internacional obra que lhe supere, ele é considerado em quantidade, por possuir o Tratado 30.047 páginas, sendo considerado também em qualidade porque PONTES consultou 11.728 obras jurídicas e 193 não jurídicas. É a maior obra individual do mundo. Há quem diga que nem mesmo obras consagradas de comentários do Direito Alemão, tais como da *Parte Geral do BGB*, de Andreas Von Thur, ou o *Tratado de Direito Civil* de Enneccerus, Kipp e Wolff, superam o que PONTES escreveu sobre o Direito Privado, falando em nível de Teoria Geral e não apenas de direito pátrio.

Apesar de sabedor da importância da leitura do Tratado causou-me espanto a quantidade: 60 volumes, cada um destes contendo, em média, quinhentas páginas. Difícil ou quase impossível empresa para qualquer estudante, nos bancos da Faculdade, é ler “O Tratado”.

Contudo, uma espécie de Teoria Geral do Direito Privado pode ser encontrado nos 06 primeiros volumes do próprio Tratado de Direito Privado de PONTES DE MIRANDA.

1. DOS SISTEMAS EM PONTES

Na Obra de PONTES percebe-se que ele como advogado e como jurista buscou trabalhar e conceber o direito de maneira racional, utilizando postulados lógicos das ciências físico-matemáticas, por isso trabalhou o direito dentro da moderna metodologia das ciências, ou seja, com a noção de “sistema”. Daí o Direito Privado é um sistema, e esta noção muito importante de sistema, em Direito, surgiu no século XVIII, com o Movimento do Direito Racional Jusnaturalista. Contudo, esta idéia de sistema, trabalhada por ele, particularmente acredito, que ele se inspirou sob o influxo das meditações cartesianas, fundamentantes da concepção de ciência vigente nos tempos modernos.

Então, "Sistema", como se entendia à época, do século XVIII, coincidia com a idéia geral, que se tem de um todo funcional, composto por partes relacionadas entre si, e articuladas, de acordo com princípio ou princípios em comum.

Por conseguinte, destaca-se desse modo o caráter dogmático do direito, trabalhado por PONTES DE MIRANDA, em cima de um sistema construído, aperfeiçoado em bases racionais, conforme o rigor lógico da dedução.

Dentro desta maneira de pensar de PONTES DE MIRANDA ele realizou como um arquiteto lógico toda sua construção obedecendo a um desdobramento, tendo como paradigma científico a logicidade das matemáticas, das ciências físicas e das ciências naturais, daí pode se dizer que PONTES DE MIRANDA se classifica como um positivista naturalista.

Exatamente, por causa da prevalência das ciências físico-matemáticas em sua formação e por ele não ter conhecido, à falta de tempo, o desdobramento da Lógica Deontica, como trabalhado pelos lógicos do ciclo de Viena, que classificou o Direito no grupo das ciências naturais, e não, das ciências sócio-culturais. PONTES DE MIRANDA chega a afirmar em seu livro *Sistema de Ciência Positiva do Direito* que as leis físicas são obtidas da mesma maneira que as leis jurídicas.

Neste ponto, PONTES DE MIRANDA suscita uma postura crítica dos juristas, donde se observa que a obra ponteana não é só para ser exaltada; ela é grande e importante, à medida que provoca a crítica. Esta crítica é mais acirrada ao discordarem da posição ponteana que faz equiparação das proposições e enunciados do Direito Positivo aos enunciados das ciências físico-matemáticas, afirma LOURIVAL VILLANOVA, como na teoria da Lógica aplicada ao Direito.

Devido ao naturalismo, PONTES DE MIRANDA não aceitou a distinção do Direito entre as ciências sócio-culturais, tal como foi proposta pelos neo-Kantianos da Escola Ocidental Alemã, que vê o Direito como parte das ciências sócio-culturais e não das ciências paradigmaticamente naturais

Diante da postura de PONTES DE MIRANDA com sua classificação do direito, podemos dizer que PONTES foi um teórico,

por ter se instalado dentro do ordenamento jurídico como um dogmático, no sentido técnico-normativo, sendo esta a postura metodológica adotada por ele ao se instalar dentro da ordem jurídica, com o fim de verificar qual o direito vigente, qual o seu espaço de validade, que abrangência fáctica tem o Direito. Então, realizou sua obra dentro do sistema jurídico brasileiro; não sendo ele o criador do Direito, mas com postura dogmática, porém, crítica. Equivale, no dizer de HART, que há o ponto de vista interno, ou ponto de vista externo; ou olhamos o Direito por fora, criticando qualquer sistema, seja ele Direito Civil francês, alemão, ou brasileiro, ou nos instalamos dentro do sistema jurídico, no interior, ora seja como advogado, como procurador, ou como juiz, para ver o Direito como é, para ver o que ele alcança, a sua abrangência, o seu campo denotacional.

Assim era PONTES DE MIRANDA conscientemente um jurista dogmático no sentido normativo, porque a regra de direito era para ele o paradigma, o fator que qualifica a massa inabordável e heterogênea dos fatos que compõem o universo social. São nas normas de Direito que o jurista encontra o ponto de qualificação que CAMARATA chamou de qualificações normativas do fáctico e que o próprio PONTES DE MIRANDA chamou de esquematização típica do fato (são equivalentes as expressões).

2. DE UMA GRAMÁTICA PONTEANA

Dentro do Direito Privado, não tem jurista brasileiro que lhe compare em quantidade e qualidade de seus ensinamentos, por isso é muito importante a postura teórica do jurista para se saber o que pensa e como pensa o direito, e PONTES DE MIRANDA dentro de um discernimento dogmático do Direito escreveu o monumental TRATADO DE DIREITO PRIVADO e além desta obra com 60 volumes, escreveu tantas outras, que podemos chamar de sistema ponteano da ciência do Direito.

A Obra Ponteana é um sistema cognoscente que tem por objeto de investigação os enunciados do Direito que se reportam às condutas recíprocas dos indivíduos e fatos da natureza com referência ao homem.

É no dogmatismo ponteano que podemos distinguir uma gramática jurídica, uma gramática do Direito. Porque percebe-se na leitura de seus escritos que sua linguagem se expõe através de uma

sintaxe lógica, pela disposição das palavras, porque importa num conjunto finito de regras de formação, de construção e de transformação, cujos elementos são os vocábulos, pois ele fala em regra de Direito, suporte fático, fato jurídico, fato jurídico stricto sensu, ato fato, ato jurídico, negócio jurídico e ato jurídico stricto sensu, auto-regramento da vontade, etc. Em sua linguagem, cada palavra tem um significado próprio.

No Tratado de Direito Privado PONTES DE MIRANDA escreveu um capítulo sobre relação jurídica, que no dizer de LOURIVAL VILLANOVA é um capítulo impecável, e foi lá que VILLANOVA se inspirou para escrever o livro *Causalidade e Relação em Direito*.

VILLANOVA logrou êxito em mostrar, e demonstrar, no centenário de PONTES DE MIRANDA há 10 anos atrás, comemorado aqui em Maceió, num conferência como esta, inclusive capitaneada pela Ordem dos Advogados, seccional de Alagoas, eu me encontrava presente, no evento, na qualidade de estudante, que a relação jurídica que PONTES DE MIRANDA estudava estava montada na estrutura chamada implicacional: na linguagem da lógica plástica, chama-se proposição condicional, está, esquematicamente, assim: se se dá P então deve ser Q; no Direito se se dar o fato P, o incêndio, o nascimento, o atingir N anos de idade, então deve ser Q, sendo a relação de A como sujeito ativo em face de R como sujeito passivo. Patentemente, trata-se de simplificação abstrata que dá só o perfil da relação jurídica; porque esta é, naturalmente, muito mais rica de concrecência da vida social e humana.

3. DO ESTUDO DO DIREITO PRIVADO E SUA INTERPRETAÇÃO

Dentro do Direito Privado afirma PONTES DE MIRANDA que a missão principal do jurista É dominar o asseverante material legislativo e jurisprudencial, que constitui o ramo do direito, sobre o qual disserta, sem deixar de ver e de se aprofundar o que provém dos outros ramos e como que perpassa por aquele, a cada momento, e o traspassa, em vários sentidos.

O Direito Privado apanha as relações dos indivíduos entre si, e as cria entre eles; mas, afirma PONTES que a técnica legislativa tem de levar em conta que alguns desses indivíduos são Estados,

Estados-membros, Municípios, pessoas jurídicas de direito público, que também podem ser sujeitos de direitos privados.

Dáí, para se compreender o sistema, o sistema de direito privado, é necessário interpretá-lo, porque nessa missão de revelar o verdadeiro conteúdo da regra jurídica, não se pode esquecer que no fundo, afirma PONTES, **a função social do Direito é dar valores a interesses, a bens da vida, e regular-lhes a distribuição entre os homens**. O que se revela demais importante a hermenêutica jurídica, sem sombra de dúvida no direito privado.

Afirma que interpretar é ler a lei. É entende-la, criticá-la em seu texto, é revelar seu conteúdo. Pode ela chocar-se com outras leis, ou consigo mesma. Tais choques têm de ser reduzidos, eliminados; porque nenhuma contradição há de conter a lei. O sistema jurídico, em PONTES, que é sistema lógico, há de ser entendido em toda a sua pureza.

PONTES DE MIRANDA critica o subjetivismo e voluntarismo na busca do que é que o legislador queria com esse texto, em verdade, ele afirma que *Ratio Legis* não é *voluntas legis*; lei não quer; lei regra, lei enuncia. O sentido é o que está na Lei, conforme o sistema jurídico, e não o que se atribui ao legislador ter querido, nem à lei quer agora. Interpretar é revelar as regras jurídicas que fazem parte do sistema jurídico.

Buscar uma interpretação primeiramente gramatical, é um ponto de partida importante, mas tem-se que ter o cuidado com as palavras que podem revelar um sentido que não coincide com o dicionário vulgar, porque pode estar escrito RESCISÃO, e tratar-se de RESOLUÇÃO; pode lá estar CONDIÇÃO, e não ser de CONDICIO que há de se cogitar; pode-se falar de ERRO, e só dever se entender o erro de fato, e não o de direito. Porque o próprio redator da lei, ao redigi-la, exercia função da dimensão política, e não dimensão jurídica, pode não ter formação jurídica, e de repente estava ele a redigir regra jurídica, ou regras jurídicas que vão se embutir no sistema jurídico e tal inserção não é sem conseqüências para o sistema jurídico. É o que acontece com Jurisprudência contra a lei, é jurisprudência contra esse resultado, afirma PONTES DE MIRANDA.

Outro ponto importante que PONTES DE MIRANDA destaca para a compreensão do direito privado e do direito em geral, é que no sistema jurídico não existe a afirmação que o Juiz cria a norma em

sua ausência, quando aplica a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito, em verdade, PONTES afirma, que no sistema jurídico existem as normas explícitas e as normas implícitas. Daí, o Juiz, o aplicador do Direito, apenas faz revelar o Direito, mas tudo dentro do sistema jurídico. Porque já existe a permissão legal.

4. DO FATO JURÍDICO E O DIREITO PRIVADO

Assim, a atividade mais relevante da ciência do direito consiste, portanto, em apontar quais os termos, com que se compuseram e com que se hão de compor as proposições ou enunciados, a que se dá o nome de regras jurídicas, e dentro deste contexto em PONTES DE MIRANDA nos parece mais importante o tema FATO JURÍDICO que encerra maior significação no estudo do direito privado, em razão de considerarmos que o mundo do direito é integrado pelas relações jurídicas, direitos, deveres, pretensões, obrigações, ações, exceções e toda a gama de outras consequências jurídicas, como poderes, ônus, atribuições e qualificações que envolvem o homem em suas relações intersubjetivas, isto é, o homem em confronto com outros homens.

O fato jurídico é a noção fundamental para o direito privado e para o direito como um todo. Daí, para PONTES DE MIRANDA, depois da noção de fato jurídico vem a noção de relação jurídica; não a de direito subjetivo, que já é noção do plano dos efeitos; nem a de sujeito de direito, que é apenas termo da relação jurídica. Só há direitos subjetivos porque há sujeitos de direito; e só há sujeito de direito porque há relações jurídicas.

Porque o grande trabalho do direito privado, e também, o da ciência jurídica como um todo, tem sido o de examinar o que é que verdadeiramente se passa entre os homens, quando se dizem credores, titulares ou sujeitos passivos de obrigações, autores e réus, proprietários, excipientes, etc.

PONTES DE MIRANDA no tratamento do direito privado sempre estava voltado a examinar a história dos povos, em razão de que o homem se libertou do direito do clã e da tribo, bem como do privatismo oligárquico da Idade Média, e já o direito privado de nosso tempo é baseado em que cada um tem campo de autonomia em que pode rumar, como entenda, a sua vida. Porque supõe-se em cada um aptidão biológica, social, e psico-individual para alcançar fins

autônomos, escolhendo os fins e, ainda, criando seus fins. Porque no Direito Privado a intervenção do Estado é excepcional, posto que, na elaboração das leis, se adotem – para os indivíduos e para o Estado – aquele campo que deve ser respeitado e não podendo ser alterado pela vontade nem mesmo do indivíduo e muito menos pela vontade do Estado. Nesse particular.

Daí, o que se tem do direito privado contemporâneo, é fruto do que se evoluiu há mais de dois mil anos, com o esforço intelectual de pensadores do direito, em razão do que o homem estivesse a descobrir o que seria melhor – ou é melhor – para regular as relações inter-humanas. E, PONTES fala na introdução do tratado de Direito Privado que o termo certo é descobrir, porque pouco se criou em direito durante esses dois mil anos praticamente de história. O que se buscou foi revelar, através do livros de doutrina, nas elaborações das leis, regras jurídicas, e nas críticas, o que se presta a resolver os problemas do interesse humano. Sendo o nosso direito, o direito não-costumeiro, o resultado da obra de milhares e milhares de inteligências, representando assim a dedicação, o esforço intelectual de homens de pesquisa, quanto a parte geral do Direito privado. A exemplo do próprio PONTES DE MIRANDA.

PONTES DE MIRANDA atento a história dos diferentes sistemas jurídicos afirma categoricamente, que vê uma enorme vantagem o Brasil ter recebido o direito português e a doutrina jurídica dos séculos XV em diante, sem que o direito estrangeiro fosse imposto por invasores ou em imitações apressadas, como aconteceu a muitos povos hispano-americanos, em relação ao Código Civil francês.

Não sendo à-toa a afirmação de ENNECCERUS que o Código Civil brasileiro é a mais independente das codificações latino-americanas.

5. DO DIREITO PRIVADO E AS REGRAS HETEROTÓPICAS

A respeito das regras jurídicas heterotópicas, do código Civil conter ou não regras jurídicas de direito administrativo, não pode ser objeto de confusão entre direito público e direito privado. Porque o Código Civil regula “os direitos e obrigações de ordem privada”, o que é fundo comum para o direito civil e comercial. Porém, só podendo ser para o direito público se a regra jurídica de direito privado for elemento de suporte fático de alguma regra jurídica

publicística o fato jurídico privatístico. O que também acontece se a regra jurídica de direito privado revela princípio geral de direito que também há de revelar no direito público. Porque a parte geral do direito privado trabalha necessariamente com conceitos que são comuns a todos os ramos do direito e a todos os ramos do direito privado. A exemplo do fato Jurídico acima falado, porque, o conceito de fato jurídico e sua utilidade existe em qualquer ramo jurídico. Como diz MARCOS BERNARDES DE MELLO, em *Teoria do Fato Jurídico – plano da existência*, estamos acostumados, a ver o fato jurídico estudado quase exclusivamente como tema de Direito Civil. Praticamente, só livros dedicados a esse ramo do Direito tratam do assunto. Isto, segundo cremos, tem origem a circunstância de que o que conhecemos de Teoria Geral do Direito nasceu impregnado dos conceitos civilísticos, e se tem razão em consequência de ter sido elaborada a Teoria Geral do Direito pelos privatistas alemães, especialmente os Pandectistas, numa época (final do século XVIII e século XIX) em que conceitos do chamado Direito Público ainda eram incipientes.

Daí, PONTES DE MIRANDA diz não ser científico a distinção entre direito público e direito privado apenas na afirmação que, em direito privado, se permite o que não é proibido, ao passo que em direito público, só se pode fazer o que é permitido, porque tanto tem regras jurídicas permissivas e proibitivas no direito privado quanto no direito público e o campo de liberdade, no direito público também é autorizado.

6. FONTES LEGISLATIVAS DO DIREITO PRIVADO

Sem sombras de dúvidas que as fontes mais extensa do direito privado, no sistema jurídico brasileiro são: o código civil e o código de direito comercial.

O Código civil, “regula os direitos e obrigações de ordem privada concernentes às pessoas, aos bens e às suas relações”. Em termos científicos, significa que o Código Civil regula os fatos de que resultam direitos e obrigações de ordem privada, quer de natureza pessoal, quer de natureza real. Como toda codificação a de se notar que o código civil não foi exaustivo, nem o que se diz de novo Código Civil que irá entrar em vigor no ano de 2003, porque somente onde se regulou alguma matéria foi excluído o direito anterior, no código civil atual em seu art. 1807 diz: “ficam revogadas as

Ordenações, Alvarás, Leis, Decretos, Resoluções, Usos e Costumes concernentes às matérias de direito civil reguladas neste Código”.

PONTES DE MIRANDA faz crítica ao mentores do Código Comercial, que quiseram dar uma autonomia ao direito Comercial, uma distinção fora do direito privado, para dar-lhe uma evidência maior, o que ele chama tal tentativa de artificial e sem fundamentos científicos; em razão do direito comercial consistir, em algumas leis especiais e algumas regras jurídicas concernentes aos comerciantes. Até, afirma que leis foram soldadas ao Direito comercial sem se justificar tal soldagem, que ele chama de deliberada e violenta. E, que mais adequado do ponto de vista da sistematização e da ciência seria ter aceitado a proposta de Teixeira de Freitas, de 20/09/1867, que o código Comercial se fundisse ao direito civil, para a unificação do direito privado, sendo que num livro próprio haveria de estar as leis comerciais, ou melhor o código comercial. Contudo, conforme afirma, a mediocridade circundante da época rejeitou a proposta.

CONCLUSÃO

7. DESAFIO A UMA LEITURA RENOVADA DAS OBRAS DE PONTES DE MIRANDA

Concluindo, não se pode deixar de reconhecer a importância dos estudos de PONTES DE MIRANDA para a ciência do Direito. Ele notabilizou-se tanto no Direito Privado tanto quanto no Direito Público, não tenho dúvidas de sua contribuição ao Pensamento Jurídico hodierno, percebe-se entre os estudiosos modernos do Direito, as citações em PONTES DE MIRANDA para fundamentar seus argumentos, como foi com os seus contemporâneos a exemplo de: Clóvis Beviláqua, Rui Barbosa, José Frederico Marques, San Tiago Dantas, Miguel Reale e em nossos dias, até entre nós, temos: José Carlos Barbosa Moreira, Alfredo Augusto Becker, Paulo de Barros Carvalho, Ernane Fidélis Santos, Olívio Batista, Marcos Bernardes de Mello, Paulo Luiz Neto Lôbo, Paulo Roberto de Oliveira Lima e Adriano Soares da Costa, dentre outros.

O legado que PONTES DE MIRANDA deixou para o Direito, e para a humanidade como um todo, que são suas obras, concorre de forma significativa para o aperfeiçoamento das instituições jurídicas. Tenho para mim que a produção literária de PONTES DE MIRANDA não era uma questão de inteligência, mais sim de genialidade. O que

figura dentre os gênios que a humanidade de tempos em tempos nos brinda, Porque tivemos na antigüidade: Sócrates, Platão, e Aristóteles. No medievo: São Tomás de Aquino. Na idade moderna René Descartes e Leibnitz. Hegel, Kant, Voltaire, na idade contemporânea; cada um a seu tempo produziu e contribuiu para o engrandecimento das instituições e do Pensamento humano, e PONTES DE MIRANDA foi este gênio do nosso século na área das ciências sociais, jurídicas e das ciências exatas.

PONTES DE MIRANDA escreveu livros e monografias em português, espanhol, italiano, alemão, e francês. Sua capacidade verdadeiramente genial foi além do campo jurídico. Atuou como filósofo, sociólogo, físico, matemático, pensador, diplomata e poeta. Seu ecletismo o tornou um grande homem. Sua vida é um exemplo de amor e de dedicação à ciência. A formação positivista desse grande intelectual alagoano: PONTES DE MIRANDA, é essencialmente humanista e ética. Distante de qualquer fatalismo científico: “o que importa”, afirma ele, “é a cultura, e não a raça ou a casta”.

Finalizando, não podemos esquecer que a obra de PONTES de Miranda não é grande só para ser exaltada, ou reverenciada; ela é grande na medida em que provoca a crítica, o debate. Pois, não termina a indagação científica do estudo do Direito, não.

PONTES DE MIRANDA é exemplar cultor da Ciência Jurídica, é uma estrela de primeira grandeza que brilha na via láctea da Ciência do Direito. Não há dúvida que o Direito teve roupagem científica com ele; porém, a pesquisa científica não se exauriu com PONTES, como a filosofia não se extinguiu com KANT. Há de se dar continuidade ao processo histórico de humanização do homem, que é feita pelo próprio homem, na medida em que se assume como sujeito e não objeto da História. PONTES DE MIRANDA deu sua parcela de contribuição para este Processo de humanização.

Por mais que se renda homenagens a PONTES, por mais que se diga que ele é o melhor caminho para se percorrer a Ciência Jurídica, entretanto, tem-se a responsabilidade de ler a obra com sentimento crítico, como diz o alagoano MARCELO LAVENERE (ex-presidente da OAB nacional) “não simplesmente ler a obra com reverência evangélica, bíblica, mas lendo algo que é majestoso na História do Direito”. Sendo ponto que vai ser trabalhado, melhorado, corrigido, completado e até mesmo superado por cada um que fizer

uma leitura crítica da obra ponteana, até porque tudo que se tem, faz parte do processo de humanização do próprio homem, construindo seus avanços e outras vezes seus próprios recuos. Não há outra maneira, como no ciclo da História, para o progresso da humanidade, superando as contradições, superando as teses e antíteses, conseguindo sínteses que se transforma em outras teses e, assim, caminha o ser humano.

A leitura da obra ponteana deve ser uma leitura que a engrandeça no sentido crítico, e não que a envelheça; por esta razão, os ponteanos não devem incorrer no erro “como os marxistas envelhécera o pensamento de Karl Marx e os tomistas envelhecera o pensamento de São Tomás de Aquino” (LAVENERE, 1992).

Deixamos então como desafio, neste encontro, nos 110 anos de Pontes de Miranda, nesse Congresso de Direito Constitucional Privado. É que façamos uma leitura renovadora da obra Ponteano, levando em consideração o espaço e o tempo em que ele viveu, ou seja, o seu contexto histórico, fazendo leitura dialética, porque PONTES DE MIRANDA deu a humanidade um norte para que se possa dar continuidade à luta, na construção de um Estado que atenda a todos os seus cidadãos, que o Direito seja este instrumento, o de realização do homem em sociedade.

Muito obrigado!

UNIÕES HOMOAFETIVAS

UMA REALIDADE QUE O BRASIL INSISTE EM NÃO VER

Maria Berenice Dias

Desembargadora do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Vice-Presidente do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFam. Autora do livro *União Homossexual: O Preconceito e a Justiça*.

SUMÁRIO

1. No Âmbito Constitucional. 2. No Âmbito Legal. 3. No Âmbito Judicial; 3.1 Competência; 3.2 Alimentos; 3.3 Partilha de Bens; 3.4 Direito Sucessório; 3.5. Condição de Dependência. 4. Adoção. 5. Inserção como Direitos Humanos. 6. Uniões Homoafetivas.

As questões que dizem com a sexualidade sempre foram e ainda são cercadas de mitos e tabus, e os chamados “desvios sexuais” – tidos como uma afronta à moral e aos bons costumes – permanecem alvo da mais profunda rejeição social. Tudo que se situa fora do modelo estabelecido acaba por ser rotulado de “anormal”, ou seja, fora da normalidade, o que não se encaixa nos padrões, visão essa polarizada e extremamente limitante.

No Brasil, como em praticamente todos os países do mundo, há uma nítida tentativa de negar a existência dos vínculos afetivos homossexuais, o que gera um sistema de exclusão permeado de preconceito. Tal conservadorismo acaba por inibir o legislador de normar situações que fogem dos estereótipos de moralidade aceitos no meio social.

Essa postura reflete-se também na esfera jurídica.

Além da omissão do legislador, extremamente acanhado o Poder Judiciário, que se nega a emprestar visibilidade aos relacionamentos entre pessoas do mesmo sexo, impedindo a concessão de direitos quando as demandas têm por base a existência de tais vínculos.

Mas fechar os olhos não faz desaparecer a realidade, e a omissão legal e o temor judicial acabam tão-só fomentando a discriminação.

1. No Âmbito Constitucional

A Constituição Federal, que data de 1988, consagra a existência de um estado democrático de direito. O núcleo do atual sistema jurídico é o respeito à dignidade humana, baseado nos princípios da liberdade e da igualdade.

De forma enfática, assegura como objetivo fundamental *promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação* (inc. IV do art. 3º). A proibição da discriminação sexual alcança a vedação à discriminação da homossexualidade. Mas as diretrizes traçadas e os princípios insculpidos na Lei Maior não são suficientes para assegurar o respeito à livre orientação sexual. Em face disso, antiga é a luta dos movimentos ligados aos direitos humanos buscando inserir no elenco da Carta Política a expressão “orientação sexual”. No entanto, o Projeto de Emenda Constitucional que data de 1995 até agora não logrou obter aprovação.

2. No Âmbito Legal

O único Projeto de Lei – entre os vários já apresentados – que se encontra em tramitação é o de nº 1.151/95, sendo que teve seu nome trocado de **união civil** para **parceria civil registrada**, segundo o substitutivo aprovado, para não ser confundida com casamento.

Visa tão-só a autorizar a elaboração de um contrato escrito, a ser registrado em livro próprio no Cartório do Registro Civil das Pessoas Naturais. Conforme diz a própria justificativa do Projeto, não se propõe dar às parcerias homossexuais *status* igual ao casamento. *Busca conceder amparo às pessoas que o firmam, priorizando a garantia dos direitos de cidadania.*

Essa tentativa de regulamentação assegura às pessoas do mesmo sexo terem sua parceria civil reconhecida. Ainda que não pressuponha a existência de uma relação afetiva entre os parceiros, o projeto nitidamente visa a proteger as relações homossexuais, criando

um vínculo jurídico gerador de efeitos pessoais além dos patrimoniais, não podendo ser enquadrado exclusivamente no âmbito dos direitos obrigacionais.

Somente pessoas solteiras, viúvas ou divorciadas têm a possibilidade de firmarem o contrato, mediante público instrumento a ser submetido a registro cartorário. É livre a possibilidade de estipulações de ordem patrimonial, inclusive com efeito retroativo. Cabível é a imposição de deveres, impedimentos e obrigações mútuas, mas é expressamente vedada qualquer disposição sobre adoção, tutela ou guarda de crianças ou adolescentes em conjunto, mesmo que sejam filhos de um dos parceiros.

Aos contratantes são garantidos direitos previdenciários e sucessórios com algumas restrições. O direito ao usufruto, de nítido caráter protetivo, tem finalidade alimentar e evidencia o caráter familiar do instituto. Assim, não se justifica a falta de previsão de alimentos, pois é assegurado amparo por morte, mas não para o caso de rompimento da relação. Porém, não há qualquer impedimento de se prever obrigação alimentar entre as cláusulas do pacto.

É assegurado o direito à meação *se os bens deixados pelo autor da herança resultarem de atividade em que haja a colaboração do parceiro*, disposição pouco clara, pois exige a prova do esforço comum, mas determina a divisão paritária do patrimônio. Ao depois, o direito do parceiro prevalece ao direito dos descendentes e ascendentes, pois subtrai destes o direito ao uso dos bens. Enquanto não firme novo pacto, é assegurado o direito ao usufruto de um quarto dos bens, se houver filhos *do de cujus*, e da metade, *embora não sobrevivam ascendentes*. Tal dispositivo igualmente se ressentido de clareza, pois é garantido ao sobrevivente o direito à totalidade da herança na inexistência de descendentes ou ascendentes.

Tem o parceiro preferência aos familiares para o exercício da curatela. São assegurados a impenhorabilidade da residência comum e o direito de nacionalidade em caso de estrangeiros. Também há a possibilidade de indicação do par na declaração do imposto de renda, e os rendimentos de ambos podem participar na composição para compra ou aluguel de imóvel.

Não é autorizada a mudança de sobrenome em decorrência da assinatura do pacto. Há o impedimento de alteração do estado civil dos parceiros durante sua vigência, e é reconhecida a nulidade de

pleno direito do contrato firmado com mais de uma pessoa. Em ambas as hipóteses a infração configura o delito de falsidade ideológica, sujeito a pena de um a cinco anos de reclusão.

A extinção da parceria ocorre por morte ou por decreto judicial face à ocorrência de infração contratual ou mediante simples alegação de desinteresse de um dos contratantes. Mesmo havendo consenso entre os parceiros, necessária é a homologação do distrato em juízo.

O Projeto, por uma dezena de vezes, foi pautado para votação, mas nunca chegou a ser apreciado. De qualquer forma, tem poucas chances de merecer imediata aprovação. Apesar de os movimentos chamados GLS – gays, lésbicas e simpatizantes – serem muito articulados e ativos, as forças conservadoras do Congresso Nacional, as quais congregam todos os segmentos religiosos, formam uma barreira quase inviolável. Afigura-se, assim, remota a possibilidade de o Brasil dispor de alguma legislação que regule tais relacionamentos tidos como “marginais”.

O que tem proliferado são leis em nível municipal, buscando a repressão de atos discriminatórios, bem como algumas Constituições dos Estados vêm inserindo em seus textos a livre orientação sexual no rol dos direitos fundamentais.

3. No Âmbito Judicial

Ainda quando o direito se encontra envolto em uma auréola de preconceito, o juiz não pode ter medo de fazer justiça. A função judicial é assegurar direitos, e não bani-los pelo simples fato de determinadas posturas se afastarem do que se convencionou chamar de “normal”. Vivenciar uma situação não prevista em lei não significa viver à margem da lei, ser desprovido de direito, nada vedando o acesso à Justiça e a busca da tutela jurídica.

A circunstância de inexistir legislação que contemple os direitos emergentes das relações homossexuais não tem impedido que algumas questões aportem no Judiciário.

A dificuldade de se reconhecer a existência de um vínculo afetivo como fundamento das pretensões deduzidas em juízo tem

levado à concessão de restritos direitos e ao deferimento de bem poucos benefícios, e isso em um espectro muito limitado.

Cabe trazer a posição da jurisprudência brasileira sobre algumas questões ligadas ao tema.

3.1 Competência

Independentemente de quais sejam os direitos reclamados em juízo, as ações fundadas na existência de um vínculo afetivo homossexual apontam tal circunstância como causa de pedir. Porém, a quase unanimidade dos julgados reconhece no máximo a presença de uma sociedade de fato, confinando-a no Direito Obrigacional, sem visualizar a presença de uma entidade familiar, à semelhança da união estável heterossexual, o que impede extrair efeitos jurídicos do âmbito do Direito de Família.

A resistência em identificar os vínculos entre pessoas do mesmo sexo como uma entidade familiar levava as demandas afetas a ditos relacionamentos às Varas Cíveis, e não às Varas de Família. Decisão pioneira da Justiça do Rio Grande do Sul, datada de junho de 1999, fixou a competência das Varas de Família para julgar ação decorrente de relacionamento homossexual (AI nº 599.075.496), dando o primeiro passo para se conceder à união homossexual *status* de família.

A partir de tal posicionamento jurisprudencial, ao menos nesse Estado da Federação, todas as ações envolvendo os relacionamentos entre pessoas do mesmo sexo foram transferidas das Varas Cíveis para as Varas de Família. Igualmente restou atribuída às Câmaras de Família do Tribunal de Justiça a competência para o julgamento dos respectivos recursos. Merece registro que esse é o único Estado cujas Câmaras julgadoras são especializadas, com competência definida por matéria. Esse motivo certamente é que tem levado a Justiça gaúcha a ser considerada a que mais avanços vem introduzindo no Direito de Família de um modo geral e particularmente nas questões que envolvem os pares do mesmo sexo.

3.2 Alimentos

As uniões homossexuais continuam sendo consideradas fora do âmbito do Direito de Família, ainda que tramitando as ações nos Juizados de Família. A resistência quase maciça da jurisprudência, inibe a busca de alimentos, na via judicial.

Relegar tais questões ao âmbito obrigacional gera, no mínimo, um paradoxo, pois os juízes de família acabavam se socorrendo de distinto ramo do Direito para cujo julgamento não detinham competência.

A única ação de que se tem notícia é do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, data de 13 de abril de 2000. Nos autos de uma ação de alimentos, tendo por fundamento uma relação que perdurou por 8 anos, foi rejeitado o pedido liminar de fixação de alimentos provisórios.

A maioria dos julgadores entendeu que o relacionamento homossexual não está amparado pelas leis que regulam as relações extramatrimoniais, e que modo expreso, prevêem a obrigação alimentária. Ditas leis, repetem a expressão da Constituição Federal, que reconhece como entidade familiar, merecedora da proteção do Estado, *a união estável entre um homem e uma mulher* (§ 3º do art. 226).

A decisão encontra-se assim ementada:

O relacionamento homossexual não está amparado pela Lei 8.971, de 21 de dezembro de 1994 e Lei 9.278, de 10 de maio de 1996, o que impede a concessão de alimentos para uma das partes, pois o envolvimento amoroso de duas mulheres não se constitui em união estável, e semelhante convivência traduz uma sociedade de fato. Voto vencido. (AI nº 70000535542).

3.3 Partilha de Bens

Finda a relação pelo rompimento do vínculo afetivo, o pedido que com mais frequência vem a juízo é o de partilha do patrimônio amealhado durante o período de vida em comum.

Nos julgamentos que envolvem as relações de pessoas do mesmo sexo, no dilema entre praticar uma injustiça e afrontar tabus e preconceitos, de forma tímida, a tendência é de, no máximo, reconhecer o direito à divisão proporcional do patrimônio.

Não emprestando qualquer relevo ou significado à natureza do relacionamento das partes, invoca-se o art. 1.363 do Código Civil, que regula a sociedade de fato: *Celebram contrato de sociedade as pessoas que mutuamente se obrigam a combinar seus esforços ou*

recursos, para lograr fins comuns. Portanto, o fundamento para o deferimento da partilha de bens não é o reconhecimento de um estado condominial decorrente da vida em comum, mas a mera repulsa à possibilidade de enriquecimento injustificável.

Exige-se, por consequência, a prova da efetiva participação de cada um na formação do acervo patrimonial. Tenta-se identificar o aporte econômico de cada parceiro para a aquisição dos bens, a fim de se estabelecer sua proporcional partição. Tal solução, ainda que vise a impedir a ilicitude do proveito exclusivo do titular do domínio, na grande maioria das vezes resta por perpetrar resultados que em muito se distanciam de uma solução justa. Quer porque são relacionamentos que guardam uma certa discricção - o que dificulta uma probação testemunhal -, quer porque se empresta valia somente à contribuição de cunho financeiro. Não se reconhece conteúdo econômico no próprio cuidado e desvelo mútuo ou às atividades domésticas, quando desempenhadas por um do par, tratando a questão como uma sociedade de fato, e não como uma sociedade de afeto.

3.4 Direito Sucessório

Quando da morte de um dos parceiros, é buscada em juízo, em regra, a partilha dos bens adquiridos durante o período de convívio, e não a integralidade do acervo hereditário. Pretende-se a meação, sob o fundamento da existência de uma sociedade de fato, e não o direito à herança, tendo como pressuposto a existência de um núcleo familiar. Não é invocado o direito sucessório nem alegada a qualidade de herdeiro ou sucessor, ainda que inexistam herdeiros necessários.

Dísparos são as decisões, mas é majoritária a tendência de rejeitar a demanda, pois enorme a dificuldade até para o reconhecimento de uma sociedade de fato. Recusa-se sistematicamente atribuir a condição de herdeiro ao parceiro, o que leva a excluí-lo da ordem de vocação hereditária e a alijá-lo dos direitos sucessórios.

O Superior Tribunal de Justiça, ao julgar em grau de recurso especial, assim decidiu: *O parceiro tem o direito de receber a metade do patrimônio adquirido pelo esforço comum, reconhecida a existência de sociedade de fato.* (REsp. nº 148897/MG).

Tais soluções restam por gerar um descabido beneficiamento dos familiares distantes que, normalmente, rejeitavam, rechaçavam e

ridicularizavam a orientação sexual do *de cujus*. De outro lado, na ausência de parentes, acaba havendo o recolhimento da herança ao Estado pela declaração de vacância, em prejuízo de quem deveria ser reconhecido como o titular dos direitos hereditários.

Mais do que isso, não evoluía a jurisprudência.

A pioneira decisão que logrou visualizar em tais vínculos uma verdadeira entidade familiar foi proferida também pela Justiça do Rio Grande do Sul em data de 14 de março de 2001. Ainda que por maioria, a 7ª Câmara Cível – a qual tenho a honra de presidir –, no julgamento da Apelação Cível nº 70001388982, tendo como Relator o Desembargador José Carlos Teixeira Georgis, assim se manifestou:

UNIÃO HOMOSSEXUAL. RECONHECIMENTO. PARTILHA DO PATRIMÔNIO. CONTRIBUIÇÃO DOS PARCEIROS. MEAÇÃO. Não se permite mais o farisaísmo de desconhecer a existência de uniões entre pessoas do mesmo sexo e a produção de efeitos jurídicos derivados destas relações homoafetivas. Embora permeadas de preconceitos, são realidades que o Judiciário não pode ignorar, mesmo em sua natural atividade retardatária. Nelas remanescem consequências semelhantes às que vigoram nas relações de afeto, buscando-se sempre a aplicação da analogia e dos princípios gerais do direito, relevados sempre os princípios constitucionais da dignidade humana e da igualdade. Desta forma, o patrimônio havido na constância do relacionamento deve ser partilhado como na união estável, paradigma supletivo onde se debruça a melhor hermenêutica. Apelação provida, em parte, para assegurar a divisão do acervo entre os parceiros. Voto vencido.

Em face da omissão legal, analogicamente foi aplicada a legislação que regula as uniões extramatrimoniais. Buscando subsídios na legislação que rege a união estável, que presume a mútua colaboração, a gerar um estado condominial, foi determinada a divisão igualitária do acervo patrimonial amealhado durante o período de convivência.

A Justiça, reconhecendo o direito do parceiro à meação, retirou a venda dos olhos e viu essas relações como vínculos afetivos,

o que, ao certo, em muito contribuirá para amenizar a aversão da sociedade.

De forma corajosa, cumpre o Poder Judiciário sua função renovadora, estabelecendo pautas de conduta de caráter geral. Mesmo apreciando o caso concreto, acaba funcionando como agente transformador da própria sociedade.

Se duas pessoas têm uma vida em comum, cumprindo deveres de mútua assistência, em um verdadeiro convívio caracterizado por amor e respeito mútuo, não é a identidade meramente biológica de sexos do par que impedirá de se extraírem direitos e imponem obrigações.

3.5 Condição de Dependência

Esparsas e muito raras as decisões que reconheciam a condição de dependência aos parceiros do mesmo sexo, assegurando-lhes a inclusão em planos previdenciários e assistenciais.

Assim, de enorme significado a demanda intentada pelo Ministério Público Federal, de eficácia *erga omnes*. Sob o fundamento de que viola o dogma constitucional de respeito à dignidade humana e afronta o princípio da igualdade, que proíbe discriminação sexual, foi liminarmente reconhecida a qualidade de dependente aos companheiros de homossexuais junto ao órgão previdenciário federal, garantindo auxílio-reclusão e a percepção da pensão por morte do beneficiário.

A liminar, confirmada em todas as instâncias recursais, levou o Instituto Nacional do Seguro Social a editar a Instrução Normativa n.º 25/2000, *que estabelece, por força de decisão judicial, procedimentos a serem adotados para a concessão de benefícios previdenciários ao companheiro ou companheira homossexual*.

Apesar do caráter administrativo de tal regra, é a primeira normatização que contempla as relações homossexuais, primeiro passo para enlaçar na esfera da juridicidade tais relacionamentos.

Assim, ao menos até o julgamento de mérito da ação, estão assegurados no Brasil – até para os vínculos que se romperam antes da edição da medida normativa – os direitos previdenciários.

4. Adoção

A mais tormentosa questão que se coloca e que mais tem dividido as opiniões é a que diz com o direito à adoção por parceiros do mesmo sexo. A enorme resistência decorre da crença de haver um dano potencial por ausência de referências comportamentais, o que viria a ensejar, no futuro, seqüelas de ordem psicológica.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, editado em 1990 – com certeza uma das leis mais avançadas de proteção ao menor –, não traz qualquer restrição à possibilidade de adotar. Outorgado tal direito tanto ao homem como à mulher, conjunta ou isoladamente, não fazendo qualquer referência à orientação sexual do adotante.

No entanto, raras são as decisões judiciais que deferem pedido de adoção formulado por homossexuais, quando eles não ocultam sua condição. Praticamente solitária a postura do magistrado carioca Siro Darlan de Oliveira, tanto deferindo a adoção, como habilitando um homossexual para adotar, tendo sido ambas confirmadas em sede recursal pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (AC nº14.332/98 e AC nº14.979/98).

A determinação legal de que, no registro de nascimento, sejam os adotantes inscritos como pais, ocorrendo simples substituição da filiação biológica, serve de justificativa para se sustentar a impossibilidade de adoção por dois homens ou duas mulheres: não poderiam constar como pais no registro de nascimento. No entanto, ainda que se presuma que a lei não tenha cogitado a hipótese de ocorrer a adoção por um casal do mesmo sexo, há como sustentar a possibilidade de sua ocorrência.

Apesar de nada justificar a limitação, não se tem notícia de já ter sido requerida e muito menos deferida a adoção a um casal homossexual, restrição que acaba por gerar situações injustas, vindo exclusivamente em prejuízo do próprio menor.

A vivência de crianças e adolescentes em lares homossexuais é uma realidade. E deferir-se a adoção a um só dos parceiros assegura ao menor direito a alimentos e benefícios de cunho previdenciário ou sucessório somente com relação ao adotante. Quer pela separação do par, quer pela morte do que não tem legalmente um liame registral, dita limitação lhe acarreta injustificável prejuízo, por não poder

desfrutar de qualquer direito com relação àquele que também tem como verdadeiramente seu pai ou sua mãe.

Imperioso concluir que, de forma paradoxal, o intuito de resguardar e preservar a criança resta por subtrair-lhe a possibilidade de usufruir direitos que de fato possui, limitação que afronta a própria finalidade protetiva decantada na Carta Constitucional e perseguida pela lei.

Empecilhos de toda ordem – que existem ou são criados – fazem com que soluções outras sejam buscadas por quem quer consolidar uma família por meio da prole. É usual lésbicas extrair o óvulo de uma, fecundá-lo *in vitro* por espermatozóide de um doador, sendo o embrião implantado no útero da outra, que leva a termo a gestação. Como a criança será registrada somente em nome de quem deu à luz a criança, não tem a outra – que na verdade é a mãe biológica – qualquer vínculo, sequer obrigacional, com o filho que, afinal, é seu. Os prejuízos decorrentes dessa limitação são previsíveis. Registrada somente em nome de uma das mães, só dela pode buscar direitos e cobrar deveres.

Os casais masculinos, por seu turno, socorrem-se das chamadas “barrigas de aluguel”. Por meio de inseminação artificial, inclusive com utilização simultânea do sêmen de ambos, para não identificar qual deles é o genitor, a criança é tida como filho dos dois. Por igual, nesses casos, a impossibilidade de adoção conjunta subtrai o direito de o menor usufruir qualquer benefício com referência a quem igualmente considera como seu pai.

A grande dúvida sempre suscitada como fundamento para não se aceitar a adoção, quer individualmente, quer por um par homossexual, está centrada em preocupações quanto ao sadio desenvolvimento da criança. Questiona-se se a ausência de referenciais de uma dupla postura sexual poderia eventualmente tornar confusa a própria identidade de gênero, com o risco de tornar-se homossexual. Também causa apreensão a possibilidade de ela ser alvo de repúdio no meio que frequenta ou vítima do escárnio por parte de colegas e vizinhos, o que, em tese, poderia-lhe acarretar perturbações de ordem psíquica.

Essas preocupações são afastadas com segurança por quem se debruça no estudo das famílias, com essa conformação. Essencialmente não foram detectadas diferenças na identidade de

gênero, no comportamento sexual ou na orientação sexual de tais infantes. Diante desses resultados, não há como prevalecer o mito de que conviver com pais do mesmo sexo pode comprometer a estabilidade emocional do filho. Portanto, equivocada a assertiva de que o menor que vive em um lar homossexual será socialmente estigmatizado e terá prejudicado seu desenvolvimento, ou que a falta de um modelo heterossexual acarretará a perda de referenciais ou tornará confusa a identidade de gênero.

Assim, imperioso concluir serem preconceituosos os escrúpulos existentes. É necessário revolver princípios, rever valores; abrir espaços para novas discussões e afastar as objeções, para que sejam admitidas adoções por indivíduos ou casais homossexuais. Dita resistência resta por excluir a possibilidade de um expressivo número de crianças serem subtraídas da marginalidade, quando poderiam ter uma vida cercada de afeto e atenção.

Posturas pessoais ou convicções de ordem moral de caráter subjetivo não podem impedir que se reconheça que uma criança sem pais e sem lar terá uma formação mais condizente com as exigências da vida, se integrada a uma família, seja esta formada por pessoas de sexos distintos ou não.

5. Inserção como Direitos Humanos

Indispensável que se reconheça que a sexualidade integra a própria condição humana. Ninguém pode realizar-se se não tiver assegurado o respeito à liberdade, conceito que alberga a liberdade da livre orientação sexual.

Ao visualizarem-se os direitos de forma desdobrada em gerações, mister reconhecer que a sexualidade é um direito do primeiro grupo, pois cuida-se de direito à liberdade sexual, bem como direito ao tratamento igualitário, independente da tendência sexual. Trata-se, assim, de uma liberdade individual, um direito do indivíduo, sendo, como todos os direitos de primeira geração, inalienável e imprescritível. É um direito natural que acompanha o ser humano desde o seu nascimento, pois decorre de sua própria natureza.

Também não se pode deixar de ter a livre orientação sexual como um direito de segunda geração, fazendo parte de uma categoria social que deve ser protegida. A hipossuficiência não pode ser

identificada somente sob um viés econômico. A hipossuficiência é social, é jurídica, trata-se de deficiência de normação jurídica. Portanto, são hipossuficientes a mulher, o idoso, o deficiente, o negro, o judeu, incluindo-se neste elenco, à evidência, também os homossexuais, que, como os demais, sempre foram alvo da exclusão social.

Igualmente o direito à sexualidade avança para ser inserido como um direito de terceira geração. São os direitos componentes da dignidade humana, difusos quanto à titularidade subjetiva e direitos de solidariedade quanto ao objeto. Esses direitos da humanidade são os direitos humanos por natureza, em que se insere o respeito ao livre exercício da sexualidade. Não se pode afrontar a liberdade fundamental a que faz jus todo ser humano no que diz com sua orientação sexual, que integra a esfera de privacidade e não admite restrições.

6. Uniões Homoafetivas

De forma cômoda, o Judiciário busca subterfúgios no campo do Direito das Obrigações, identificando como uma sociedade de fato o que nada mais é do que uma sociedade de afeto. A exclusão de tais relacionamentos da órbita do Direito de Família acaba impedindo a concessão dos direitos que defluem das relações familiares, tais como direitos à meação, à herança, ao usufruto, à habitação, a alimentos, a benefícios previdenciários, entre tantos outros.

Descabe continuar pensando com preconceitos, isto é, com conceitos preestabelecidos e que ainda se encontram encharcados de conservadorismo. É necessário pensar com conceitos jurídicos, e para isso é necessário pensar novos conceitos.

Dáí a missão fundamental da jurisprudência, que necessita desempenhar seu papel de agente transformador dos estagnados conceitos da sociedade. Tal como ocorreu com a união estável heterossexual: a alteração do conceito social das chamadas relações concubinárias foi provocada pelos operadores do Direito, que, ao extrairam consequências jurídicas de ditos relacionamentos, fizeram-nos chegar à sede constitucional, sendo reconhecidos como entidade familiar.

Ao menos até que o legislador siga a trilha da Justiça e flagre o descaso do Estado em regulamentar tais relações, que merecem, no Brasil, como já dispõem na maioria dos países do mundo, uma regulamentação própria, a responsabilidade é do Poder Judiciário.

Ainda que tenha vindo a Constituição, com ares de modernidade, outorgar a proteção do Estado à família, independentemente da celebração do casamento, continuou a ignorar a existência de entidades familiares formadas por pessoas do mesmo sexo. Ora, não se diferencia mais a família pela ocorrência do casamento. A existência de prole não é essencial para que a convivência mereça reconhecimento, sendo que a proteção constitucional é outorgada também às famílias monoparentais. Se prole ou capacidade procriativa não são essenciais para que a convivência de duas pessoas mereça a proteção legal, descabe deixar fora do conceito de família as relações homoafetivas.

Presentes os requisitos de vida em comum, coabitação, laços afetivos, divisão de despesas, é de se concederem os mesmos direitos deferidos às relações heterossexuais que tenham idênticas características. Na lacuna da lei, na falta de normatização, deve o julgador se socorrer do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, que determina a aplicação da analogia, dos costumes e princípios gerais de direito. Ora, analogia só pode ser feita com as demais relações que têm o afeto por causa, ou seja, o casamento e as uniões estáveis.

Enquanto a lei não acompanha a evolução da sociedade, a mudança de mentalidade, a evolução do conceito de moralidade, ninguém, muito menos os operadores do Direito, podem, em nome de uma postura preconceituosa ou discriminatória, fechar os olhos a essa nova realidade e se tornar fonte de grandes injustiças. Descabe confundir questões jurídicas com questões morais ou religiosas.

A mesma responsabilidade já assumiu a Justiça com referência às uniões extraconjugais. Deve agora mostrar igual independência e coragem quanto às uniões homossexuais. Ambas são relações afetivas, vínculos em que há comprometimento amoroso, e imperioso é reconhecer a existência de um gênero de união estável que comporta mais de uma espécie, ou seja, relações hetero e homoafetivas. Ambas fazem jus à mesma proteção, e, enquanto não

surgir legislação que a regule especificamente, é de aplicar-se a legislação pertinente aos vínculos familiares.

Indispensável que se reconheça que os vínculos homoafetivos – muito mais do que relações homossexuais – configuram uma categoria social que não pode mais ser discriminada ou marginalizada pelo preconceito. Está na hora de o Estado, que se quer democrático e que consagra como princípio maior o respeito à dignidade da pessoa humana, passar a reconhecer que todos os cidadãos dispõem do direito individual à liberdade, do direito social de escolha e do direito humano à felicidade.

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Stela Valéria Soares de Farias Cavalcanti

Promotora de Justiça

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. A jurisdição, a ação e o processo. 3. O Ministério Público e a função jurisdicional. 4. O Ministério Público e a Ação Civil. 5. Legitimidade ativa para a propositura da Ação Civil. 6. Antecedentes históricos à Lei n.º 8.429/92. 7. Improbidade administrativa (considerações gerais). 8. Espécies de improbidade administrativa. 9. Principais meios de investigação da improbidade administrativa. 10. O Ministério Público e a aplicação das sanções. 11. Conclusão.

1. Introdução

O presente trabalho tem por escopo aprofundar o estudo da atuação do Ministério Público no desempenho de uma das suas funções institucionais, qual seja, a de promover a ação civil pública, e mais especificamente em face da prática de improbidade administrativa, arts. 37, § 4.º e 129, III da CF c/c art. 5º da Lei n.º 7.347/85.

Através de uma abordagem simples e objetiva, será informado ao leitor leigo, estudante de Direito ou profissional da área jurídica, o que é o Ministério Público, traçando seu perfil institucional, suas atribuições, enfim, seu campo de atuação na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, conforme preconiza a Constituição Federal brasileira.

Como hoje em dia não se pode falar de Ministério Público sem discorrer sobre a famigerada Improbidade Administrativa que é o cerne deste artigo, serão examinadas suas causas e consequências danosas à sociedade.

Sabe-se que não é tarefa fácil redigir sobre tema de tamanha relevância no cenário jurídico nacional. Por isso, o primeiro enfoque será dado à jurisdição, à ação e ao processo, com o intuito de facilitar a compreensão do sistema processual brasileiro e, a partir daí, versar a respeito da Ação Civil Pública e da Improbidade Administrativa propriamente dita – e dos instrumentos legais utilizados pelo Ministério Público para combatê-la.

Para concluir, será feita uma síntese da matéria vista anteriormente, procedendo-se a uma análise crítica da atuação do Ministério Público no combate à improbidade administrativa.

Importante ressaltar que foi com a preocupação de profissional militante e pensamento de estudante sonhador que este trabalho científico foi concebido e elaborado na esperança de plantar mais uma semente na luta contra a improbidade administrativa no Brasil.

Certamente ninguém conseguirá transformar um país sozinho. Necessário se faz o engajamento da sociedade civil exigindo seus direitos e cobrando dos administradores posturas éticas/probas no exercício de suas funções, pois só assim o objetivo será alcançado e todos terão contribuído para o futuro da Nação.

É esse um sonho que, com a união de todos, tornar-se-á realidade.

2. A jurisdição, a ação e o processo

Atualmente, no estágio dos conhecimentos científicos sobre o direito, predomina o entendimento de que não há sociedade sem direito: *ubi societas ibi jus*. E qual seria a correlação entre a sociedade e o direito? A resposta está na função que o direito exerce na sociedade: a função ordenadora, isto é, de coordenação dos interesses que se manifestam na vida social, de modo a organizar a cooperação entre pessoas e compor os conflitos que ocorrem entre os seus membros.

Dentre os fins permanentes do Estado, inclui-se o de manter a ordem e a paz social. Para tanto, regula a convivência dos cidadãos por meio do direito objetivo, que é a manifestação da sua vontade incontestável, imposta por força de sua soberania. Dessa forma, o ordenamento jurídico atribui aos cidadãos “seus direitos”, prefixando

as pretensões que cada um pode ostentar diante dos outros, bem como estabelece os deveres dos vários integrantes do agrupamento social juridicamente organizado.

O comando da ordem jurídica, que visa à paz social e ao bem comum, geralmente é aceito e cumprido pelos membros da coletividade. Mas, como isto às vezes não ocorre, e como as normas de direito são de observância imperativa, cabe ao Estado a adoção de medidas coercitivas para que não venha seu ordenamento a transformar-se em letra morta e desacreditada. Quando surge um conflito de interesses a ameaçar a convivência da sociedade, o Estado chama para si a tarefa de resolver a contenda, visando à pacificação social.

Assim, em vez de conceituar a jurisdição como poder, é preferível considerá-la como “função estatal”, e sua definição poderia ser posta nos seguintes termos: “jurisdição é a função do Estado de declarar e realizar, de forma prática, a vontade da lei diante de uma situação jurídica controvertida”.¹

Pelo fato de vedar a seus súditos fazer justiça pelas próprias mãos e ao assumir a jurisdição, o Estado não só se encarregou da tutela judicial dos direitos subjetivos privados como se obrigou a prestá-la, desde que corretamente invocada, estabelecendo ao interessado a faculdade de solicitar sua intervenção sempre que se julgue prejudicado em seus direitos.

Os indivíduos, frente ao Estado-Juiz, dispõem de um poder jurídico, que consiste na faculdade de obter a tutela para os próprios direitos ou interesses, ou para obter a definição das situações jurídicas controvertidas. É o direito de ação, oponível ao Estado-Juiz, que se pode definir como o direito à prestação jurisdicional.

Com intuito de exercer a função jurisdicional, o Estado cria órgãos especializados, porém esses órgãos especializados não podem atuar discricionariamente ou de forma livre, dada a própria natureza da atividade que lhes compete. Subordinam-se, por isso mesmo, a um método ou sistema de atuação, que vem a ser o processo.

¹ THEODORO, Humberto Júnior. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. I, 24. ed. Forense, 1998, p. 36.

Entre o pedido da parte e o provimento jurisdicional, impõe-se a prática de uma série de atos que constituem o procedimento judicial, vale dizer, a forma de agir em juízo, e cujo conteúdo sistemático é o processo.

Assim, como instrumento da atividade intelectual do juiz, o processo se apresenta como a “série de atos coordenados regulados pelo direito processual, através dos quais se leva a cabo o exercício da jurisdição”.²

Após a análise de vários conceitos do que vem a ser o processo, foi eleita a seguinte definição: “Processo é o conjunto de atos coordenados regulados pelo direito formal, visando à pacificação dos conflitos de interesses através do exercício da jurisdição”.

Estabelecer uma clara concepção dos conceitos de jurisdição, ação e processo é imprescindível para a compreensão do funcionamento do sistema processual brasileiro, e primordial para o estudo do tema objeto do presente trabalho.

3. O Ministério Público e a função jurisdicional

Há estreita ligação entre democracia e um Ministério Público forte e independente, pois um Ministério Público forte mas submisso só pode convir a governos totalitários.

Entre os valores fundamentais da democracia está o acesso à Justiça, que deve estar sempre ao alcance de todos, pobres e ricos, fracos e poderosos.

Entretanto, a possibilidade de acesso à Justiça não é efetivamente igual para todos: são gritantes as desigualdades econômicas, sociais, culturais e regionais no Brasil.

Justamente para preservar aqueles valores democráticos, bem como para assegurar um adequado equilíbrio tanto na fase pré-processual, como dentro da própria relação processual, é que surge o papel do Ministério Público, instituição estatal dotada de autonomia e independência funcional, destinado constitucionalmente à defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

² THEODORO, Humberto Júnior. Ob. cit., p. 42.

Diz a Constituição que o Ministério Público é “essencial à função jurisdicional do Estado”; contudo, com isso diz menos do que deveria (o Ministério Público tem inúmeras funções exercidas independentemente da prestação jurisdicional, como na fiscalização de fundações e prisões, nas habilitações de casamento, na homologação de acordos extrajudiciais, no inquérito civil etc.); e, paradoxalmente, também diz mais do que deveria (pois o Ministério Público não oficia em todos os feitos submetidos à prestação jurisdicional).³

Longe, porém, de um papel apenas destinado a colaborar com a prestação jurisdicional, seja como órgão agente, seja como interveniente, o Ministério Público desenvolve-se também, na esfera extrajudicial, até mesmo numa atividade cautelar, ora com o fim de preparar a propositura de ações de sua iniciativa, ora para compor interesses *inter volentes* e até obviar o acesso à jurisdição.

Na área extrapenal, pode exercitar a chamada administração pública de interesses privados (como na aprovação de acordos extrajudiciais ou de compromissos de ajustamento, bem como no dever de prestar atendimento ao público).

Na esfera penal, é o titular constitucional privativo da ação penal pública, cabendo-lhe ainda o relevante papel do controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar de cada Estado. Detém papel decisivo nas transações referentes às infrações penais de menor potencial ofensivo, disciplinadas na legislação infraconstitucional.

Depreende-se daí que a Constituição Federal de 1988 conferiu novo perfil institucional ao Ministério Público. Com base na própria análise do texto constitucional, pode-se perceber que o promotor de Justiça passou a definir-se fundamentalmente por suas atribuições como órgão agente em favor dos interesses sociais. Nesse sentido, tornou-se uma espécie de “*ombudsman*” não eleito da sociedade brasileira.

O novo perfil constitucional deu ao Ministério Público importante atribuição no âmbito do controle dos poderes Executivo e Legislativo, por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade, da

³ MAZZILLI, Hugo Nigro. *Introdução ao Ministério Público*, p. 21.

fiscalização do patrimônio Público, dos serviços de relevância pública e da representação para fins de intervenção (CF, art. 129, II, III e IV).

A atuação fiscalizadora do Ministério Público sobre as condutas adotadas no âmbito do Executivo e sobre os atos administrativos do Legislativo e do Judiciário, na defesa da probidade administrativa e do patrimônio público, “assenta-se, em última análise, no princípio da legalidade,”⁴ segundo o qual a Administração só pode atuar conforme a lei. Toda atividade administrativa está sujeita à lei, como ato formal, resultado da representação popular obediente ao processo legislativo previsto na Constituição.

4. O Ministério Público e a Ação Civil

Conforme foi dito alhures, o Ministério Público recebeu na Constituição cidadã, ou seja, em 1988, uma conformação institucional e um *status* político sem paradigma em todo o mundo.

É agora responsável pela defesa do regime democrático num país que, na prática, até muito recentemente, só conheceu regimes de exceção.

A ele foi atribuída a tarefa fundamental de defesa da ordem jurídica e do patrimônio público, num Brasil de escassa tradição de respeito às coisas públicas e em que raramente se impõe às classes dominantes a observância da lei.

O Ministério Público é, em essência, um órgão estatal incumbido da defesa da sociedade, papel que deverá desempenhar num Brasil pobre, marcado pela injustiça social, pela miséria e pela exclusão que se abatem sobre a maior parte dos brasileiros.

Reconhecendo uma situação de fato que pode ser vista no campo ou nas ruas, nas periferias e nas favelas das cidades, a própria Constituição estabeleceu dentre os objetivos fundamentais da República a erradicação da pobreza e da marginalização, assim como a redução das desigualdades sociais e regionais.

Num país em que a realidade da vida cotidiana é tão triste e preocupante, a reformulação dos Poderes e das Instituições seria condição necessária à sobrevivência da democracia e do próprio Estado.

⁴ PAZZAGLINI FILHO, Marino e outros. *Improbidade Administrativa*. 4. ed. Atlas, 1988, p. 23.

Pensando assim é que, paulatinamente, a sociedade civil passa a organizar-se e a perceber que a redução da pobreza é incompatível com práticas de corrupção e nepotismo, com um sistema que tolera a sonegação, a propina ou a impunidade, porque o dinheiro público de que se apropriam tantos é o único que pode construir uma sociedade mais justa.

A fim de suprir os anseios da sociedade, surgiu a necessidade de reformular o conceito de Ministério Público, torná-lo mais forte e atuante na defesa dos interesses sociais.

Desde que haja alguma característica de indisponibilidade parcial ou absoluta de um interesse, ou desde que a defesa de qualquer interesse, disponível ou não, convenha à coletividade como um todo, será exigível a iniciativa ou a intervenção do Ministério Público junto ao Poder Judiciário.

Com a legitimação constitucional para ajuizar a ação civil pública, o *Parquet* “agora mais do que nunca deve ser visto primordialmente como órgão agente, promotor de medidas”.⁵

Nesse sentido, é ainda importante observar que o art. 129 da CF de 1988, ao prever as funções institucionais do MP, emprega nos quatro primeiros incisos o verbo “promover”. A leitura dos seus incisos deixa claro que a missão precípua do Ministério Público relaciona-se à provocação do judiciário, cabendo-lhe levar ao seu conhecimento questões de interesse social e individual indisponível. Assim agindo, o *Parquet* cumpre sua função constitucional e torna-se “essencial à função jurisdicional do Estado”.

A jurisdição, poder-dever-função do Estado de aplicar a lei ao caso concreto, é inerte por natureza. Dessa característica essencial decorre, logicamente, a necessidade da existência de um outro instrumento jurídico que cumpra a função provocadora, instigadora, acionadora do poder jurisdicional. É o direito de demanda ou ação instituído constitucionalmente para o cumprimento desse mister. Sendo, destarte, o processo um instrumento da jurisdição, conclui-se que não há jurisdição sem ação e, da mesma forma, processo sem ação (é a regra).

⁵ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em julgo*. 2. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1990, p. 39.

Tal foi a influência desta regra que “hoje o processo de ação ou acusatório ganhou foros de princípio fundamental universal da processualística moderna no aforisma *nemo iudex sine actore*”.⁶ Por ser inerte a jurisdição, quem desejar dela fazer uso para a proteção de um direito subjetivo material seu, instaurará o processo mediante a ação a ser proposta como e quando melhor lhe aprouver. A liberdade no exercício da ação é total. Ninguém pode ser compelido a exercer o direito de ação.

Há direitos que recebem do ordenamento jurídico a qualidade de indisponíveis, devido à sua relevância. Entretanto, nem sempre o seu titular encontra-se disposto a buscar a sua defesa por meio da ação quando ocorram os fatos que o autorizem, ficando, assim, vulnerado o interesse eleito como prevalente pela ordem jurídica. Na verdade, duas situações incompatíveis se colocam em confronto: de um lado, o interesse público na realização do interesse ou direito indisponível, e exatamente por isso, ele é indisponível; por outro, via de regra, a só possibilidade de defesa desse interesse ou direito por meio de ação, e a liberdade conferida a seu titular para exercê-la.

Daí que, ou se assume que a liberdade de ação impede absolutamente, em certas hipóteses, a proteção e a realização do direito indisponível, ou se cria um mecanismo jurídico alternativo para essa tutela - pela outorga de legitimação processual a outra pessoa ou órgão que não o único titular do direito em jogo.

Assim, por causa dessa dupla realidade inconciliável, é que a ordem jurídica, não podendo ver frustrada a proteção dos direitos indisponíveis, opta conscientemente pela outorga ao Ministério Público de legitimidade ativa *ad causam* para o desempenho de tão relevante encargo, mediante a ação civil pública, art. 129, III, da Constituição Federal de 1988.

Diferentemente do titular do direito indisponível, não possui o *Parquet* a liberdade para propor a ação como e quando melhor lhe convier. Na verdade, o exercício do direito de ação, nessa hipótese, é informado pelo princípio da obrigatoriedade e não pelo da dispositividade. Outrossim, entende-se atualmente que o princípio aplicado é o da obrigatoriedade mitigada, pois somente se existente

⁶ MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *A intervenção do Ministério Público no Processo Civil Brasileiro*. 2. ed. Saraiva, 1998, p. 85.

justa causa, consistente em suporte fático suficiente e supedâneo legal, deve o agente Ministerial propor a demanda.

Conforme foi dito, estatui a Carta Magna pátria ser função institucional do Ministério Público “promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.”⁷

A Ação Civil, no caso específico da improbidade administrativa, é ação civil de interesse público imediato, ou seja, é a utilização do processo civil como um instrumento para a salvaguarda de um bem cuja preservação interessa à coletividade.

Quando o promotor de Justiça ajuíza uma Ação Civil contra o autor de ato de improbidade administrativa, pode-se dizer que o Estado-Ministério Público ingressa na via judiciária civil provocando a atuação do Estado-Juiz, para que este assegure a integridade do patrimônio e/ou da moralidade administrativa.

Ao co-legitimar o *Parquet* para a persecução civil dos atos que maculam o patrimônio público, o legislador constituinte quis reforçar as possibilidades de controle jurisdicional sobre a legalidade e a moralidade dos atos administrativos.

Recebida uma representação informando a prática de atos de improbidade administrativa, pode o órgão Ministerial abrir procedimento administrativo investigatório preliminar, instaurar de imediato o inquérito civil ou propor a ação, art. 22 da Lei n.º 8.429/92.

O procedimento administrativo investigatório preliminar, que é sigiloso por excelência, visa a robustecer o Ministério Público com as provas necessárias à propositura da futura ação civil. Por não se revestir de grandes requisitos para sua instauração e não ter prazo determinado para sua conclusão, é o procedimento administrativo muito utilizado pelos agentes Ministeriais.

Já o inquérito civil, agora consagrado na Carta Política de 1988, foi inicialmente criado pela Lei n.º 7.347/85. Deve ser público, e possui prazo pré-estabelecido para sua conclusão. Destinando-se à coleta dos elementos necessários à propositura de qualquer ação civil,

⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 24. ed. Malheiros, 1999, p. 83.

possibilita a regular apuração de denúncias, proporcionando o ajuizamento de ações mais bem aparelhadas e instruídas. Outra utilidade, tanto do procedimento administrativo quanto do inquérito civil, consiste em que, durante o seu curso, a contrário *sensu*, podem ser apuradas circunstâncias que demonstrem a desnecessidade ou o descabimento da provocação jurisdicional através da propositura de ação civil.

Vale ressaltar que acertadamente a Constituição de 1988 negou a exclusividade da iniciativa ministerial para a promoção das ações civis, pois que a legitimação do Ministério Público não impede a de terceiros.

5. Legitimidade ativa para a propositura da Ação Civil

Nos termos do art. 17 da Lei Federal 8.429/92, têm legitimidade ativa para postular em juízo a aplicação dessas sanções, independentemente das sanções criminais, civis, administrativas e até eleitorais, o Ministério Público e a pessoa jurídica interessada, pela via da ação civil pública, instrumento processual destinado à proteção dos interesses supra-individuais, como a moralidade, a probidade e a gestão honesta da coisa pública⁸.

A legitimação do Ministério Público decorre do art. 129 inc. III, da Constituição Federal, que lhe incumbe a promoção do inquérito civil e da ação civil pública para a defesa do patrimônio público.

A pessoa jurídica interessada é a entidade da administração pública direta, indireta ou fundacional (conceituadas no art. 1º), lesada pelo ato de improbidade administrativa em seus valores morais ou patrimoniais, detentora do dever de preservação da legalidade administrativa (art. 37 da Constituição da República), bem como do dever de reprimi-lo em razão do interesse público primário e dos princípios da moralidade (onde se inclui a probidade) e impessoalidade administrativas, inscritos também no mesmo art. 37 da Carta Magna, vez que é titular dos princípios e regras que regem a atividade de seus representantes (os agentes públicos amplamente definidos no art. 2º).

⁸ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*, p. 32.

Esse novo sistema de legitimação ativa rompeu com o anterior, que legitimava a administração pública direta, indireta e fundacional, e supletivamente o cidadão (art. 5º § 2º da Lei Federal 3.502/58).

Renovou-se a legitimidade concorrente do Ministério Público prevista na Lei Federal 3.164/57 (art. 1º § 2º).

Contudo, mesmo para a ação prevista na Lei Federal 3.502/58, de 05 de novembro de 1988 até a edição da Lei Federal 8.429/92, o Ministério Público era legitimado ativo por força do art. 129, inc. III e § único, da Constituição Federal.

Apesar de ser uma ação civil pública, os outros co-legitimados do art. 5º da Lei Federal 7.347/85 (as associações, sindicatos, partidos políticos) não são legitimados ativos para pretender a aplicação das sanções previstas na Lei Federal 8.429/92, porque, muito embora se integrem suas disposições, por obra do art. 21 da Lei Federal 7.347/85 (sistema da interação das vias de tutela dos interesses supra-individuais), acaba prevalecendo a regra específica do art. 17 em detrimento da genérica. O cidadão, anteriormente legitimado, perdeu essa condição. Pode, pela ação popular, combater ato imoral e ímprobo, mas essa sede não é escorreita para a aplicação das sanções específicas da improbidade administrativa, limitada à anulação do ato e ao ressarcimento do dano.

6. Antecedentes históricos à Lei n.º 8.429/92

A Lei Federal n.º 8.429/92, conhecida como “lei do colarinho branco” ou, impropriamente, como “lei do enriquecimento ilícito”, substituiu os diplomas legais vigentes até então.

O legislador brasileiro, nessa área, produziu anteriormente duas leis federais, vale dizer, a Lei n.º 3.164/57 (Lei Pitombo-Godói Ilha) e a Lei n.º 3.502/58 (Lei Bilac Pinto).

Apenas em 1988 o constituinte positivou a fonte normativa de validade das leis de combate à improbidade administrativa. Até então, a Carta Magna cuidava singelamente do enriquecimento ilícito. Alargou-se a esfera de proteção do patrimônio público e da Administração Pública, restando o enriquecimento ilícito apenas como uma espécie do gênero *improbidade administrativa*.

Focalizava a Lei Pitombo-Godói Ilha, em fórmula demasiadamente genérica, para não dizer quase vazia, apenas a modalidade da espécie *enriquecimento ilícito*, estipulando o desapossamento dos bens amealhados mediante o exercício indevido da função pública.

Por não contemplar o enriquecimento sem causa e as dificuldades que estipulava para a caracterização do enriquecimento ilícito, tornou-se a Lei Bilac Pinto de rara aplicação. De qualquer forma, foi um passo inicial no combate aos desmandos administrativos praticados na época de sua vigência.

6.1 Improbidade anterior à Lei Federal n.º 8.429/92

A Lei n.º 8.429/92 entrou em vigor em 03/06/92 com o fim maior de regulamentar o art. 37, § 4º da CF de 1988, elencando, embora não exaustivamente, os atos de improbidade administrativa passíveis de sanções.

Seu último artigo revogou expressamente as Leis Federais n.ºs 3.164/57 e 3.502/58, surgindo daí um primeiro problema, que é o relativo à incidência temporal da Lei Federal n.º 8.429/92, à medida que a legislação antecessora cuidava apenas do enriquecimento ilícito e tinha abrangência menor, tanto sob o aspecto subjetivo (autor da improbidade) como sob o enfoque objetivo (sujeito passivo da improbidade).

Até 1988, havia sintonia entre a Constituição de 1967 (emendada em 1969) e as leis federais n.ºs 3.164/57 e 3.502/58. Porém, com o advento da Constituição de 1988, art. 37, § 4º, a qual não falou mais em enriquecimento ilícito, ampliando seu espectro tutelar da Administração Pública para tratar da improbidade administrativa, havia necessidade da regulamentação através de nova legislação.

No período compreendido entre 05/10/88 e 03/06/92, permaneciam em vigor as leis mencionadas sobre enriquecimento ilícito, recepcionadas pela Carta Magna, à míngua de nova legislação.

Por esse motivo, os atos de improbidade não subsumíveis à espécie *enriquecimento ilícito* não eram passíveis de outra sanção que não o ressarcimento do dano eventualmente produzido. Este, é claro, por força dos dispositivos do CC pertinentes ao ilícito civil e suas consequências.

Assim, os atos de improbidade administrativa praticados antes de 03/06/92 (data da publicação da Lei Federal n.º 8.429/92), não tipificados na espécie *enriquecimento ilícito*, não comportavam a aplicação em ação civil das sanções de multa civil, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos e proibição de contratar com o Poder Público ou dele receber benefícios e incentivos.

Porém, tendo em vista a imprescritibilidade do ressarcimento dos danos causados ao patrimônio público (art. 37, §5º, da CF de 88), os atos de improbidade não característicos de enriquecimento ilícito cometidos naquele tempo de transição ainda são suscetíveis de ser invalidados para o fim de se recompor a integridade do erário.

7. Improbidade administrativa (considerações gerais)

Os constituintes de 1988 tiveram a sabedoria de inserir no texto Constitucional uma série de princípios e valores que, embora anteriormente mencionados pelos doutrinadores, ganharam a força de princípios constitucionais norteadores das funções estatais.

Dentre esses princípios está o da moralidade, denotando que a atuação dos agentes públicos deve conformar-se não apenas à lei em sentido formal, mas principalmente a determinados valores que se colocam acima do direito positivo, como a idéia de honestidade, boa-fé, ética, lealdade, decoro, probidade, que deve pautar a atuação de todo agente público.

Acredita-se que a preocupação com a corrupção desenfreada e a perpetuação da impunidade dos agentes públicos, bem como a idéia de defender a honestidade no exercício da função pública e reconquistar a confiança dos cidadãos nas instituições do país, levou à introdução do princípio da moralidade no art. 37, *caput*, da Constituição, ao lado do princípio da legalidade.

Conforme se disse, a Constituição Federal elevou à categoria de princípio constitucional a moralidade administrativa, pressuposto de validade de toda a atuação estatal, informante dos demais princípios irmãos constantes do art. 37, e matriz de outros princípios secundários ou elementares decorrentes da moralidade, como o de probidade.

O tema da improbidade administrativa é um dos mais fascinantes na atualidade do direito brasileiro, tendo em vista a

amplitude do conceito dado à matéria pela Lei Federal 8.429/92, que reprime atos de improbidade administrativa das seguintes modalidades: que impliquem enriquecimento ilícito do agente público, que causem prejuízo ao erário, e que atentem contra os princípios da administração pública.

O objeto da repressão da improbidade administrativa, conceituada por José Afonso da Silva como imoralidade administrativa qualificada, na legislação atual é bem mais amplo que no âmbito da legislação anterior (Lei Federal 3.502/58), que punia somente o enriquecimento ilícito, condicionado sempre à prática de um ato ou à abstenção de um fato pelo agente público.⁹

Pela Lei Federal 8.429/92 atinge-se igualmente o prejuízo ao erário ao lado do enriquecimento ilícito (e este, ainda, com uma nota diferencial numa das figuras exemplificativas: a aquisição de bens de valor desproporcional à evolução patrimonial do agente e incompatível com a sua renda), como também o atentado aos princípios da administração pública, proporcionando a censura de atos comissivos ou omissivos que não importam prejuízo patrimonial da administração pública ou enriquecimento ilícito do agente público, mas que ofendem os valores morais da administração pública.

Celso Antônio B. de Mello entende que “é hoje a moralidade administrativa causa autônoma da ação popular, mas na Lei Federal 8.429/92 é causa principal, porque reprime atos corruptores dos valores éticos e morais da administração pública, independentemente da ocorrência de efetiva lesão ao erário (art. 21 inc. 1), ou seja, aos valores patrimoniais, o que é altamente salutar, porque a violação de um princípio é muito mais grave que a transgressão de qualquer norma”.¹⁰ Não obstante seja uma lei dirigida precipuamente para a proteção dos valores morais da administração pública, violados pelo enriquecimento ilícito e pelo atentado aos seus princípios, preocupa-se também com atos causadores de lesão patrimonial ao erário (art. 10), perfilhando-se a ideologia que inspirou a ação popular repressora de atos ilegais e lesivos ao erário (Lei Federal 4.717/65).

⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 18. ed. Malheiros, 2000.

¹⁰ MELLO, Celso Antônio B. de. *Curso de Direito Administrativo*. 13. ed. Malheiros, 2001.

Essas três modalidades ou espécies de improbidade administrativa descrevem exemplificativamente as respectivas relações de atos correspondentes, nos arts. 9º a 11.

Diferencia-se a repressão à improbidade administrativa da Lei Federal 8.429/92 com a da Lei Federal 3.502/58 pelas sanções típicas cabíveis, previstas no art. 12 da primeira, e que são aplicáveis independentemente das instâncias administrativas (controle interno da administração pelo poder disciplinar, controle externo exercido pelo Tribunal de Contas), civil (ação popular, por exemplo) e penal (crimes contra administração pública, por exemplo).

Enquanto a Lei Federal 3.502/58 sujeitava o agente à perda dos bens e valores ilicitamente acrescidos ao seu patrimônio e à reparação da lesão do erário, a Lei Federal 8.429/92, na esteira do art. 37 § 4º da Constituição Federal, estabelece penalidades maiores e mais adequadas, como a perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio do agente, o ressarcimento do dano, a perda da função pública, a suspensão dos direitos políticos por prazo determinado, o pagamento de multa civil, tendo como base de cálculo o proveito ou a renda do agente, a proibição de contratar com o poder público ou dele receber incentivos ou benefícios fiscais e creditícios, direta ou indiretamente, por prazo determinado.

São sanções manifestamente mais severas, e certamente mais coerentes com o fim colimado: repressão da imoralidade administrativa qualificada, mal que se propaga décadas a fio no cenário institucional brasileiro, e que criou e disseminou a intolerável cultura da improbidade (ou cultura da imoralidade), em razão da ineficiência das leis (mormente a legislação penal e processual penal) e da omissão dos órgãos repressores (principalmente a própria administração pública), que vêm se exonerando do dever legal de reprimir a improbidade administrativa, em detrimento do Estado Democrático de Direito, abalado pela prática da improbidade.

Pode-se afirmar, sem receio algum, que a Lei Federal 8.429/92 implantou no direito brasileiro mais um instrumento processual para observância concreta dos princípios inscritos no art. 37 da Constituição Federal, bem como dos não positivados decorrentes das demais normas constitucionais.

8. Espécies de Improbidade Administrativa

O art. 9º, *caput*, da Lei n.º 8.429/92, apresenta a primeira das três espécies ou modalidades de atos de improbidade administrativa. Nele, a punição dirige-se aos atos que impliquem enriquecimento ilícito, conceituado de forma ampla e genérica como o ato de auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades descritas no art. 1º.

Conforme dito no início deste trabalho, a Lei n.º 8.429/92 entrou em vigor com fim maior de regulamentar o art. 37, § 4º, da CF de 1988, elencando, embora não exaustivamente, os atos de improbidade administrativa passíveis de sanções.

Seu último artigo revogou expressamente as Leis Federais n.ºs 3.164/57 e 3.502/58, surgindo daí um primeiro problema, que é o relativo à incidência temporal da Lei Federal n.º 8.429/92, à medida que a legislação antecessora cuidava apenas do enriquecimento ilícito e tinha abrangência menor.

Assim, os atos de improbidade administrativa praticados antes de 03/06/92 (data da publicação da Lei Federal n.º 8.429/92), não tipificados na espécie *enriquecimento ilícito*, não comportavam a aplicação em ação civil das sanções de multa civil, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos e proibição de contratar com o Poder público ou dele receber benefícios e incentivos.

Porém, tendo em vista a imprescritibilidade do ressarcimento dos danos causados ao patrimônio público (art. 37, §5º, da CF de 88), os atos de improbidade não característicos de enriquecimento ilícito cometidos naquele tempo de transição não isentam os agentes do ressarcimento dos prejuízos ao Estado.

Caracteriza enriquecimento ilícito qualquer ação ou omissão no exercício de função pública para angariar vantagem econômica, como também a mera potencialidade de que venha a amparar interesse de terceiro ou o simples fato de o agente público ostentar patrimônio incompatível com a evolução de seu patrimônio ou renda.

É exigível, nesses casos, que a vantagem econômica indevida seja obtida para o agente público ou terceiro beneficiário, adquirida por ele próprio ou interposta pessoa em razão de seu vínculo com a Administração Pública, independentemente de causar ou não dano

patrimonial, porque parte do pressuposto de que os agentes públicos devem pautar suas ações em condutas éticas, morais e probas.

O enriquecimento ilícito do agente público provoca dano à moralidade administrativa e, independentemente, pode causar dano patrimonial à Administração Pública. Geralmente caracteriza-se pelo recebimento de vantagem econômica indevida em razão do exercício de cargo, emprego ou função pública. A imputação independe de o agente público exigir ou solicitar a vantagem econômica, bastando que ele a receba, pouco importando se adveio de oferta, solicitação ou exigência.

Não basta a vinculação à lei. É necessário também unificar a conduta administrativa à moralidade e à persecução do interesse coletivo. Por exemplo: se a execução de um ato é feita com intuito de prejudicar alguém deliberadamente, ou com intuito de favorecer alguém, por certo que se está produzindo um ato formalmente legal, mas materialmente comprometido com a imoralidade administrativa.

O art. 5º da Lei n.º 8.429/92 estabelece que, havendo lesão ao patrimônio público por ação ou omissão, nas formas dolosa ou culposa, do agente ou de terceiro, o ressarcimento do dano será integral.

Lesão patrimonial é o prejuízo ao erário em razão do ato de improbidade administrativa praticado pelo agente público, servidor ou não.

Conceitua-se agente público aquele que exerce, mesmo que por breve período ou sem perceber remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional, em qualquer das esferas governamentais, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de ente subvencionado, beneficiado ou incentivado por órgão público.

A ação é um fazer. É movimento no sentido de buscar efetivamente o prejuízo do patrimônio público em favor de si ou de outrem.

A omissão poderá aparecer como comportamento voluntário sempre que o agente, podendo e devendo agir, deliberadamente se mantém inerte.

O dolo, nesse caso, é a vontade livre e consciente de praticar determinado ato definido na lei como improbidade.

Consiste a culpa em praticar voluntariamente, sem a atenção ou o cuidado devido, um ato do qual decorre um resultado definido na Lei n.º 8.429/92 como improbidade, porém não foi querido nem previsto pelo agente administrativo, mas que para o homem comum era previsível. As sanções contidas na Lei n.º 8.429/92, conforme exposto, têm natureza civil.

Ao agente público incumbe o dever de praticar os atos administrativos dentro da moralidade e legalidade; caso contrário, deverá responder por sua ação ou omissão, dolosa ou culposa, ressarcindo ao erário os prejuízos patrimoniais sofridos.

O normal desenvolvimento da estrutura administrativa em toda sua extensão deve ser pautado na satisfação do interesse social, jamais desvirtuado para atender pretensões menores de particulares. É a supremacia do interesse público sobre o privado o pilar sobre o qual se assentam as relações entre súditos e administradores.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Melo, todo o sistema de Direito Administrativo se constrói tomando como base os princípios da supremacia do interesse público sobre o particular e da indisponibilidade do interesse público pela Administração. “Em verdade, como bem o disse Garrido Falla, o Direito Administrativo se erige sobre o binômio prerrogativas da Administração – direitos dos administrados. São os elementos deste binômio que se encontram expressados nos princípios da supremacia do interesse público e indisponibilidade dos interesses públicos pela administração.”¹¹

O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado é considerado pela doutrina moderna um divisor de águas, por proclamar a superioridade do interesse da coletividade sobre o interesse particular, como condição de sobrevivência e asseguramento deste último.

O princípio da Indisponibilidade, pela Administração, dos interesses públicos significa que o próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre os interesses confiados à

¹¹ MELLO, Celso Antônio B. de. *Curso de Direito Administrativo*, p. 28.

sua proteção e realização, posto que a disponibilidade está permanentemente retida nas mãos do Estado-administração.

Para que o binômio “direitos dos administrados – prerrogativas da administração” configure desejável sintonia de cooperação entre cidadão e Estado, a credibilidade dos órgãos, serviços e agentes é requisito indispensável. Nesse contexto, é esperado de todo e qualquer agente público que possua um contingente mínimo de predicados ligados à moralidade pública, honestidade e probidade.

Para tratar dos Princípios da Administração Pública é necessário estabelecer-se distinção entre moralidade administrativa e probidade administrativa, o que não é de todo fácil.

A rigor, pode-se dizer que são expressões que significam a mesma coisa, tendo em vista que ambas se relacionam com a idéia de honestidade na Administração Pública. Quando se exige probidade ou moralidade administrativa, isso significa que não basta a legalidade formal, restrita, da atuação administrativa, com observância da lei; é preciso também a observância de princípios éticos, de lealdade, boa-fé, de regras que assegurem a boa administração e a disciplina interna na Administração Pública.

Assim, a legalidade estrita não se confunde com a moralidade e a honestidade, porque diz respeito ao cumprimento da lei; a legalidade em sentido amplo (o Direito) abrange a moralidade, a probidade e todos os demais princípios e valores consagrados no ordenamento jurídico; como princípios, os da moralidade e probidade se confundem; como infração, a improbidade é mais ampla do que a moralidade, porque a lesão ao princípio da moralidade constitui uma das hipóteses de atos de improbidade definidos em lei.

Note-se que a Lei 8.429/92 definiu os atos de improbidade em três dispositivos: no artigo 9º, cuida dos atos de improbidade administrativa que importam em enriquecimento ilícito; no artigo 10, trata dos atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário; e no artigo 11, indica os atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da administração pública. Entre esses últimos, alguns são definidos especificamente em 7 incisos; mas o *caput* deixa as portas abertas para a inserção de qualquer ato que atente contra “os princípios da administração pública ou qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade,

legalidade e lealdade às instituições.” Vale dizer que a lesão ao princípio da moralidade ou a qualquer outro princípio imposto à Administração Pública constitui uma das modalidades de ato de improbidade. Para ser ato de improbidade não é necessária a demonstração de ilegalidade do ato: basta demonstrar a lesão à moralidade administrativa.

O art. 11 da Lei n.º 8.429/92 é a grande novidade do sistema repressivo da improbidade administrativa, dirigido contra o comportamento omissivo ou comissivo violador dos princípios que regem a Administração Pública e dos deveres impostos aos agentes públicos em geral, senão vejamos.

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente.

Desse modo, se o agente público não enriqueceu ilicitamente nem causou prejuízo ao erário, as suas ações ou omissões que atentem contra os princípios da Administração Pública são censurados e passíveis de reprimendas judiciais, porquanto revelam o desvio ético de conduta, gerando a inabilitação moral do agente público para o exercício de função pública.

O art. 12, inciso III, da Lei Federal n.º 8.429/92, ao estipular severas penas para as condutas relacionadas no art. 11, visa a aprimorar o controle de qualidade da esfera administrativa, já realizado pela lei penal sancionadora dos crimes contra a Administração Pública.

Assim, ao lado daquelas penas privativas de liberdade previstas no estatuto repressivo, o art. 12 alinha potente reprimenda pecuniária e a própria suspensão dos direitos políticos do agente público que afronta os princípios administrativos.

A mais abalizada doutrina entende que “a honestidade, a imparcialidade e a lealdade nada mais são senão atributos humanos que devem descender dos princípios da Administração Pública, mas nunca princípios. A lei teria feito melhor e de forma mais coerente se, pura e simplesmente, aludisse aos princípios elencados em seu art. 4º,

que como não poderia deixar de ser, são os pronunciados na fala constitucional (art. 37, *caput*)”.¹²

No que tange ao tema proposto, qual seja, a Improbidade Administrativa, faz-se necessária a conceituação dos princípios básicos da administração, segundo dispõe o art. 4º da Lei n.º 8.429/92: legalidade, moralidade, impessoalidade, razoabilidade, publicidade e eficiência. Por esses padrões é que se hão de pautar todos os atos administrativos. Constituem, por assim dizer, os fundamentos da ação administrativa, ou, por outras palavras, os sustentáculos da atividade pública. Relegá-los é desvirtuar a gestão dos negócios e olvidar o que há de mais elementar para a boa guarda e zelo dos interesses sociais. A Constituição de 1988 não se referiu expressamente ao princípio da finalidade, mas o admitiu sob a denominação de princípio da impessoalidade (art. 37).

O princípio da legalidade – A legalidade, como princípio de administração (CF, art. 37, *caput*), significa que o administrador público está sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se à responsabilidade administrativa/disciplinar, civil e criminal, conforme o caso. Cumprir simplesmente a lei, na frieza de seu texto, não é o mesmo que atendê-la na sua letra e no seu espírito. A administração, por isso, deve ser orientada pelos princípios do Direito e da Moral, para que ao legal se una o honesto e o conveniente aos interesses sociais. Desses princípios é que o Direito Público extraiu e sistematizou a teoria da moralidade administrativa.

O princípio da moralidade – A moralidade administrativa constitui, nos dias de hoje, pressuposto de validade de todo ato administrativo. Hauriou, o sistematizador da teoria da moralidade administrativa, diz que “não se trata da moral comum, mas sim de uma moral jurídica, entendida como o conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração”.¹³ Desenvolvendo sua doutrina, explica que o agente administrativo, como ser humano dotado da capacidade de atuar, deve, necessariamente, distinguir o Bem do Mal, o honesto do desonesto. “E, ao atuar, não poderá

¹² PAZZAGLINI, Marino Filho e outros. *Improbidade Administrativa*, p. 124.

¹³ HAURIU, Maurice, *apud* MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 83.

desprezar o elemento ético de sua conduta. Assim, não terá que decidir somente entre o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, o oportuno e o inoportuno, mas também entre o honesto e o desonesto”¹⁴. Por considerações de Direito e de Moral, o ato administrativo não terá que obedecer somente à lei jurídica, mas também à lei ética da própria instituição, porque nem tudo que é legal é honesto, conforme já proclamavam os romanos: “*non omne quod licet honestum est*”. A moral comum, arremata Hauriou, é imposta ao homem para sua conduta externa; a moral administrativa é imposta ao agente público para sua conduta interna, segundo as exigências da instituição a que serve e a finalidade de sua ação: o bem comum.

Os princípios da impessoalidade e finalidade – O princípio da impessoalidade deve ser interpretado em suas duas acepções. Na primeira, imputa-se ao Estado e não aos seus agentes os atos por estes praticados. Na segunda, o princípio da finalidade impõe ao administrador público a prática dos atos administrativos sempre visando ao seu fim legal. E o fim legal é unicamente aquele que a norma jurídica estipula, expressa ou tacitamente, como objetivo do ato, de forma impessoal. E a finalidade terá sempre um objetivo certo e inafastável de qualquer ato administrativo: o interesse público. Todo ato que se apartar desse objetivo sujeitar-se-á à invalidação por desvio de finalidade. O que o princípio da finalidade veda é a prática de ato administrativo desvinculado do interesse público e da conveniência para a administração, visando unicamente a satisfazer interesses privados, por favoritismo ou perseguição dos agentes governamentais, sob a forma de desvio de finalidade.

O princípio da razoabilidade – A razoabilidade impõe aos agentes públicos a prática de atos que não sejam excessivos, despropositados, enfim, que não defendam interesses de pequena monta da administração se comparados aos prejuízos que por ventura venham a causar aos administrados – pode ser chamado de princípio da proibição de excesso.

O princípio da publicidade – Publicidade é a exteriorização oficial do ato administrativo ou judicial, através da qual é dado conhecimento público e se iniciam os seus efeitos. Daí por que as leis,

¹⁴ Cf. HAURIU, Maurice, *apud* MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 83.

atos e contratos administrativos que produzem consequências jurídicas fora dos órgãos que os emitem exigem publicidade para adquirirem validade universal, isto é, perante as partes e terceiros.

O princípio da eficiência – O princípio da eficiência, positivado na carta magna de 1988 por meio da E.C. 19, exige que a atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional. É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros.

A violação desses princípios é o mais grave atentado cometido contra a Administração pública, por ofender as bases orgânicas do complexo administrativo. Grande utilidade fornece a conceituação do atentado contra os princípios da Administração pública como espécie de improbidade administrativa, na medida em que inaugura a perspectiva de punição do agente público pela simples mácula a um princípio, a fim de assegurar a primazia dos valores ontológicos da Administração Pública, que são diuturnamente ofendidos, à mingua de qualquer sanção.

Em suma, estes são os princípios basilares pelos quais se deve pautar o agente administrativo na gestão do patrimônio público, jamais olvidando que todos os seus atos devem ser legais e acima de tudo morais, inscritos sob o manto da honestidade e da probidade.

9. Principais meios de investigação da Improbidade Administrativa

Em regra, não é tarefa fácil a prova de ato de improbidade administrativa, qualquer que seja a sua modalidade. Denúncias da imprensa, anônimas, de cidadãos, ou de políticos, na maioria das vezes, são destituídas de provas firmes, e até de indícios de improbidade administrativa, não obstante apresentem-se graves e exigentes de justa e imediata resposta social.

A lei oferece meios próprios para investigação da improbidade administrativa, e o ordenamento jurídico positivo a completa com outros meios, para que os co-legitimados do art. 17 promovam a ação, visando à aplicação das penalidades previstas no art. 12.

A Lei Federal 8.429/92 armou o Ministério Público da prerrogativa de requisição da instauração de inquérito policial ou de procedimento administrativo para apuração dos atos de imoralidade administrativa.

A redação do art. 22 é bem defeituosa, na medida em que fala de apuração de “qualquer ilícito previsto nesta Lei”, quando deveria utilizar “qualquer ato de improbidade administrativa”.

O dispositivo, por seu turno, está mal situado pois, regulando a investigação preliminar de improbidade administrativa, deveria constar do Capítulo V, que cuida da matéria, especificamente como parágrafo ou no *caput* do art. 14.

A prerrogativa instituída é mera faculdade conferida ao Ministério Público, pois a lei salienta que o órgão “poderá requisitar”. Assim, o Ministério Público, recebendo ou conhecendo notícia de improbidade administrativa, poderá optar pela solução que lhe for mais conveniente para a apuração do ato de improbidade administrativa e promoção de futura ação civil pública.

Apesar disso, nada impede ao Ministério Público a promoção do inquérito civil com o uso dos poderes requisitórios correspondentes (perícias, estudos, dados técnicos, informações depoimentos, notificações etc.) para apuração de ato de improbidade administrativa, tendo em vista que a Constituição Federal (art. 129 incs. III e VI), a Lei Federal 7.347/85 (arts. 1º inc. IV e 8º e parágrafo único), e posteriormente a Lei Federal 8.625/93 (arts. 25 inc. IV e 26 incs. I a III) contemplaram essas prerrogativas para a proteção do patrimônio público, da moralidade administrativa e de qualquer outro interesse difuso ou coletivo. A legitimidade do Ministério Público para tanto decorre do art. 129, inc. III, da Constituição Federal, sendo defeso a lei infraconstitucional modificá-la.

Em que pese a involução preconizada pelos legisladores, para apurar ato de improbidade administrativa, o Ministério Público tem ampla opção, podendo sua escolha recair sobre o inquérito civil, que não foi excluído pela Lei Federal 8.429/92, pelo inquérito policial ou pelo procedimento administrativo.

E fortes razões justificam esta conclusão, senão vejamos: 1) pelo sistema da interação, constante do art. 21 da Lei Federal 7.347/85, aplica-se à Lei Federal 8.429/92 disposições da Lei Federal

7.347/85, naquilo que não for incompatível, como o poder de requisição de documentos e da instauração de inquérito civil (art. 8º); 2) a intenção do art. 22 da Lei Federal 8.429/92 é ampliar os meios de investigação de atos de improbidade administrativa de que possa se valer o Ministério Público; 3) o inquérito civil é previsto como meio de investigação para a proteção do patrimônio público e social (art. 129, inc. III, Constituição Federal), tanto pela Lei Federal 7.347/85 (art. 8º) quanto pelas normas gerais orgânicas federais (arts. 25, inc. IV, alínea b; e 26 da Lei Federal 8.625/93), que regem a atividade do Ministério Público para apuração de atos ofensivos à moralidade administrativa (expressão genérica que abarca a espécie improbidade administrativa).

A doutrina pátria vem admitindo o cabimento do inquérito civil e demais prerrogativas inerentes ao ofício do Ministério Público, como requisição de perícias, exames, documentos, certidões, informações, tomada de depoimentos etc.

Mesmo antes da edição da Lei Federal 8.429/92, vários doutrinadores, dentre eles Hugo Nigro Mazzilli, já defendiam a instauração do inquérito civil para apurações de denúncias de enriquecimento ilícito de agentes públicos com base na Lei Federal 3.502/58, entendendo corretamente estar a hipótese incluída no art. 129, inc. III, da Constituição Federal.

A lei, portanto, não exclui o inquérito civil, antes o pressupõe. Acresça-se que o inquérito civil também é faculdade do Ministério Público, como expresso na lei da ação civil pública, consistindo sua finalidade precípua impedir a proposição de lides temerárias.

O desiderato da lei comentada é de ampliação dos meios investigatórios fornecidos ao Ministério Público, estendendo o poder requisitório na apuração de ato de improbidade administrativa com a possibilidade de requisição de procedimento administrativo ou inquérito policial, como instrumentos profícuos para a realização desse escopo, ao lado dos já existentes, não excluídos de seu campo de incidência.

Assim, ao lado de instaurar o inquérito civil sob sua presidência, ele poderá requisitar o inquérito policial (e não raro o ato de improbidade administrativa caracteriza também crime funcional) ou procedimento administrativo da própria entidade lesada, visando à

colheita da prova até mesmo para compor o inquérito civil e viabilizar a promoção da futura ação civil pública.

Como tal, servem à formação da convicção do Ministério Público, devendo a autoridade administrativa ou policial encetar todas as diligências, especificadas ou não, para averiguação do fato. A ampliação do poder requisitório sobre estas especiais hipóteses tem explicação lógica: a polícia judiciária encontra-se mais bem aparelhada para a apuração de tais atos, sendo dotada de órgãos eficientes como o Instituto de Criminalística; e a própria administração pública também é mais bem servida de organismos de auto-controle (controle interno) de seus atos, dedicados à obtenção de provas (até porque é dever da administração pública zelar pela moralidade administrativa e quase sempre o ato de improbidade provocará alguma sanção decorrente do poder disciplinar).

A apuração por qualquer destas vias pode ser determinada de ofício pelo Ministério Público, a requerimento de autoridade administrativa, ou mediante representação formulada por qualquer do povo, mesmo que tenha sido rejeitada pela autoridade administrativa.

Vale ressaltar que a representação deve preencher os requisitos mínimos de admissibilidade, para evitar investigações temerárias e devassas politigueiras, consoante dispõe o art. 14 de lei. É assaz importante que o representante indique as provas existentes acerca do ato, mas essa não é condição *sine qua non* para o exercício do direito conferido a qualquer pessoa. A lei exige, apenas, que o representante indique as provas existentes quando delas tiver conhecimento, estimulando a colaboração com a justiça. Isso mostra que, havendo suspeita de ato ímprobo, a investigação terá lugar mesmo que o representante não indique as provas do fato ou da autoria, porque a lei exige - repita-se - a indicação das provas de que tenha conhecimento, e não simplesmente das provas, cuja existência pode até ignorar.

Note-se, por fim, que a representação pode ser deduzida tanto perante o Ministério Público quanto ante a autoridade administrativa: os arts. 14 e 22 indicam que a atribuição investigatória é concorrente, não tendo nenhum sentido lógico ou base legal condicionar o direito de representação ao Ministério Público ao prévio exaurimento da via administrativa.

Há casos em que o Ministério Público deverá, por óbvio, realizar a investigação por inquérito civil, notadamente quando são governantes ou pessoas muito próximas a eles as suspeitas da prática de atos de improbidade. Noutros, ainda, poderá valer-se de auditorias encomendadas a órgãos como Receita Federal, Tribunal de Contas, Instituto de Criminalística, Delegacias Especializadas em Crimes Funcionais etc.

Entretanto, frise-se que o inquérito civil, o inquérito policial e o procedimento administrativo são meras faculdades, dispensáveis e prescindíveis se o Ministério Público possuir elementos probatórios de convicção da prática de improbidade administrativa, como depoimentos, documentos, laudos, enfim, provas lícitas bastantes.

A ação civil pública de improbidade administrativa de modo algum subordina-se à prévia conclusão ou instauração de inquérito civil, policial ou procedimento administrativo.

Ao se permitir o emprego do inquérito civil para a apuração de ato de improbidade administrativa, também são admitidos os demais meios e prerrogativas de investigação de violação a interesses supra-individuais previstos na Lei Federal 7.347/85, na Lei Federal 8.625/93, que poderão servir para a promoção direta da ação civil pública ou a instauração do inquérito civil, se assim julgar-se conveniente, ou ao seu arquivamento (submetido, em qualquer hipótese, ao reexame necessário do Conselho Superior do Ministério Público).

É obrigação legal e moral da autoridade administrativa representar ao Ministério Público para dar ciência de ato de improbidade administrativa e solicitar providências, sem prejuízo da iniciativa concorrente da pessoa jurídica que representa, como deflui da leitura conjunta dos arts. 15 e 22 da lei, justamente para o Ministério Público verificar se o interesse tutelado pela lei anticorrupção não será objeto de disponibilidade indevida (prescrição forçada, procrastinação do inquérito, negociatas, tramóias, acertos etc.), em prejuízo da moralidade e da legalidade, e causadora de ato de improbidade (art. 11, inc. II, Lei Federal 8.429/92). Essa obrigação também consta na Lei Federal 7.347/85 (art. 6º).

Instaurado inquérito civil pelo Ministério Público ou possuindo peças de informação derivadas de procedimento administrativo ou inquérito policial a ele remetidos, ou apresentada

representação ou requerimento da pessoa jurídica interessada (art. 22), o Ministério Público, se não ficar convencido da caracterização de improbidade administrativa, deverá promover o arquivamento ou rejeitá-las, respectivamente, com motivação suficiente.

A rejeição liminar do requerimento ou da representação comportará o reexame pelo Conselho Superior do Ministério Público.

Embora a Lei Federal 8.429/92 não contenha nenhuma disposição a respeito, todo e qualquer inquérito civil ou meio de investigação presidido pelo Ministério Público, referente a qualquer interesse coletivo ou difuso, submete-se às formalidades de arquivamento regidas pela Lei Federal 7.347/85 (art. 9º), pela Lei Federal 8.625/93 (art. 30).

Requisitados pelo Ministério Público o inquérito policial ou o procedimento administrativo de que trata o art. 22 comentado, sua instauração é obrigatória e vinculada, tendo a autoridade requisitada o dever de bem desempenhar o encargo, procurando provas de todas as circunstâncias. E destinando-se à mera colheita de informações e indícios de improbidade administrativa, sem que implique por si só alguma punição, o inquérito, civil ou policial, e o procedimento administrativo, não obedecem à cláusula do contraditório, consoante pacífico entendimento doutrinário e jurisprudencial, pois se prestam à coleta de elementos para a eventual dedução de uma pretensão em juízo.

Outrossim, apesar de não ser o inquérito civil obrigatório para a propositura da ação civil, como não o é o inquérito policial para a ação penal, o que se vê na prática é que, na maioria das vezes, é ele quem instrui a ação, é nele onde são colhidas as provas necessárias à formação da convicção do Órgão Ministerial para a propositura da ação civil.

10 – O Ministério Público e a aplicação das sanções

O descumprimento do dever de probidade administrativa possibilita a persecução judicial para a imposição das sanções previstas na Constituição Federal e na Lei Federal n.º 8.429/92 aos seus responsáveis.

O art. 37 § 4º da CF fundamenta a punição aos que cometem atos de improbidade administrativa, senão vejamos:

“importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública e indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.”

A última parte do dispositivo constitucional exposto acima indica que as sanções previstas não são de índole penal, devendo pois resultar de sentença proferida em persecução judicial cível.

A Lei n.º 8.429/92 regulamenta o dispositivo constitucional em seus arts. 5º, 6º, 8º e 12, conceituando como típicas as sanções de perda de bens ou valores, pagamento de multa civil, ressarcimento do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios; e como atípicas, sanção civil prevista em lei específica - declaração de nulidade ou ineficácia do ato, prestação de atividade devida ou cessação de atividade nociva, entre outros.

As sanções são aplicáveis por meio de ação civil promovida pelo Ministério Público ou pela entidade lesada (legitimação concorrente, com inexplicável retrocesso na falta de iniciativa do cidadão), no juízo cível, sem prejuízo de outras sanções civis, administrativas ou criminais.

O sucessor daquele que causar lesão ao patrimônio do Estado ou se enriquecer ilicitamente está sujeito às cominações da Lei Federal 8.429/92, até o limite do valor da herança. Claro que o legislador pretendeu referir-se ao ressarcimento dos danos e ao perdimento de bens, nada mais. A própria Constituição Federal de 1988 dispõe que a obrigação de reparar o dano e a decretação da perda dos bens podem ser estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio recebido.

Embora o legislador constituinte não tenha aludido à perda de bens, mas tão-somente à indisponibilidade, esta foi inserida pelo legislador ordinário no bojo das sanções constantes na Lei n.º 8.429/92. Assim, o agente público ou terceiro que praticar enriquecimento ilícito, perderá os bens ou valores acrescidos a seu patrimônio (art. 6º).

Discute-se, contudo, se há inconstitucionalidade na perda do que foi adquirido ilegalmente pela prática de improbidade. A melhor doutrina entende que não é inconstitucional o referido dispositivo de

lei, tendo em vista que não tem natureza jurídica de sanção e sim de mera devolução do que foi auferido indevidamente, a fim de evitar a dissipação dos bens adquiridos com dinheiro público.

Cumprе ressaltar que a aplicação das sanções independe da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público e da aprovação ou rejeição das contas pelo órgão de controle interno ou pelo Tribunal ou Conselho de Contas, consoante dispõe o art. 21 da referida lei. A ausência de dano não poderia mesmo afastar a imposição das sanções, porque há diversas situações em que o ato de improbidade administrativa se completa mesmo sem qualquer ocorrência de dano ou lesão ao patrimônio público.

Diferentemente do que ocorre em sede de Ação Popular, onde a lesividade constitui requisito essencial e indispensável, na ação civil dirigida contra ato de improbidade administrativa constante nos arts. 9º e 11 da Lei n.º 8.429/92, basta a demonstração da ocorrência de uma das condutas enumeradas nos dispositivos da Lei Federal para a sua caracterização.

Assim, tanto os atos de improbidade que importam em enriquecimento ilícito como os que ferem os princípios administrativos prescindem da verificação de qualquer dano ou lesão patrimonial ao erário. Exceção à regra são os atos lesivos ao erário, art. 10 da lei, onde é imprescindível que haja dano ao patrimônio público.

Importante salientar que o fim maior da Lei n.º 8.429/92 é tutelar a prática da probidade administrativa e da honestidade na gerência dos bens públicos. Então a ocorrência de prejuízo financeiro ou patrimonial não pode ser condição única para a punição do agente público autor de atos de improbidade.

O que se erige mais importante que o dano material é o prejuízo moral. Este sim, é irreparável, uma vez que a pura e simples violação dos critérios e princípios constantes no art. 37, *caput*, da Carta Magna brasileira, por tão grave, tem o condão de abalar toda a estrutura administrativa do país.

O art. 23 da Lei n.º 8.429/92 apresenta prazos prescricionais próprios de improbidade administrativa. Para os agentes exercentes de mandatos, cargos em comissão ou funções de confiança, as sanções da lei prescrevem em cinco anos a partir do término da investidura. O

termo *mandato* alcança todos aqueles que exercem mandatos públicos por eleição, designação ou nomeação (Prefeitos, Vereadores, Deputados, Conselheiros de sociedades de economia mista, membros dos Conselhos Tutelares etc.). Para os agentes públicos, titulares de cargos efetivos ou empregos, o prazo prescricional será o mesmo previsto em lei específica de cada âmbito administrativo ou de cada entidade.

O art. 37, § 5º, da CF ressalva da prescrição a pretensão de ressarcimento dos danos causados ao erário, consagrando a regra da imprescritibilidade do ressarcimento do dano do ato ilícito praticado em detrimento do patrimônio público. Reza o referido dispositivo:

“A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.”

A prescrição não se aplica às penalidades previstas na lei que objetivam a reparação do dano material ou moral (perda dos bens ilicitamente acrescidos, ressarcimento do dano e pagamento de multa civil), a teor do disposto no art. 37, § 5º da CF.

As sanções do art. 12 da Lei Federal n.º 8.429/92 são cumuláveis, não cabendo cogitar de alternatividade, justamente para censurar gravemente a improbidade administrativa.

Na fixação das penas previstas na Lei n.º 8.429/92, deverá o magistrado levar em consideração a gravidade do dano causado pelo ato e o proveito patrimonial obtido pelo agente.

Em suma, analisados os fatos e provas apuradas contra o administrador público, concluindo pela existência de ato de improbidade administrativa, o agente ministerial tem o dever moral e funcional de propor a competente ação civil, visando à aplicação pelo Judiciário de sanções cíveis e/ou penais ao agente público.

11. Conclusão

A “cultura” da improbidade foi fomentada durante anos pela passividade com que a população brasileira assistia aos vergonhosos escândalos envolvendo a corrupção na administração pública, os quais eram justificados como se fosse natural aos agentes públicos a obtenção de vantagens ilícitas, a malversação dos recursos públicos, o

vilipêndio aos princípios administrativos e o total desrespeito aos direitos e garantias individuais e sociais. Por estar tão arraigada à cultura popular do Brasil, a imagem do bom político era aquela do que “rouba mas faz”.

A sobrevivência do Estado Democrático de Direito impõe, necessariamente, a salvaguarda da moralidade e da probidade nos atos administrativos em geral, porque a corrupção na esfera pública acarreta o total descrédito nas instituições do Estado.

A improbidade administrativa produziu efeitos por demais nocivos ao Estado de Direito e à Democracia, abalando o alicerce dos três Poderes e das instituições do país, incorporando valores antiéticos e amorais no ambiente social.

Sem prejuízo de seus destinatários imediatos – promotores de Justiça, procuradores de Estado, advogados e administradores –, esse artigo foi organizado com intuito de ser um instrumento de pesquisa para estudantes de direito e interessados no estudo da ciência jurídica, uma vez que procurou conceituar a jurisdição, a ação e o processo, que constituem tópicos basilares para a compreensão do ordenamento jurídico brasileiro, para, a partir daí, tratar da Instituição do Ministério Público e adentrar no tema proposto, qual seja, a improbidade administrativa.

Um dos seus objetivos foi divulgar o Ministério Público, essa instituição brilhante que sabiamente foi conceituada pelos constituintes de 1988 como “instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”, art. 129 da Constituição Federal

Longe de se limitar ao papel a ele tradicionalmente reservado na persecução criminal, e ao contrário de sustentar interesses individuais ou dos governantes, o Ministério Público está hoje consagrado nacionalmente pelo magnífico trabalho que vem desenvolvendo ao longo dos anos, na defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis, da ordem jurídica e do regime democrático.

Passou, pois, a ser órgão de proteção das liberdades públicas constitucionais, da defesa de direitos indisponíveis e da garantia do contraditório. Os Agentes Ministeriais têm hoje o honroso papel de defender a população, primando pela manutenção do equilíbrio entre

os poderes, pela harmonia na sociedade e pela diminuição das desigualdades sociais.

Estas não são tarefas fáceis, mas o Ministério Público vem, ao longo destes pouco mais de 12 (doze) anos da promulgação da Constituição Federal de 1988, desincumbindo-se do seu mister, sendo considerada hoje a mais forte, proba e equilibrada Instituição do país, sendo hoje visto, pela ótica de alguns, como um quase Poder.

Outrossim, a Improbidade administrativa vem sendo, ao longo dos anos, maior culpada pelo caos institucional e social do Brasil. Por isso, o tema proposto é palpitante e relevantíssimo, posto que se houver uma preocupação maior com a apuração e efetiva punição dos administradores que mal utilizarem as verbas públicas, sem dúvida será dado o primeiro passo para a melhoria de vida do povo brasileiro, e no futuro o Brasil poderá se tornar o país dos sonhos de todos os cidadãos, livre das mazelas que hoje o assolam: altos índices de mortalidade infantil, analfabetismo, desemprego e violência.

Dito isto, conclui-se que, com a elaboração desse trabalho, mais uma semente foi plantada na discussão sobre a Improbidade Administrativa e suas conseqüências maléficas à sociedade brasileira. Mas é apenas o começo, não chegou a hora de festejar, pois há um longo caminho a ser trilhado na luta contra a "*cultura*" da improbidade, e só com a **dedicação, abnegação e muito trabalho** dos operadores do direito serão colhidos, quiçá em horizonte próximo, os frutos desejados.

