

1980-1866

Revista do Curso de
Direito da Faculdade
Campo Limpo Paulista

VOLUME 9 – 2011

COLEÇÃO ACADÊMICA DE DIREITO

VOLUME 58



Faculdade Campo Limpo Paulista – FACCAMP

Prof^a Ms. Patrícia Gentil Passos – **Diretora**

Curso de Direito

Prof. Mauro Cabral dos Santos – **Coordenador**

Conselho Editorial

Prof. Dr. Marcos Abílio Domingues (Editor); Prof. Dr. Luís Antônio Francisco de Souza (Unesp);

Prof. Mauro Cabral dos Santos; Prof. Ms. Robson do Boa Morte Garcez (Mackenzie);

Prof. Ms. Samuel Antonio Merbach de Oliveira

Publicada com o apoio da Fupesp –

Federação dos Funcionários Públicos Municipais do Estado de São Paulo.

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)

Revista do Curso de Direito da Faculdade Campo Limpo Paulista – v. 9 (2011) –
Porto Alegre: IOB 2011 –

v. 16x23cm. – (CADO: Coleção Acadêmica de Direito v. 58)

ISSN 1980-1866

1. Direito. – I. Série.

CDU: 34

CDD: 340

(Bibliotecária responsável: Nádia Tanaka – CRB 10/855)

SÍNTESE: Uma empresa do GRUPO IOB



IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda.

R. Antonio Nagib Ibrahim, 350 – Água Branca

05036-060 – São Paulo – SP

Caixa Postal 60036 – 05033-970

Telefones para Contatos

Cobrança: São Paulo e Grande São Paulo (11) 2188.7900

Demais localidades 0800.7247900

SAC e Suporte Técnico

São Paulo e Grande São Paulo (11) 2188.7900

Demais localidades 0800.7247900

E-mail: sacsintese@sintese.com

Renovação: Grande São Paulo (11) 2188.7900

Demais localidades 0800.7283888

www.sintese.com



**FUPESP – FEDERAÇÃO DOS FUNCIONÁRIOS
PÚBLICOS MUNICIPAIS DO ESTADO DE
SÃO PAULO**

Rua da Quitanda 96 – 2º andar conj. 21 – Centro –

Sé São Paulo / SP CEP: 01012-010

Telefones: (11) 3242-9850 / (11) 3241-1887 / (11) 3242-7595

**REVISTA DO CURSO DE DIREITO DA
FACULDADE CAMPO LIMPO PAULISTA**

Endereço para correspondência:

Rua Guatemala, 167 – Bairro Jardim América

CEP: 13231-230 – Campo Limpo Paulista – SP

Fone: (11) 4812.9400

Internet: www.faccamp.br

E-mail: marcosdomingues@faccamp.br

Edição eletrônica: www.faccamp.br/Graduacao/Direito/paginas/revista.htm

APRESENTAÇÃO

Chegamos a mais uma edição da *Revista do Curso de Direito da Faculdade Campo Limpo Paulista*.

Como nas edições anteriores, o propósito continua sendo a divulgação de ideias e o incentivo à pesquisa, seja dos professores, dos alunos e de colaboradores externos ao Curso de Direito da Faculdade Campo Limpo Paulista.

Nesse caminho, a presente edição contempla textos de Filosofia, Ciência Política e de diversas áreas do Direito, como Civil, Trabalho, Processo e Constitucional.

Esperamos que os esforços até aqui empreendidos nesses nove anos de publicação ininterrupta da Revista sirvam de motivação para outros tantos anos futuros, durante os quais continuemos a compartilhar opiniões e incentivar a divulgação do conhecimento.

Aproveitamos, com a devida vênia, a oportunidade para agradecer a todos os autores que já colaboraram com este periódico e que, de alguma maneira, permitiram e avalizaram este trabalho. Agradecimentos especiais aos integrantes do Conselho Editorial, ao pessoal técnico da Editora que nos acolhe há anos, bem como à parceira Fupesp.

Como mensagem final, que tenhamos a sorte de continuarmos trilhando este caminho na companhia de tantos talentos e amigos.

Prof. Dr. Marcos Abílio Domingues

Editor

SUMÁRIO

1. A INFLUÊNCIA DA FILOSOFIA DE KANT NA TEORIA DA PAZ BOBBIANA Samuel Antonio Merbach de Oliveira	7
2. ALEXIS DE TOCQUEVILLE: DEMOCRACIA, LIBERDADE E IGUALDADE Thais Battibugli	20
3. <i>SPONSALIA</i> : A PROMESSA DE CASAMENTO E O ROMPIMENTO DO NOIVADO Fuad José Daud.....	30
4. A RUPTURA DO CONTRATO DE EMPREGO POR FATO DO PRÍNCIPE Marcos Abílio Domingues.....	39

COLABORAÇÕES EXTERNAS

1. A NECESSÁRIA REVISÃO DA SÚMULA Nº 331 DO TST DIANTE DO NOVO CÓDIGO CIVIL Raimundo Simão de Melo	47
2. CONSIDERAÇÕES SOBRE A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/2010 Gilza Mariane Coutinho Borges	60
3. REQUISITOS À PROTEÇÃO DA INVENÇÃO Paulo Orestes Formigoni	69

COLABORAÇÕES DE ALUNOS

1. FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO Janio Paulo dos Santos	78
2. A FENOMENOLOGIA APLICADA AO DIREITO Olin Hendrick Brambilla	82

NORMAS PARA PUBLICAÇÃO	86
------------------------------	----

FUPESP – UMA FEDERAÇÃO DE DESTAQUE	88
--	----

A INFLUÊNCIA DA FILOSOFIA DE KANT NA TEORIA DA PAZ BOBBIANA

Samuel Antonio Merbach de Oliveira

Doutor em Filosofia pela PUCSP, Doutor em Direito Internacional pela Universidade Autônoma de Assunção, Doutor *Honoris Causa* pela Academia de Letras do Brasil, Mestre em Filosofia pela PUC-Campinas, Mestre em Direito Processual Civil pela PUC-Campinas, Mestre em Direito Internacional pela Universidade Autônoma de Assunção, Especialista em Direito Processual Civil pela PUC-Campinas, Especialista em Direito Material e Processual do Trabalho pelo Centro Universitário Padre Anchieta, Especialista em Direito Penal e Processual Penal pelo Centro Universitário Padre Anchieta, Presidente da Academia de Letras do Brasil – Estado de São Paulo, Presidente *Pro Tempore* da Academia Mundial de Direito Internacional – Amundi e Professor do Curso de Direito da Faculdade Campo Limpo Paulista.

RESUMO: Este artigo tem por objetivo examinar a influência da filosofia de Kant na teoria da paz de Norberto Bobbio.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos humanos; dignidade humana; paz.

SUMÁRIO: Introdução; A paz perpétua; Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

O título da obra de Kant é paradoxal: *A paz perpétua*, visto que duas propostas são apresentadas à humanidade. *A priori*, o fim de todas as guerras por meio de um acordo universal assinado por todas as nações, ou, então, a paz eterna em um enorme cemitério da humanidade, depois de uma guerra de extermínio (Kant, 1989). No século XX, com a invenção das armas nucleares e das armas de destruição em massa, essa visão não parece ser uma simples quimera.

Na realidade, o caráter pessimista de *A paz perpétua* é reflexo da situação dramática enfrentada pelos povos da Europa em 1795, enfraquecidos pelas guerras entre as grandes nações do Velho Continente. Bobbio (2000, p. 254) explica que a guerra citada

era a que recrudescia na Europa de maneira quase ininterrupta, após a Revolução Francesa. Mas já em 1795, uma vez elaborado o Tratado de Basileia entre a Prússia e a França, Kant fizera ouvir a sua voz sobre o problema da paz internacional, que se tinha tornado tremendamente atual (estava-se de fato no início de um dos períodos mais trágicos das guerras europeias), escrevendo, sob a forma curiosa de um tratado internacional, o ensaio sobre a paz perpétua. Também Kant tinha se inspirado em Rosseau, que havia escrito, em 1761, um *Estratto del progetto di pace perpetua dell' abbate di Saint-Pierre*, e, em 1756, um ensaio (publicado porém somente após sua morte, em 1783) intitulado *Jugement sur la paix perpetuelle*. Kant irá retomar depois esse tema num capítulo de *A metafísica dos costumes* intitulado “O direito dos povos”.

A PAZ PERPÉTUA

Para Bobbio, na teoria kantiana da paz perpétua, com base na obra *A metafísica dos costumes* (2008, p. 186-187), ocorrem quatro tópicos principais:

“1. Estados, considerados na sua relação entre si, estão (como selvagens sem lei) por natureza numa condição não jurídica”. Bobbio (2000, p. 254) explica que “os estados, nas suas relações externas, vivem ainda num estado não jurídico (seria melhor dizer num estado jurídico provisório)”.

2. Esta condição não jurídica é uma condição de guerra (do direito do mais forte), mesmo que não seja uma condição de guerra real e ataques reais constantemente realizados (hostilidades). Embora nenhum Estado seja prejudicado por outro nessa condição (na medida em que nenhum dos dois deseja qualquer outra coisa melhor), ainda assim essa condição é em si mesma de qualquer modo danosa no mais alto grau e Estados que são vizinhos estão obrigados a abandoná-la.

No que se refere ao segundo tópico, Bobbio (2000, p. 254) observa que “o estado de natureza é um estado de guerra e, portanto, um estado injusto (da mesma maneira como é injusto o estado de natureza entre os indivíduos)”.

O modelo hobbesiano é a concepção de estado de natureza como estado de guerra permanente, “no qual os homens eram todos iguais no poder de infligir-se reciprocamente o maior dos males: a morte” (Bobbio, 2003, p. 71). O estado de natureza é “um estado de guerra, uma vez que é um estado sem direito, no qual as leis positivas não existem ainda e as leis naturais existem, mas não são eficazes” (Bobbio, 2000, p. 565).

O estado civil é o momento no qual os homens, por meio de um acordo de cada um com todos os outros, “instituem um sistema de leis válidas e eficazes com o objetivo de fazer com que cesse a guerra de todos contra todos, instaurando-se a paz” (Bobbio, 2000, p. 565). Portanto, a instauração de um poder superior, pelo comum acordo dos membros da sociedade, é a condição de coexistência entre si.

“3. Uma liga de nações de acordo com a ideia de um contrato social original é necessária não para que haja intromissão mútua nos desentendimentos intestinos de cada nação, mas para proteção contra ataques externos”. No tocante ao terceiro item, Bobbio (2000, p. 255) entende que,

sendo esse Estado injusto, os Estados têm o dever de sair dele e fundar uma federação de estados, segundo a ideia de um contrato social originário, ou seja, “uma união dos povos por meio da qual eles sejam obrigados a não se intrometer nos problemas internos uns dos outros, mas a proteger-se contra os assaltos de um inimigo externo”.

Quanto à transição à sociedade civil na teoria política de Hobbes, Bobbio entende que as possibilidades de transição, na esfera internacional, do regime jurídico da autotutela para o regime jurídico exclusivamente da heterotutela, ocorrem pelo uso eficaz e regulamentado da força, por meio de um supra-Estado. O supra-Estado seria um Estado mundial que deteria as condições de impor-se pela força, assim como o

Estado moderno na sua esfera de atuação. Esse fenômeno é tido como pacifismo do tipo institucional (Bobbio, 2003, p. 101), pois ocorre por meio de um terceiro entre as partes, que seria mais forte que as partes e não teria a violência como uma opção. Lafer (1982, p. 86-87) explica que o pacifismo institucional tem duas vertentes: o pacifismo jurídico e o pacifismo social.

O pacifismo jurídico identifica na multiplicidade de Estados soberanos, quaisquer que sejam as suas estruturas econômicas e sociais, a especificidade da competição no plano internacional e a causa da guerra. Por isso, busca eliminar a anarquia prevalecente na comunidade internacional através da paz pelo Direito, instrumentada por organizações internacionais que teriam um papel importante na construção consensual de um futuro Estado mundial.

O pacifismo social não se satisfaz com esta proposta contratualista, mais de natureza formal, de passagem do estado anárquico de natureza para a construção de um Estado mundial. Entende, na sua vertente marxista, que a guerra é essencialmente o produto da opressão interna de classes e da expansão externa do imperialismo. Por isso, advoga a tese da paz através da revolução social, que, ao transformar as bases sociais do capitalismo, destruiria um certo tipo de Estado, o que levaria – no entender dos adeptos desta vertente –, por meio de um salto qualitativo, a novas formas de convivência, também no plano internacional, baseadas na liberdade e no interesse comum. Independentemente da aceitação ou da recusa da versão da ortodoxia marxista, cabe dizer que há, no pacifismo social, uma preocupação com o concreto da desigualdade em escala planetária, que merece ser realçada, posto que, no mundo contemporâneo, esta dimensão da injustiça é um dos fatores da tensão difusa que permeia o sistema internacional.

Squella (2005, p. 222-223) observa que Bobbio emprega Hobbes para a consecução da paz a nível interno de cada Estado:

Assim como os homens renunciaram num dado momento ao uso individual da força, atribuindo o monopólio do seu uso ao Estado, os atuais Estados devem agora dar um passo similar, isto é, devem fazer convergir seu poder em um órgão novo, distinto e supremo ao qual se atribua também o monopólio do uso da força nas relações entre Estados.

4. Esta aliança deve, entretanto, não envolver nenhuma autoridade soberana (como numa constituição civil), porém somente essa associação (federação); tem que ser uma aliança que possa ser dissolvida a qualquer momento e, assim, precisa ser renovada de tempos a tempos. Trata-se de um direito *in subsidium* de um outro direito original, a fim de evitar o envolvimento num estado de guerra real entre os outros membros (*foedus Amphictyonum*).

No que se refere ao quarto tópico, Bobbio (2000, p. 255) explica que

essa federação não institui um poder soberano, ou seja, não dá origem a um Estado acima dos outros estados, ou super-Estado, mas assume a figura de uma associação, na qual os componentes permanecem num nível de colaboração entre iguais (*societas aequalium*), como se dos dois contratos que, segundo a

doutrina tradicional do jusnaturalismo, eram necessários para a formação do Estado, o *pactum societatis* e o *pactum subiectionis*, tivesse que ser efetivado, para resolver os conflitos entre os estados, somente o primeiro e de forma alguma o segundo.

Bobbio, na obra *El tercero ausente* (1989), explica sobre as condições necessárias a fim de que a paz não tenha a guerra como alternativa, mediante um terceiro potente, mas não despótico, que esteja acima das partes do conflito e ao mesmo tempo com procedimentos que o legitimem democraticamente, para resolver os conflitos sem que para isto tenha como alternativa a violência.

Bobbio (2003, p. 144) entende a paz de duas maneiras distintas: a paz interna, “estar em paz consigo mesmo”, e a paz externa, como aquela que põe fim ao tipo particular de conflito que é a guerra: “Esse é o sentido predominante, não só na linguagem literária, filosófica e jurídica, como também na linguagem comum, em que paz é usada geralmente como oposto de guerra, e não, genericamente, de conflito, e muito menos de violência”. Este é um conceito negativo de paz. Para Bobbio (2003, p. 144), a paz em sentido positivo significa “um estado positivo, previsto e regulado pelo direito internacional, um estado que vem a ser determinado em seguida a um acordo com o qual dois Estados cessam as hostilidades e regulam suas relações futuras”. Contudo, entre a paz e a guerra existe uma zona intermediária que pode ser uma trégua ou um armistício: “Que não é guerra nem paz, ou não é mais guerra mas ainda não é paz” (Bobbio, 2003, p. 144).

O estado de natureza é análogo, para Bobbio, com o equilíbrio do terror, ou melhor, o Estado de trégua em que os Estados não atacam um ao outro pelo alto potencial destrutivo de um sobre o outro. A guerra tornou-se improvável justamente pelo fato de ser ainda, apesar de sua terribilidade, material e moralmente possível.

Nesse contexto, Bobbio (2003, p. 68) explica que “o que impediu os grandes Estados modernos de lançarem-se uns contra os outros nunca foi a força dos armamentos, mas o equilíbrio das respectivas forças, o hobbesiano temor recíproco”.

Bobbio, ao referir-se ao pacifismo, fundamenta sua teoria na filosofia de Hobbes, sobretudo na relação entre o estado moderno e as condições para a paz perpétua. Bobbio (2003, p. 156) entende como pacifismo “toda teoria (e o movimento correspondente) que considera uma paz duradoura, ou, simplesmente para usar a expressão de Kant, perpétua e universal, como bem altamente desejável, tão desejável que qualquer esforço para atingi-la é considerado digno de ser perseguido”.

Dessa forma, Bobbio (2003, p. 16) apresenta a construção da paz no sentido kantiano, não como a forma da paz após a Segunda Guerra:

A paz foi, como se disse, a consequência do fim do equilíbrio, vale dizer, da produção de um desequilíbrio de forças tão grande a ponto de tornar supérfluo o uso efetivo da força ameaçada. Bastou a ameaça da força. A ruptura do equilíbrio em favor de uma das partes tornou inútil a intervenção externa do Terceiro acima das partes que representa o poder comum. Naturalmente, uma solução pacífica obtida com o fim de um equilíbrio, por intimidação, não pode dar lugar à “paz

concordada”, ou consensual, mas corre o risco de levar a outro tipo bem conhecido de paz, que é predominante na história da humanidade, a “paz de império”, ou paz não consentida ou imposta, mantida por uma potência hegemônica, como foram a *pax romana*, a *pax* do Sacro Império Romano, a *pax britânica* [...].

Para se chegar a essa federação de estados, que deveria limitar-se a uma confederação, não chegando a ser um Estado federal, Kant, na obra *A paz perpétua*, fundamenta-se em seis artigos preliminares que estabelecem os requisitos necessários para que se extingam as principais razões de guerra entre os Estados, e três artigos definitivos, nos quais mostram-se os requisitos fundamentais para que se estabeleça uma paz duradoura. Nos artigos preliminares, sobressaem medidas que têm a finalidade de evitar futuros litígios e não promover diretamente a paz. Saldanha e Andrade (2008, p. 61-62) explicam que:

Kant aponta outros pressupostos que evitariam o conflito, tal qual a crítica feita à concepção patrimonialista do Estado, onde dá ao Estado uma característica de pessoa moral (pessoa jurídica) que não pode ser objeto do direito internacional, e sim sujeito deste; critica também: a manutenção de exércitos permanentes, pois o Estado que se arma incita que outros Estados se armem tendo em vista a sua proteção individual, gerando um processo infinito; o crédito da guerra; o intervencionismo violento e a utilização de procedimentos de guerra desumanos e outras práticas inadmissíveis que tornariam a confiança recíproca impossível, tendo como base a ideia de que mesmo a situação extrema que a guerra impõe exige a observação de certas regras de direito, pois até mesmo a guerra deve “condizer com uma intenção pacífica geral”.

Os artigos preliminares assim se expressam:

1. Não deve considerar-se como válido nenhum tratado de paz que se tenha feito com a reserva de elementos para uma guerra futura.

Bobbio (2000, p. 255-256) explica que:

Kant observa que a reserva de antigas pretensões pode ser válida no futuro, para ser usada com intenção malévola na primeira oportunidade favorável, faz parte da causística jesuítica e é indigna para Kant. Pode-se acrescentar que, para Kant, um tratado de paz não deve conter nem o pedido de ressarcimento das despesas de guerra, porque, nesse caso, o Estado vencedor se arvoraria em juiz em causa própria, nem retirar dos súditos do país conquistado a liberdade, pois esse é um direito natural dos indivíduos e dos povos.

A reserva de pretensões pode abrir espaço para novas guerras, servindo o tratado somente para a suspensão temporária do estado de guerra, ou seja, haveria um lapso temporal entre as guerras com possibilidade de guerras futuras.

2. Nenhum Estado independente (grande ou pequeno, aqui tanto faz) poderá ser adquirido por outro mediante herança, troca, compra ou doação.

No que se refere ao segundo artigo, Kant combate a teoria do Estado patrimonial, que estabelece que o território do Estado é tido como propriedade do príncipe, que pode dispor dele (segundo um ato entre vivos ou *mortis causa*), como um *dominus* dispõe

da própria posse. Bobbio (2000, p. 256) observa: “À concepção do Estado patrimonial Kant opõe que o Estado é uma pessoa moral, e de uma pessoa moral, por analogia com a pessoa física, não se pode dispor como se fosse uma coisa”.

Para Kant, o Estado não deve ser adquirido por outro Estado por meio de herança, troca e doação, pois não é uma propriedade particular e, por conseguinte, não deve ser usado para fins econômicos de outros Estados.

3. Os exércitos permanentes (*Miles perpetuus*) devem, com o tempo, desaparecer totalmente.

O caminho da paz se relaciona com o problema do desarmamento. Para Bobbio (2000, p. 256), Kant é favorável à extinção de exércitos permanentes, por razões de ordem utilitária e moral:

Entre as primeiras deve ser considerada a despesa excessiva com sua manutenção, despesa que às vezes pode induzir o Estado à guerra agressiva somente para livrar-se do peso, que se tornou insuportável. A razão moral é que o soldado de um exército permanente acaba se tornando um mero instrumento de fins iníquos e, portanto, acaba sendo degradado na sua própria dignidade pessoal.

Os exércitos permanentes constituem um óbice para a paz, pois incentiva os Estados a se armarem cada vez mais numa incessante corrida armamentista. Entretanto, Kant não pretende deixar os Estados completamente desprotegidos. Salgado (2008, p. 142) explica que:

Aqui não se pode falar ainda em uma paz plena que dê tranquilidade suficiente aos Estados para prescindirem de seus soldados. Não há, ainda, uma situação na qual as hostilidades tenham chegado ao fim. As agressões externas estão sempre presentes, mesmo que somente como possibilidade. Com isso, a exigência de extinção de exércitos permanentes deixaria os Estados vulneráveis. A solução, apontada por Kant, estaria nos exércitos periódicos formados por cidadãos dispostos a garantirem a sua segurança e a segurança do Estado.

4. Não se devem emitir dívidas públicas em relação com os assuntos de política exterior.

O quarto artigo se refere ao sistema de dívidas públicas, iniciado na Inglaterra por Guilherme III, que visa a evitar “o perigo implícito no aumento indefinido da dívida pública, que leva o Estado a possuir uma perigosa força financeira, ameaça perpétua, direta ou indireta de guerra” (Bobbio, 2000, p. 257). Isso porque a dívida externa faz com que alguns Estados venham a preponderar sobre outros.

5. Nenhum Estado deve imiscuir-se pela força na constituição e no governo de outro Estado.

O quinto artigo trata do princípio da não intervenção nos assuntos internos ou externos de outro Estado, exceto se isso for convencionado em um tratado que os vincule. Para Bobbio (2000, p. 257), na teoria de Kant existe um caso em que se admite o direito de intervenção, “e é aquele no qual um Estado foi dilacerado por uma guerra

civil; mas, nesse caso, ele comenta que a situação que se criou foi de anarquia, não é mais um Estado; pelo contrário, é a ausência de qualquer forma de Estado”. Dessa maneira, não deve ocorrer a intromissão de agentes externos na constituição e no governo do Estado, exceto no caso de anarquia, quando o Estado interventor somente deve colaborar para o restabelecimento da ordem.

6. Nenhum Estado em guerra com outro deve permitir tais hostilidades que tornem impossível a confiança mútua na paz futura como, por exemplo, o emprego no outro Estado de assassinos (percussores), envenenadores (*venefici*), a rotura de capitulação, a instigação à traição (*perduellio*), etc.

Entre os atos não permitidos, Kant observa o emprego de assassinos, envenenadores, espiões, ruptura de uma capitulação, instigação à traição, e apresenta razões utilitárias e morais. Bobbio (2000, p. 257-258) explica que:

Entre as primeiras lembra que essas artes “infernais”, introduzidas no estado de guerra, dificilmente poderão ser abolidas no estado de paz e acabam envenenando perpetuamente as relações entre os estados. Moralmente, tais atos são reprováveis porque, como é evidente no caso de espiões, a falta de sentido de honra de certas pessoas é explorada para fins públicos. Pode ser acrescentado que o uso de meios desonestos transformaria qualquer guerra em guerra de extermínio (*Bellum Internecinum*), que é uma forma ilícita de guerra. Kant considera ilícita a guerra de punição, porque a punição é possível somente entre um superior e um inferior, uma vez que todos os Estados são iguais entre si; e a guerra de conquista, porque a liberdade de um povo tem como efeito o aniquilamento moral do Estado. A guerra justa é somente a que um Estado empreende para se defender de um inimigo injusto. E quem é o inimigo injusto? É aquele, responde Kant, “cuja vontade publicamente manifesta trai uma máxima que, se elevada à condição de regra universal, impossibilitaria qualquer estado de paz entre os povos e perpetuaria o estado de natureza”. Mas também a guerra justa torna-se injusta se são usados os meios desonestos aqui condenados.

Na segunda parte da obra, Kant observa os artigos definitivos, conforme explica Salgado (2008, p. 144):

Os artigos definitivos, por outro lado, tratam de três principais passos que a humanidade deve dar para a concretização da paz perpétua. Segundo Kant, a enumeração desses passos tem como pressuposto a consideração de que todos podem se relacionar e se influenciar mutuamente, o que implica a participação de todos como condição indispensável para a realização da paz. Os artigos definitivos se referem a três níveis diversos de organização: a estatal, a interestatal e a cosmopolita.

Por sua vez, os artigos definitivos são:

1. A Constituição civil em cada Estado deve ser republicana.

Para Kant, a melhor forma de governo é a republicana, tanto no que se refere às relações entre o Estado e os cidadãos, quanto entre as relações entre os Estados. A forma republicana garante, melhor do que qualquer outra, internamente, a liberdade e,

externamente, a paz: logo, é o principal requisito da coexistência pacífica na liberdade ou livre na paz, que constitui o ideal moral da espécie humana.

Kant (1970, p. 129-130) explica o motivo de a república ser condição de paz:

Se (como não pode ser de outro modo nesta constituição) se exige o consentimento dos cidadãos para decidir “se deve ou não haver guerra”, então, nada é mais natural do que deliberar muito em começarem um jogo tão maligno, pois têm de decidir para si próprios todos os sofrimentos da guerra [...].

Pelo contrário, numa constituição em que o súdito não é cidadão, que, por conseguinte, não é a coisa mais simples do mundo, porque o chefe do Estado não é um membro do Estado, mas seu proprietário [...], e pode, portanto, decidir a guerra como uma espécie de jogo por causas insignificantes e confiar indiferentemente a justificação da mesma por causa do decoro ao sempre pronto corpo diplomático.

Para Bobbio, esse entendimento kantiano é comum a todo pacifismo democrático que obteve mais adeptos no próximo século com base que a causa principal das guerras é o arbítrio do príncipe, e, por conseguinte, o problema da paz pode ser resolvido apenas com a transformação dos Estados absolutos em Estados com soberania popular. No tocante a essa ideia de paz mediante a mudança de regime político, Bobbio (2000, p. 259) explica que

isso pode ser demonstrado em outro trecho, que não se encontra em *A paz perpétua*, mas no ensaio que mantém sobre o progresso, e onde se afirma que uma sociedade civil organizada segundo uma constituição “em harmonia com os direitos naturais dos homens, ou seja, aqueles que obedecem à lei devem também, reunidos, legislar”, ou seja, em conformidade com a constituição republicana, é aquela que “se qualifica como a melhor para os fins de afastar a guerra que tudo destrói [...].

Ainda, no que se refere à constituição republicana, no opúsculo *Ideia de uma história universal com um propósito cosmopolita* (1970, p. 33), Kant explica que:

Pode considerar-se a história humana no seu conjunto como a execução de um plano oculto da Natureza, a fim de levar a cabo uma constituição estatal interiormente perfeita e, com este fim, também perfeita externamente, como o único estado em que aquela pode desenvolver externamente, como o único estado em que aquela pode desenvolver integralmente todas as suas disposições na humanidade.

Kant identifica, na história da humanidade, a realização de um plano oculto da natureza para estabelecer uma constituição política perfeita internamente – e para este propósito também externamente – como sendo o único Estado no qual todas as capacidades naturais da humanidade podem ser plenamente desenvolvidas.

Salgado (2008, p. 144) entende que:

Kant aponta o modo de governo republicano como ideal, único em conformidade plena com a ideia de contrato originário e capaz de garantir a liberdade de seus cidadãos. A liberdade é o fundamento e também o fim do Estado e encontra-se garantida na república. O Estado republicano tem cidadãos, não súditos, que se submetem à vontade do governante.

Em sentido contrário ao governo republicano, o Estado despótico tem maior chance de provocar a guerra por ter a característica de dominar outras nações e, ainda, porque o déspota não pondera razoavelmente sobre o fato, pois são seus súditos que tomam os prejuízos da guerra. Salgado (2008, p. 145) explica que:

A atitude do déspota em favor da guerra é absolutamente reprovável e vai de encontro ao ponto central de toda a doutrina kantiana: o reconhecimento da dignidade e o consequente tratamento de todos como fins e nunca como meios. O Estado despótico, ao empreender um feito desta monta sem ouvir seus súditos, toma-os como meros instrumentos para atender aos seus interesses.

Diante das frequentes relações entre os Estados, tem-se a possibilidade de surgirem conflitos. Assim, é importante criar uma Constituição.

2. O direito das gentes deve fundar-se numa federação de estados livres.

Na filosofia kantiana, a república é um requisito importante, mas não absoluto para a paz perpétua, pois as repúblicas devem, por meio de uma constituição civil, criar uma federação que assegure o direito de todos os membros:

Essa federação deve distinguir, por um lado, de um super-Estado que, como já dissemos, contradiz o princípio da igualdade dos Estados, mas, por outro, de um puro e simples tratado de paz, porque este se propõe a pôr fim a uma guerra, enquanto aquele se propõe a pôr termo a todas as guerras, e para sempre. (Bobbio, 2000, p. 261)

De fato, nenhum Estado, ao adentrar a federação, terá sua soberania reduzida, pois as relações estatais seriam reguladas em um Congresso que se imporá como autoridade diante dos dissidentes. Salgado (2008, p. 146) observa que: “Frente a esta liga, todos assumem o compromisso de não causar lesões mútuas, além de prestar auxílio de proteção dos demais membros contra agressões externas”.

Na obra *A paz perpétua*, Kant propôs um modelo de federalismo mundial no qual as coletividades estatais deveriam pactuar o término dos conflitos, em sentido análogo ao que faziam os indivíduos se unirem contratualmente para a constituição da sociedade civil. Saldanha e Andrade (2008, p. 81-82) explicam que:

Kant assemelha as relações entre Estados a relações dos homens no estado da natureza, onde não vigora a justiça pública, com escopo de sair dessa situação de guerra latente, o filósofo propõe uma solução semelhante ao contrato social: o estabelecimento de uma federação de nações. Contudo, a instituição de uma federação acaba por ser algo mais complicado, na medida em que um poder supremo de um Estado sobre os demais não garantirá a independência de cada um deles. Afinal, se houvesse tal poder supremo mundial, certamente haveria

uma tirania universal, exercida pelo país mais forte, que dominaria completamente os demais. Assim, a associação, como proposta por Kant, pode dar fim a um estado de guerra, desde que seja uma associação de Estados livres, onde as particularidades e o poder de cada Estado fossem respeitados.

A federação proposta por Kant não se refere ao modelo federativo de um Estado nacional, e sim a um pacto federativo entre os diversos Estados nacionais que mantêm sua soberania permanecendo associados pelo objetivo comum de manutenção da paz. O fato de Kant não concordar com a existência de um governo mundial baseava-se no fundamento de que um Estado unitário mundial pudesse levar o despotismo para todos os povos. Para se evitar a anarquia e o despotismo, em prol da paz e da liberdade, conforme Bobbio (1992, p. 1) explica, é que Kant elaborou um projeto republicano e federalista de paz perpétua:

A paz, por sua vez, é o pressuposto necessário para o reconhecimento e a efetiva proteção dos direitos do homem em cada Estado e no sistema internacional. Ao mesmo tempo, o processo de democratização do sistema internacional, que é o caminho necessário para a busca do ideal da “paz perpétua”, no sentido kantiano da expressão, ao poder avançar sem uma gradativa ampliação do reconhecimento e da proteção dos direitos do homem, acima de cada Estado.

Nesse contexto, para a solução pacífica dos conflitos, Bobbio (1997, p. 161) defende “a presença de um Terceiro acima das partes, em condições não apenas de julgar quem tem razão, mas também de fazer observar em última instância a própria decisão”.

3. O direito cosmopolita deve limitar-se às condições da hospitalidade universal.

O direito cosmopolita é apresentado neste artigo como a terceira condição positiva para a paz. Kant, na obra *A metafísica dos costumes* (2008, p. 194), estabelece acerca do direito cosmopolita: “Esse direito, uma vez que tem a ver com a possível união de todas as nações com vistas a certas leis universais para o possível comércio entre elas, pode ser chamado de direito cosmopolita (*jus cosmopolitanum*)”.

Na obra *A paz perpétua*, Kant (1970, p. 140) afirma que:

Ora, como se avançou tanto no estabelecimento de uma comunidade (mais ou menos estreita) entre os povos da terra que a violação do direito num lugar da Terra se sente em todos os outros, a ideia de um direito cosmopolita não é nenhuma representação fantástica e extravagante do direito, mas um complemento necessário de código não escrito, tanto do direito político como do direito das gentes, num direito público da humanidade em geral e, assim, um complemento da paz perpétua, em cuja contínua aproximação é possível encontrar-se só sob esta condição.

O direito cosmopolita ultrapassa as comunidades nacionais, pois suas normas têm alcance internacional. Em qualquer lugar da terra reage-se de forma idêntica à violação do direito cosmopolita, sendo este direito um complemento necessário do código não escrito, tanto do direito civil, como do direito das gentes, em vista do direito público dos homens em geral. Salgado (2008, p. 17) observa que: “O elo entre os povos se faz

necessariamente e é sobremaneira forte de modo que o mal sentido por um deles, em qualquer lugar, afeta todos os demais”.

Este artigo traz uma dificuldade de interpretação, uma vez que existem duas correntes que tratam da hospitalidade universal. A primeira entende que se trata de um direito de visita que todo estrangeiro deveria ter, enquanto que a segunda defende que há uma restrição ao direito de visita em virtude de reafirmar a soberania estatal assegurando-lhe o controle no tocante à ocupação estrangeira. Por sua vez, Bobbio (2000, p. 261) salienta que a máxima fundamental do direito cosmopolita kantiano

é que um estrangeiro que vai para o território de um outro Estado não deve ser tratado com hostilidade até o momento em que cometa atos hostis contra o Estado que está hospedado. Kant justifica essa máxima com o direito que cabe a todos os homens entrar em sociedade com os seus semelhantes, em virtude da posse comum originária de toda a superfície da Terra.

Para Kant, a paz perpétua somente poderá ser atingida na medida em que o direito cosmopolita seja respeitado pelos povos. Nour (2004, p. 56) entende o “direito de visita” como

o direito do cidadão da terra de tentar a comunidade com todos e, para esse fim visitar todos os lugares da terra, bem como o ‘direito à hospitalidade’, ou seja, o direito de, nessa tentativa de se relacionar com o outro, não ser tratado pelo estrangeiro como inimigo.

O conceito de direito cosmopolita, no pensamento kantiano, se desenvolve a partir de uma comunidade geral, pacífica, de todos os povos da terra, conforme Bobbio (1992, p. 138) explica:

Nessa relação de reciprocidade entre o direito de visita do cidadão estrangeiro e o dever de hospitalidade do Estado visitado, Kant tinha originariamente prefigurado o direito de todo homem a ser cidadão não só de seu próprio Estado, mas do mundo inteiro; além disso, havia representado toda a Terra como uma potencial cidade do mundo, precisamente uma cosmópolis.

Para Bobbio, o direito cosmopolita, mediante a evolução histórica e a razão, normatizaria sob fundamentos éticos, ou seja, as normas seriam consideradas como uma forma de direito moral, pois não se identificaria com normas positivadas, pois se imporia pela força da sua própria racionalidade por se constituírem em uma categoria universal serviria para a determinação de valores livremente aceitos por todos os homens, independentemente de cultura, etnia ou religião, encontrando-se na filosofia kantiana uma fundamentação moral dos direitos do homem.

Bobbio (2000, p. 262) salienta que Kant acrescentou, na segunda edição do ensaio (1796), um artigo secreto: “As máximas dos filósofos sobre as condições que possibilitam a paz pública devem ser tomadas em consideração pelos estados armados para a guerra”.

Bobbio (2000, p. 263) explica:

Que os estados se empenhem em ouvir as máximas dos filósofos demonstra que, para Kant, a razão humana, da qual os filósofos são a mais alta expressão, está acima da potência do Estado, e não pode ser por ele nem apagada nem limitada. Mas significa dizer uma outra coisa: que os filósofos (nós diríamos hoje, de maneira mais geral, os homens de cultura, os intelectuais) têm algo a dizer aos poderosos, que detêm nas mãos os destinos dos homens. Não são visionários fora do tempo, nem áridos repetidores de coisas mortas; mas estão, devem estar, perto dos poderosos para adestrá-los. Felizes os Estados onde a cultura é livre (ou seja, não dominada), é respeitada (ou seja, não usada para fins baixos de propaganda). Kant não tem ilusão alguma de que os políticos se tornem filósofos, nem tem a pretensão (este sim, seria um sonho de visionários) de que os filósofos criem políticos. Pede, por um lado, que os políticos formem os políticos e deixem aos filósofos a liberdade de formar os filósofos. Pede, por outro lado, aos filósofos não se fecharem na torre de marfim, mas dirigirem-se aos políticos com os seus ensinamentos derivados de uma crítica desapaixonada da razão.

Desse modo, Kant entende que os políticos, para conduzir os assuntos estatais, devem seguir as máximas dos filósofos e submeter suas políticas aos princípios do direito.

CONCLUSÃO

Diante da reflexão sobre o opúsculo *A paz perpétua*, pode-se destacar que o direito internacional somente pode se fortalecer mediante a organização dos Estados, tanto no âmbito regional quanto mundial, isto é, a paz, eticamente necessária, está diretamente ligada à organização dos Estados em uma Federação.

Por fim, a paz perpétua somente será alcançada no mundo por meio da pluralidade e da tolerância obtidas pela composição federalista e pelo desenvolvimento e expansão do regime democrático e do Estado de Direito em todas as Nações.

REFERÊNCIAS

- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 11. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- _____. *Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant*. Trad. Alfredo Fait. 3. ed. São Paulo: Mandarim, 2000.
- _____. *El tercero ausente*. Madrid: Cátedra, 1989.
- _____. *Elogio da serenidade e outros escritos morais*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Unesp, 2002.
- _____. *Locke e o direito natural*. Trad. Sérgio Bath e Janete Melasso Garcia (expressões latinas). Rev. Dourimar Nunes de Moura. 2. ed. Brasília: UnB, 1997.
- _____. *O problema da guerra e as vias da paz*. Trad. Álvaro Lorenzini. São Paulo: Unesp, 2003.
- _____. *O tempo da memória*. Trad. Daniela Versiani. Prefácio de Celso Lafer. 5. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1997.

- _____. *Thomas Hobbes*. Trad. Carlos Néelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1991.
- BOBBIO, Norberto; MATTECCCI, Nicola; PASQUALINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Trad. Carmen C. Varrialle, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cacaís e Renzo Dini. Coord. Trad. João Ferreira. Rev. João Ferreira e Luís Guerreiro Pinto Cacaís. 5. ed. Brasília/São Paulo: UnB/Imprensa Oficial do Estado, v. 1 e 2, 2000.
- KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. Trad. Edson Bini. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2008.
- _____. *A paz perpétua e outros opúsculos*. Lisboa: Edições 70.
- _____. *La paz perpetua*. Presentación Antonio Truyol y Serra. Trad. Joaquín Abellán. Madrid: Tecnos, 1989.
- _____. *Sobre la paz perpetua*. Presentación de Antonio Truyol y Serra. Trad. Joaquín Abellán. Madrid: Tecnos, 2008.
- LAFER, Celso. *A internacionalização dos direitos humanos: constituição, racismo e relações internacionais*. Barueri: Manole, 2005.
- _____. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.
- _____. *Paradoxos e possibilidades: estudos sobre a ordem mundial e sobre a política exterior do Brasil num sistema internacional em transformação*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1982.
- NOUR, Soraya. *À paz perpétua de Kant: filosofia do direito internacional e das relações internacionais*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- SALDANHA, Eduardo; ANDRADE, Melanie Merlin de. *Immanuel Kant: idealismo e a carta da ONU*. Curitiba: Juruá, 2008.
- SALGADO, Karine. *A paz perpétua de Kant – Atualidade e efetivação*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.
- SQUELLA, Agustín. *Norberto Bobbio: un hombre fiero y justo*. México/DF: Fondo de Cultura Económica, 2005.

ALEXIS DE TOCQUEVILLE: DEMOCRACIA, LIBERDADE E IGUALDADE*

Thaís Battibugli**

Bacharel em História (Unicamp), Mestre em História Social (USP),
Doutora em Ciência Política (USP), Docente da Faculdade de Paulínia
(FACP) e da Faculdade Campo Limpo Paulista (FACCAMP).

RESUMO: O objetivo deste artigo é compreender o pensamento político do francês Alexis de Tocqueville (1805-1859) em relação à temática da democracia, da liberdade e da igualdade, para identificar suas soluções para os “desvios”, os pontos negativos do então nascente sistema democrático.

PALAVRAS-CHAVE: Política; democracia; liberdade; igualdade.

SUMÁRIO: Introdução; I – O que o antigo regime poderia ensinar para o nascente sistema democrático do século XIX; II – Por que o retorno à sociedade aristocrática francesa era impossível e talvez indesejável? Que fazer?; III – Igualdade e liberdade no sistema democrático; IV – A religião e o Judiciário como corretivos aos defeitos da democracia; V – O papel do Estado no sistema democrático; Considerações finais; Referências.

INTRODUÇÃO

Alexis de Tocqueville (1805-1859) é autor que desperta a atenção, pois, apesar da linhagem e profissão aristocrática, reconhecia a irreversibilidade das mudanças sociais que culminaram na Revolução Francesa (1789) e a impossibilidade da continuação do estilo de vida e da estrutura social aristocrática do antigo regime francês.

Certamente Tocqueville não era saudosista do regime feudal. Sua análise visava a diagnosticar com precisão os pontos positivos e negativos da nova estrutura social francesa e americana para propor soluções baseadas nas qualidades do antigo regime. Desse modo, não queria a volta ao passado, mas uma conjugação entre o melhor do passado e do presente.

Salta aos olhos o refinamento analítico do autor ao construir análise das mudanças e permanências ao longo do processo histórico, de modo a mostrar ao leitor as grandes transformações nas estruturas sociais do período, sempre atento às especificidades de cada sociedade sobre a qual se debruçava, seja a França, a Inglaterra ou a América.

O objetivo deste trabalho é compreender o pensamento político de Tocqueville em relação à temática da democracia, da liberdade e da igualdade, para identificar as soluções apontadas para os “desvios”, os pontos negativos do então nascente sistema democrático.

* Este texto é resultado de pesquisa da tese de doutorado publicada: BATTIBUGLI, Thaís. *Polícia, democracia e política em São Paulo (1946-1964)*. São Paulo: Humanitas/Fapesp, 2010.

** E-mail: tbattibugli@yahoo.com.

I – O QUE O ANTIGO REGIME PODERIA ENSINAR PARA O NASCENTE SISTEMA DEMOCRÁTICO DO SÉCULO XIX

Cabe notar que, para Tocqueville, o antigo regime estruturado no sistema feudal estava praticamente condenado a desaparecer já havia algumas décadas antes da Revolução de 1789. A França já não vivia sob o regime feudal, estava em curso processo de transformação de hábitos e costumes com forte apego ao progresso material, ao dinheiro e ao bem-estar, com mudanças na estrutura agrária e com desenvolvimento industrial e comercial alavancado pelo reinado centralizador de Luís XVI (Tocqueville, 1982, p. 163-168).

Dessa forma, para Tocqueville, pode-se dizer que o processo revolucionário de derrubada das instituições feudais iniciou-se décadas antes de 1789 e se estendeu por várias décadas. Tal processo fora responsável por acelerar o quadro de transformações sociais (Tocqueville, 1982, p. 71-72/163-168).

A revolução teria desencadeado transformações que deixaram para trás muitas das características positivas e negativas do sistema, algo ruim para Tocqueville, pois, para ele, não haveria como estabelecer um marco zero na história e iniciar toda a estrutura social sob bases inteiramente novas (Tocqueville, 1982, p. 43/93). Tal tentativa teria como resultado a criação de problemas que poderiam ser superados caso se olhasse para o passado (antigo regime) para aprender com ele e não para apenas desprezá-lo.

A Revolução Francesa teria tido duas fases: a primeira de destruição das instituições da Idade Média e a segunda de retomada de algumas delas, como a centralização administrativa, a justiça administrativa e a estabilidade dos funcionários (Tocqueville, 1982, p. 44/77/89). Mas haveria ainda outra característica mais importante a ser retomada: a liberdade. Para o autor, o modo de vida aristocrático preservava a liberdade das pessoas serem diferentes, desiguais, de tal modo que havia liberdade de filosofar contra o regime e a igreja sem perigo de coação estatal (Tocqueville, 1982, p. 143/145).

Além disso, o antigo regime, por meio do direito feudal, permitia aos moradores das cidades se envolverem e discutirem assuntos políticos, interesses comuns. Desse modo, haveria efetivo interesse das pessoas em zelar pela esfera pública, segundo Tocqueville (1982, p. 111/116).

A liberdade de ser desigual, como Tocqueville não esconde, implicitamente naturalizava, legitimava os abismos sociais entre as classes, ou os antigos estados: aristocracia, clero e povo. Diferenças mantidas a custa de privilégios, fazendo com que o povo se sentisse ameaçado em sua fortuna, orgulho, bem-estar, por alguma lei do antigo regime (Tocqueville, 1982, p. 145).

Entretanto, o autor chega a afirmar que a liberdade no antigo regime era maior do que a implantada após a revolução. Apesar de aquela ser irregular, com limites de classes e com exceções, não havia servilismo e dependência (Tocqueville, 1982, p. 128).

A manutenção de caros privilégios aliada à intensificação das discussões políticas entre homens de letras e multidão, a falta de reformas para dar maior participação política ao terceiro estado, o ódio entre as classes e o momento histórico propício

conduziram a França à revolução para abolir os pesados resquícios medievais ainda existentes, como as elevadas taxações sobre os camponeses e a não aplicação da lei a grupos sociais privilegiados (Tocqueville, 1982, p. 75-76/117/150).

Assim, a principal falha das elites do antigo regime foi não terem tido clareza da necessidade de reformas políticas e sociais para a sua própria sobrevivência, mas sim não abrirem mão de nenhum privilégio para perder todos mais além. Dessa forma, a revolução poderia ter sido evitada, mas foi necessária, porque pacificamente não teria sido possível naquele momento histórico (Tocqueville, 1982, p. 146-147/156; Quirino, 1991, p. 158).

Para melhor compreender por que Tocqueville salienta ser a perda da liberdade o grande perigo do regime democrático, é preciso distinguir dois pontos de sua análise: o primeiro se refere ao tipo de estado que se consolidou na França após 1789; já o segundo se refere à sua visão de longo termo sobre as consequências sociais produzidas pela democracia.

Quanto ao primeiro ponto, a democracia advinda após a revolução teria herdado como característica do final do antigo regime a centralização. Nesse período, o Estado monárquico teria ocupado os espaços deixados na sociedade pela falta de ação política da aristocracia, que teria trocado o poder político pelo brilho das Cortes (Tocqueville, 1982, p. 76). Já o Estado Democrático instaurado após a revolução teria sido centralizador ao ocupar também espaços políticos vazios, agora deixados pela população.

Assim, o autor ensina que, no Estado centralizador, os grupos sociais nunca devem deixar de lado a ação política, sob pena de perder sua liberdade de ação para um governo que pode se transformar em um déspota. Portanto, “o preço da liberdade é a eterna vigilância”, frase de Jefferson que sintetiza o pensamento de Tocqueville em relação à liberdade (Quirino, 1998, p. 252-253/266; Quirino, 1991, p. 155).

Quanto ao segundo ponto, das consequências sociais produzidas pela democracia, o autor salienta ter esse regime aspectos positivos e negativos. No que se refere ao aspecto positivo, a democracia conduz a processo igualitário, irreversível, dissolvidor das diferenças, dos privilégios entre as classes, no qual todos os cidadãos passam a ter oportunidade de participação política e de busca de enriquecimento, de bem-estar e de seus interesses individuais.

A diferença específica entre a democracia e o antigo regime, para Tocqueville, seria a igualdade de condições, possibilitadora da participação política e da ascensão social de todos os cidadãos, enquanto o antigo regime e todas as outras sociedades existentes teriam como fundamento a desigualdade, havendo de antemão o domínio de certa família ou grupo sobre o todo social (Manent, 1982, p. 25-26).

Como ponto negativo, a luta pela democracia e o próprio funcionamento do sistema levariam à supervalorização da igualdade em detrimento da liberdade. Ponto fundamental salientado pelo autor é que a liberdade não é um dado natural, não é uma característica intrínseca da democracia, mas é algo a ser constantemente monitorado pela ação política da população (Quirino, 1991, p. 155).

O nó da questão está no fato de que a democracia, ao propiciar a igualdade de condições, leva os cidadãos a somente se preocuparem com seus interesses individuais de ascensão econômica, tratando a liberdade da qual dispõem como algo que nunca será atacado por outros cidadãos ou mesmo pelo Estado. Conseqüentemente, não dão importância à coletividade e, desse modo, seu mundo, seu horizonte se torna apenas a família nuclear e seu bem-estar pessoal. O grande perigo da democracia estaria, assim, no individualismo exacerbado, como uma porta aberta para o estado “Leviatã” passar e retirar a liberdade da população (Quirino, 1991, p. 155-156; Vianna, 1997, p. 107).

Outro perigo para a liberdade no sistema democrático seria a tirania da maioria. Como todos se tornam iguais, onde estaria o espaço para a diferença, para a diversidade? Nesse ponto, Tocqueville vislumbra os aspectos negativos da sociedade de massa que homogeneiza ao mesmo tempo em que empobrece as opiniões, os gostos e, o pior, as ações políticas. Dessa forma, o povo se tornaria uma massa que poderia ser levada em bloco pela opinião dominante, como a dos literatos, um dos estopins da revolução, ao levar para a mente da multidão ideias ilusórias e abstratas, para o autor, sobre a criação de sociedade com igualdade natural de condições pela via revolucionária (Tocqueville, 1982, p. 144/147-148).

A multidão, como uma massa sem grande potencial de reflexão e com grande potencial de destruição, seria grave ameaça, não somente à democracia, mas a toda organização social e à sua liberdade. Cumpre salientar que a imagem da multidão desgobernada como rolo compressor a passar sobre as instituições sociais era o grande pavor de conservadores do século XIX, como o próprio Tocqueville (Bresciani, 1990, p. 6-14).

O povo, que pacientemente suportara por séculos o sistema feudal, ao antever a possibilidade de ter a liberdade para conquistar a igualdade por meio de uma revolução, torna-se inteiramente impaciente com os resquícios do sistema que pesava principalmente sobre seus bolsos (Tocqueville, 1982, p. 166/168).

“Liberdade demais pode acabar em tirania”, diz o ponderado Tocqueville. E liberdade demais com mudanças bruscas, revolucionárias? Sem comentários. (Tocqueville, 1982, p. 146-147).

Para o autor, como a população conquistou e utilizou da sua liberdade para criar algo inteiramente novo, ilusório, demolidor das instituições, teria de ser controlada por um Estado forte e centralizador e, portanto, limitador das liberdades e com traços despóticos, como o de Napoleão Bonaparte¹, no pós-Revolução de 1789, e de seu sobrinho Luís Napoleão, no pós-Revoluções de 1848. Nas palavras do autor, “[...] a liberdade é [...] o prazer de poder falar, agir, respirar sem constrangimento sob o único governo de Deus e de suas leis. Quem procura na liberdade outra coisa que ela própria foi feito para a servidão” (Tocqueville, 1982, p. 145/155, 159-161).

Aspecto positivo do antigo regime que deveria ter sido preservado para Tocqueville seria a instituição da igreja e a religião como fator de coesão e de harmonia social. Os clérigos teriam a função de ser o guia da infância e dos costumes sociais (Tocqueville, 1982, p. 125).

1 Napoleão I, que governou a França entre 1804 e 1815.

A igreja teria sido tão veementemente atacada pelos revolucionários franceses, pois esses a identificavam com o próprio antigo regime. A igreja seria obstáculo à revolução ao ser instituição conservadora que tinha como pilares a tradição, a supremacia da autoridade superior à razão individual e a hierarquia. Além disso, estava, na época, relativamente vulnerável, ao não contar com a proteção real quando atacada pelos literatos (Tocqueville, 1982, p. 150-151).

Os revolucionários trocaram a fé na igreja pela fé, confiança na razão e na força da coletividade. Teria surgido, assim, uma espécie de nova religião, que tirava as pessoas de seus meros interesses individuais para se lançarem a ações heroicas e abnegadas a favor de um futuro melhor para todos. Futuro que se revelaria mera ilusão, segundo o autor (Tocqueville, 1982, p. 153).

Dessa forma, após a revolução ter destruído o antigo sistema de poder, após ter condenado a igreja como ponto de sustentação do antigo regime e ter expropriado suas terras e denegrado sua imagem, teria alcançado apenas o caos social. A França teve, assim, de retomar a religião após a “dura escola” da desordem popular (Tocqueville, 1982, p. 149/152).

II – POR QUE O RETORNO À SOCIEDADE ARISTOCRÁTICA FRANCESA ERA IMPOSSÍVEL E TALVEZ INDESEJÁVEL? QUE FAZER?

Alexis de Tocqueville tinha clara noção de que as transformações inseridas na sociedade francesa eram irreversíveis, restando a alternativa de analisar o processo histórico pré e pós-revolucionário como meio de buscar soluções para os problemas nos quais a França vivia e buscar na América algumas lições para aquele país.

A aristocracia francesa, ao se encastelar em privilégios, não havia percebido que o povo passava a ter novas aspirações e necessidades, clamando por reformas. Por conseguinte, mostrou-se incapaz de se atualizar aos novos tempos e de impedir a revolução.

Nesse aspecto, a Inglaterra seria o exemplo de sociedade fundada em bases aristocráticas que conseguiu atualizar-se a tempo de impedir processo revolucionário longo e doloroso como o francês e pôde manter seu prestígio e poder de classe. Certamente a solução das reformas inglesas que levaram a uma transição não revolucionária, embora com inúmeros acontecimentos marcados pela violência, seria, para o autor, a saída ideal (Tocqueville, 1982, p. 145/147).

Já o estudo feito sobre a América pode ser visto, nesse sentido, como modo de mostrar à França exemplo de nação onde o sistema democrático funcionava bem, ainda que com certos problemas. Já que o exemplo da Inglaterra não poderia ser seguido, por ser caso singular, e pela França já ter passado pela experiência revolucionária, pelo menos, poderia-se olhar para a América e tentar fazer da democracia francesa um sistema não tirânico (Vianna, 1997, p. 91-93/111/114-115).

Os franceses poderiam, por meio da América, sentir que a democracia era o sistema propiciador de nova era de desenvolvimento e prosperidade, sem possibilidade de retorno às estruturas feudais de poder.

A América também era caso singular, por ter a ex-metrópole (Inglaterra) como antiexemplo, e ao criar a democracia não a partir de reformas e negociações políticas entre aristocracia e burguesia e sem ter classe aristocrática para zelar pela manutenção das liberdades, como na Inglaterra (Tocqueville, 1998, p. 55-56/270).

A liberdade, para Tocqueville, seria filha da tradição, seja das instituições feudais, como na Inglaterra, seja do republicanismo puritano, como nos EUA. Portanto, nada melhor que a transição reformista para proteger a liberdade e as melhores qualidades da sociedade (Vianna, 1997, p. 103).

Cada sociedade teria suas especificidades, teria determinado “estado social”, definido como “[...] produto de um fato, às vezes das leis, quase sempre dessas duas causas reunidas. Porém, uma vez que existe, podemos considerar ele mesmo como a causa primeira da maioria das leis, costumes e idéias que regem a conduta das nações; o que ele não produz, ele modifica” (Tocqueville, 1998, p. 55).

Assim, o estado social é uma configuração social que dá determinado corpo à nação. É ainda um dos princípios geradores da democracia aliado à soberania popular e à opinião pública (Manent, 1982, p. 20).

Portanto, França, Inglaterra e América teriam suas características particulares, inteligíveis apenas por meio de ampla análise social, política, econômica e religiosa. Contudo, tal assertiva não desqualifica o fato de que a França teria muito a aprender, principalmente com o exemplo americano, tanto em seus pontos positivos como nos seus pontos negativos.

A sociedade americana teria como pontos positivos ter as liberdades mantidas por meio da singularidade de possuir a igualdade sem a perda da liberdade (costumes, leis, tradições), pois não teria passado por revolução (Vianna, 1997, p. 92-93).

Como a América teria conseguido a façanha de construir sociedade de base capitalista sem que a conquista da igualdade significasse a perda da liberdade? O cerne da resposta já foi colocado: a América não passou por processo revolucionário.

Outro ponto a ser salientado é o desenvolvimento na América de cultura política a partir da junção entre o interesse moderno e os valores tradicionais, que tornou possível a coexistência pacífica de interesse, igualdade e individualismo, sem deixar para trás os preceitos religiosos (Vianna, 1997, p. 111; Tocqueville, 1998, p. 296/338-342; Tocqueville, 1982, p. 151).

Cumprir esclarecer o conceito de interesse moderno. Para Tocqueville, a origem da sociedade moderna estaria no interesse do indivíduo em progredir materialmente. Esse seria o motor dessa organização social. Porém, se levado às últimas consequências, o homem moderno poderia pensar apenas no provimento de suas necessidades sem se ater para o bem-estar da coletividade, e de si próprio. A falta de preocupação com o social certamente abriria caminho para governo despótico reduzir a liberdade dos cidadãos, como anteriormente mencionado (Vianna, 1997, p. 96-97).

Desse modo, a modernidade traria orgulhosamente consigo a bandeira da igualdade, mas teria como elo fraco a liberdade, pois o capitalismo teria tendência

para conduzir as pessoas para o individualismo exacerbado e para a massificação dos gostos e dos posicionamentos políticos (Quirino, 1998, p. 262).

Além disso, outro fator para a façanha da América seria a soberania da opinião pública sobre governo, sem haver monopolização das decisões em torno de grupos sociais privilegiados. Vale salientar que o poder dominante da opinião pública seria ponto de convergência entre França, Inglaterra e América modernas e uma das principais características do sistema democrático (Tocqueville, 1998, p. 140).

A América, ao preservar seus valores e tradições, como a religião, teria conseguido barrar o domínio do interesse individual sobre o coletivo, ao realizar, em seu dia a dia, negociações entre as “partes”, de modo a não haver perda, tanto da igualdade como da liberdade.

Já os pontos falhos do sistema americano estariam justamente no perigo de os freios ao individualismo não suportarem a pressão pela busca incansável do bem-estar. O que poderia causar tal perigo?

Primeiramente, a avidez pelo lucro, que seria norte inegável dessa sociedade ao centrar até mesmo a formação escolar não na busca da erudição, mas no que se define hoje de qualificação profissional (Tocqueville, 1998, p. 61).

Em segundo lugar, estaria a tirania da maioria fundada no privatismo e na massificação social. O privatismo levaria as pessoas a se interessarem apenas pelos assuntos que lhe afetassem diretamente, e a massificação social seria responsável pela paralisia das ações políticas em busca de soluções para os problemas coletivos e pelo estancamento da própria criatividade do povo (Quirino, 1998, p. 262; Quirino, 1991, p. 155-156).

Tais fatores conjugados ao sistema democrático resultariam na onipotência de opinião pública não sábia e com horizontes limitados, a ter decisões injustas, ainda que estivessem de acordo com opinião pública majoritária. Apenas Deus teria o direito à onipotência, segundo o autor (Tocqueville, 1998, p. 295).

Nesse aspecto, Tocqueville não abre mão da liberdade individual de se levantar contra injustiças causadas ainda que por maioria, pois, se tal fato ocorrer, a sociedade estaria sob a tirania da maioria. As injustiças seriam causadas pelo desrespeito da maioria ao direito natural e ao direito positivado. Dessa forma, a soberania popular teria de ser limitada pelo Estado de Direito (Tocqueville, 1998, p. 294).

Em terceiro lugar, estaria a falta de garantia contra a tirania da maioria na América dada a força irresistível do privatismo nessa sociedade, mesmo com a importância dada por esse país às tradições e à religião (Tocqueville, 1998, p. 296). A tirania da maioria seria mesmo o pior inimigo das liberdades democráticas na América.

Tocqueville não era de todo pessimista em relação à França pós-revolucionária, pois nela identificava pontos positivos não existentes no antigo regime, como a igualdade de condições. Tal inovação seria conquistada logo incorporada à sociedade, algo impossível de existir em organização social fundada em privilégios de classe, o que tornaria indesejável o retorno às estruturas sociais do passado.

III – IGUALDADE E LIBERDADE NO SISTEMA DEMOCRÁTICO

A grande solução dada pela América ao dilema de como manter a igualdade sem a perda da liberdade seria a conciliação do interesse individual com as tradições e costumes sociais, fazendo com que o indivíduo, ao agir, não se preocupasse apenas com a melhoria do seu bem-estar, mas sim com a preservação e fortalecimento da coletividade. Tal organização social teria a ação política como característica constitutiva de seu caráter. Entretanto, o país teria no privatismo, na busca apenas de seu próprio bem-estar, seu maior inimigo, pois poderia levar à dissolução dos laços sociais.

De que modo evitar tal perigo?

Além da valorização das tradições, como a religião, e da ação política vigilante para a preservação da liberdade na democracia, Tocqueville quer o seu ator histórico, o cidadão “educando”, a democracia, processo histórico cuja característica de indeterminação pode resultar tanto em sociedade que saiba conciliar liberdade e igualdade como em uma sociedade em que impere a tirania da maioria (Tocqueville, 1982, p. 152; Tocqueville, 1998, p. 346; Quirino, 1998, p. 252-253; Vianna, 1997, p. 96).

Portanto, educar a democracia significa o trabalho em conjunto de cidadãos a realizar esforço moral, ação política para encaminhar o sistema para a harmonização dos contrários, quais sejam: igualdade/liberdade, público/privado, burguês/cidadão, interesse/virtude, útil/honesto. Assim, o autor não crê no progresso inexorável, é preciso lutar pelo desenvolvimento moral e material da sociedade para evitar regressões (Vianna, 1997, p. 93-94).

Para que os cidadãos tivessem condições de corrigir a democracia, não poderiam se prender à satisfação exclusiva de seu próprio bem-estar. Por esse motivo, teriam de primeiro “educar” seus próprios interesses, força motriz da sociedade moderna.

Interesse educado seria, portanto, interesse bem compreendido, ou seja, aquele que internalizasse o respeito ao bem comum, à coletividade e às leis como algo imprescindível para o progresso material e moral de cada cidadão. Dessa forma, o interesse moderno, para Tocqueville, deveria civilizar a tendência ao privatismo por meio da preocupação com a esfera pública como interesse também individual (Vianna, 1997, p. 97).

Na América descrita por Tocqueville, os interesses eram bem compreendidos, de forma geral, mas o interesse equivocadamente compreendido, meramente individualista estaria sempre pronto para dominar (Vianna, 1997, p. 116).

A dificuldade estaria justamente em formar esse tipo de cidadão, já que, para o autor, tal feito não seria conseguido por imposições externas. Assim, caberia à sutil indução artificial de certas organizações sociais e à própria vivência democrática a tarefa de despertar as pessoas para o interesse corretamente compreendido (Vianna, 1997, p. 99).

Tocqueville identificou a igualdade de condição como característica intrínseca da sociedade moderna, o que, em teoria, daria a todos condição de ascender socialmente e desfrutar boas condições de vida. Contudo, a prática democrática teria conquistado a igualdade política, sem privilégios de nascimento, mas não teria alcançado a econômica.

Ao visitar fábricas inglesas, o autor se impressionou ao ver que o capitalismo produzia seu ouro a partir do “esgoto imundo”, da exploração desenfreada da classe trabalhadora. Nesse momento, levanta outra tendência do sistema: quanto mais poderoso e rico, mais brutal e selvagem (Vianna, 1997, p. 116).

Tal tendência seria uma fraqueza, um inimigo da harmonia social, pois somente a busca pelo interesse equivocadamente compreendido poderia levar os capitalistas a reduzir à completa miséria os seus irmãos. Dessa forma, a miséria distanciaria boa parte dos cidadãos da igualdade e da liberdade (Quirino, 1998, p. 250).

Para Tocqueville, seria um erro tentar realizar pela violência a igualdade formal da democracia, como se fosse possível forçar alguém a se apaixonar por outra pessoa. A igualdade democrática de tipo formal carregaria consigo a tendência a se espalhar gradativamente pela população ao mesmo tempo em que preservaria suas liberdades, suas diferenças (Manent, 1982, p. 179).

Portanto, o conservador Tocqueville não era, sem razão, grande entusiasta dos tempos modernos. Era difícil, porém necessário, ser amigo da democracia, pois seria caminho sem volta. Entretanto, sabia que seria preciso amá-la com moderação (Manent, 1982, p. 177-179).

IV – A RELIGIÃO E O JUDICIÁRIO COMO CORRETIVOS AOS DEFEITOS DA DEMOCRACIA

A religião seria um dos pilares da coesão e da harmonia social. Os religiosos, como defensores dos valores tradicionais, cumpririam o papel de guiar os indivíduos para a busca de soluções pacíficas para os conflitos sociais, ao conciliar o passado com o presente (Tocqueville, 1982, p. 125; Tocqueville, 1998, p. 342-343).

Além disso, teria preocupação com a esfera pública, com o bem-estar social. Desse modo, levaria em suas mensagens para os fiéis o interesse bem compreendido, e auxiliaria na correção da tendência ao privatismo na democracia.

Já o sistema jurídico teria a importante função de frear a tirania da maioria por meio das leis, pois, caso a opinião pública quisesse a realização de algo contrário à lei, seria barrada pela força da sentença judicial, pilar da defesa da liberdade democrática dentro de limites civilizados (Tocqueville, 1998, p. 309-316/337).

O judiciário seria, para Tocqueville, instituição conservadora com características aristocráticas, pois era formado por corpo de elite intelectual com grande influência política (Tocqueville, 1998, p. 310). Na América, o sistema jurídico seria a porção aristocrática responsável por civilizar a democracia. Dessa maneira, parte da correção do sistema seria feita “pelo alto”, pela elite.

V – O PAPEL DO ESTADO NO SISTEMA DEMOCRÁTICO

O papel adequado para o Estado no sistema democrático certamente não passava por ser centralizador e despótico. O Estado deveria ser descentralizado de modo

a maioria nacional não poder exercer tirania sobre a sociedade. Desse modo, o poder local dos Governos estaduais e das cidades não deveria ser anulado a favor do Governo federal, pelo contrário (Tocqueville, 1998, p. 307-308).

Outra característica desse Estado estaria na rotatividade das pessoas que exercem o poder, o que lhe traria certa instabilidade, mas não fraqueza, pois a alternância seria garantia contra a tirania e fortalecedor da opinião pública, já que os governantes teriam de levar em consideração os interesses do povo e o impacto social de suas decisões (Tocqueville, 1998, p. 304-308).

Além disso, o Estado deveria respeitar as leis e fazer com que fossem corretamente aplicadas mesmo contra a tirania da opinião pública, por meio de Judiciário independente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste trabalho, pode-se notar que Alexis de Tocqueville tem análise complexa sobre o sistema francês pré e pós-revolucionário. O autor buscou, na América, saída para o despotismo democrático francês, mas sem grande entusiasmo, pois mesmo nesse continente o sistema tinha falhas e perigos. Portanto, não queria a volta ao passado, mas o melhor do passado combinado com melhor do presente.

É interessante notar que o autor é uma pessoa entre dois mundos: o dilacerado sistema feudal de privilégios para a nobreza e o nascente sistema capitalista burguês. Entretanto, não defende com veemência nenhum sistema, mesmo tendo profundas simpatias pelo estilo de vida aristocrático. Seu objetivo era o de compreender o presente que então vivia e identificar suas tendências futuras, positivas e negativas.

Como sua grande paixão desaparecera – a aristocracia –, teria de aprender a conviver com a nascente e tempestiva democracia.

REFERÊNCIAS

MANENT, Pierre. *Tocqueville et la nature de la démocratie*. France: Julliard, 1982.

QUIRINO, Célia Galvão. Tocqueville: a realidade da democracia e a liberdade ideal. In: QUIRINO, C.; VOUGA, C.; BRANDÃO, G. *Clássicos do pensamento político*. São Paulo: EDUSP, 1998.

_____. Tocqueville: sobre a igualdade e a liberdade. In: WEFFORT, F. *Clássicos da política*. São Paulo: Ática, 1991.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *O antigo regime e a revolução*. Trad. Yvonne Jean. Brasília: UnB, 1982.

_____. *A democracia na América*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

VIANNA, Luis Werneck. *A revolução passiva*. Iberismo e americanismo no Brasil. Rio de Janeiro: Revan, 1997.

SPONSALIA: A PROMESSA DE CASAMENTO E O ROMPIMENTO DO NOIVADO

Fuad José Daud

Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUCSP, Pedagogo e Especialista em Administração Escolar pela Faculdade de Filosofia Nossa Senhora Medianeira de São Paulo, Especialista em Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUCSP, Professor de Direito Civil e Direito Comercial da Faculdade Campo Limpo Paulista – FACCAMP, Advogado, Pesquisador do CNPq.

RESUMO: Os *esponsais* são instituto originário do Direito romano. É um negócio jurídico pelo qual é estabelecida uma promessa de casamento, e que, a partir daí, é gerada uma responsabilidade civil. A existência da promessa, a recusa injustificada, a existência de dano e o nexo causal, devidamente provados, são requisitos necessários para que o nubente inocente promova a ação de reparação civil de *cunho indenizatório*. A quebra da relação de promessa de casamento fica submetida às regras dos atos ilícitos e da responsabilidade civil, enquanto o Código Civil brasileiro não adotar um instituto próprio *in casu*.

PALAVRAS-CHAVE: Promessa de casamento; responsabilidade; rompimento da promessa; reparação.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Conceituação de *esponsais* ou promessa de casamento; 2 Responsabilidade de promessa de casamento; 3 Rompimento da promessa ou do noivado; 4 Reparação pelo rompimento do noivado; Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

Este trabalho acadêmico diz respeito ao direito das obrigações, especialmente à responsabilidade civil, apesar da relação de união entre um homem e uma mulher que antecede a possibilidade de um futuro casamento, porém, não alcança o instituto da união estável por este possuir regras e requisitos próprios no âmbito do direito de família. Ainda não existe um instituto próprio da promessa de casamento em nosso ordenamento jurídico, mas já é hora para isso acontecer, tendo em vista a responsabilização dessa relação de quase-família. Falo de uma relação antenupcial, que pode durar meses ou anos e, mesmo assim, o tempo de duração não é requisito suficiente para que se mantenha a obrigação de um enlace matrimonial, que poderá, simplesmente, se desfazer por vários motivos ou até por um consenso entre os interessados.

Procuo desenvolver, neste trabalho, a questão do comprometimento dos sujeitos que se obrigam a uma determinada relação sob a condição de um matrimônio futuro. A posição do casal gera responsabilidades recíprocas e atitudes positivas na preservação da promessa. Na hipótese de uma quebra por um dos sujeitos da relação, pode acarretar o pedido de reparação por danos materiais e morais em favor do outro sujeito, que sofreu com o comportamento surpreendente do autor do rompimento da promessa.

Após esse introito, devo apontar a origem da expressão *esponsais*, a partir do Direito romano, e seu significado hodierno no Direito brasileiro; a responsabilidade do casal em relação à promessa de casamento; a quebra do compromisso assumido por um dos partícipes da relação, que causa prejuízos ao outro sujeito nos aspectos íntimo, moral e material, atingindo também seus familiares; e, diante do fato inesperado do rompimento do noivado e seus efeitos, desenvolvo a possibilidade de reparação contra o agente pelos danos causados à vítima, nos âmbitos judicial e extrajudicial.

Dessa relação interpessoal, poderão surgir outras questões, que não serão objeto deste trabalho, como, por exemplo, gravidez, prole, bens comuns e seus efeitos pessoais e patrimoniais. Na verdade, são questões que dão origem a obrigações que independem de um compromisso de matrimônio.

1 CONCEITUAÇÃO DE ESPONSAIS OU PROMESSA DE CASAMENTO

O termo *esponsais* vem de *sponsalia*, do verbo *spondeo* (prometo) do Direito romano¹, em decorrência de promessa que o *sponsor* (promitente, esposo) fazia à *sponsa* (prometida, esposa)². Era um ato solene e que gerava efeitos, tendo em vista a multa que deveria ser paga pelo arrependido que rompeu o compromisso.

O Professor Roberto Senise Lisboa define *esponsais* com a seguinte letra: “É o negócio jurídico por meio do qual duas pessoas de sexos diferentes prometem reciprocamente contrair matrimônio (*sponsalia dicta sunt a spondendo*)”³. De acordo com o entendimento do autor, a promessa de matrimônio constitui uma relação obrigacional, que gera efeitos jurídicos aos interessados mesmo antes da celebração do casamento.

É importante dizer que essa relação de comprometimento está vinculada a um futuro matrimônio, não a outras espécies de união, como a concubinária ou mesmo a união estável, expressamente regulada na lei civil.

Também observa-se outras relações interpessoais fugazes, que não possuem força jurídica suficiente para seu enquadramento no campo obrigacional, a não ser em situações específicas decorrentes dessas relações. São as hipóteses de namoro mais ou menos duradouro e de encontro casual ou passageiro que se convencionou socialmente a ser denominado de *ficar* ou *ficada*. O Superior Tribunal de Justiça decidiu sobre o assunto:

Direito civil. Recurso especial. Ação de investigação de paternidade. Exame pericial (teste de DNA). Recusa. Inversão do ônus da prova. Relacionamento amoroso e relacionamento casual. Paternidade reconhecida.

A recusa do investigado em se submeter ao teste de DNA implica a inversão do ônus da prova e consequente presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor.

1 MARKY, Thomas. *Curso elementar de direito romano*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 161.

2 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, v. 6, 2008. p. 32.

3 LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, v. 5, 2009. p. 63.

Verificada a recusa, o reconhecimento da paternidade decorrerá de outras provas, estas suficientes a demonstrar ou a existência de relacionamento amoroso à época da concepção ou, ao menos, a existência de relacionamento casual, hábito hodierno que parte do simples “ficar”, relação fugaz, de apenas um encontro, mas que pode garantir a concepção, dada a forte dissolução que opera entre o envolvimento amoroso e o contato sexual. Recurso especial provido. (REsp 557.365/RO, 3ª T., Relª Nancy Andrighi, Julgado em 07.04.2005, DJ 03.10.2005, p. 242)

Outro julgado, agora do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, refere-se ao namoro:

Apelação Cível. Inexistência de União Estável. Na inicial a autora afirmou que manteve com o demandado namoro que perdurou por dez anos. Os namoros, mesmo prolongados e privando as partes de vida íntima como sói ocorrer atualmente, são fatos da vida não recepcionados pela legislação civil e, por isso, não ensejam efeitos jurídicos, seja durante ou após o fim do relacionamento. Somente as relações jurídicas que surgem pelo casamento ou pela constituição de uma união estável asseguram direitos pessoais e patrimoniais. Sociedade de fato. Não caracterizada também qualquer contribuição para a formação do patrimônio descabida indenização sob tal fundamento. Impossibilidade de indenização por dano moral decorrente do rompimento da relação. Os sentimentos que aproximam e vinculam homem e mulher por vezes se transformam e até mesmo acabam, nem sempre havendo um justo motivo para explicar seu fim. A dor da ruptura das relações pessoais, a mágoa, a sensação de perda e abandono, entre outros sentimentos, são custos da seara do humano. Fazendo parte da existência pessoal não constituem suporte fático a autorizar a incidência de normas que dispõem sobre a reparação pecuniária. Possibilidade de indenização somente surgiria se restasse caracterizado um ato ilícito de extrema gravidade, cuja indenizabilidade seria cabível independentemente do contexto da relação afetiva entretida pelas partes. A simples dor moral resultante da ruptura, entretanto, não é indenizável. Ao fim, não estando caracterizado qualquer instituto jurídico reconhecido pelas normas de direito de família, o pedido indenizatório para recomposição patrimonial de eventuais gastos feitos pela autora deverá ser analisado em ação própria, a partir das regras e princípios gerais da teoria da responsabilidade civil. Negaram provimento, à unanimidade. (TJRS, Apelação Cível nº 70008220634, 7ª C.Cív., Rel. Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 14.04.2004)

Os sponsais, ou o noivado, é o meio praticado pelos nubentes, de modo firme e definitivo, em termos de vontade e decisão, com o compromisso de matrimônio. Apesar de não existir uma obrigação legal expressa dessa relação, pode-se cogitar do princípio da boa-fé que rege todos os contratos e seus efeitos no que diz respeito à responsabilidade civil no que tange aos atos ilícitos.

Até o momento anterior à celebração do casamento, qualquer dos noivos é livre para se arrepender do enlace. Tal atitude é baseada no princípio da liberdade que a pessoa tem de decidir sobre o seu próprio futuro. Existe aqui não só o interesse dos sujeitos comprometidos, mas também o interesse da sociedade, que tem por finalidade a constituição da família com bases sólidas.

No entender de Sílvio Rodrigues, “é possível que o rompimento unilateral e injustificável da promessa de casamento venha a trazer dano a um dos noivos... Entretanto, a questão a ser encaminhada é a de saber se poderá o arrependido ser compelido a reparar o prejuízo derivado de seu intempestivo e injusto arrependimento”⁴.

2 RESPONSABILIDADE DE PROMESSA DE CASAMENTO

Os namorados que passam ao *status* de noivos assumem uma nova relação de continuidade, rumo a uma futura, breve ou não, celebração de matrimônio, seja apenas no Registro Civil ou neste e na pompa religiosa. Quando da manifestação do intuito de firmarem uma relação duradoura de vida em comum, os nubentes passam a se comportar e se posicionar de acordo com o compromisso, sem necessidade de um contrato expresso dessa promessa.

Gagliano e Pamplona Filho entendem não ser adequado considerar o noivado como um contrato, pois ele é diferente do matrimônio, este sim tem natureza contratual especial de direito de família. Dizem que a configuração do ilícito é patente porque o noivo que desiste viola a *legítima expectativa de casamento*, acarretando prejuízo material ou moral ao outro⁵.

Sobre a natureza da responsabilidade de promessa de casamento, Maria Helena Diniz aponta que a maioria dos civilistas do moderno Direito, como Barassi, De Ruggiero, Lopez Herrera, ensina que o efeito da ruptura do noivado acarreta unicamente responsabilidade extracontratual, *dando lugar a uma ação de indenização*, pois não cria qualquer vínculo de parentesco nem de família entre os noivos e seus familiares⁶.

No Código Civil brasileiro, em seu art. 186, é definida a responsabilidade extracontratual por atos ilícitos nos seguintes termos: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Na esteira desse preceito legal, Venosa diz traduzir princípios gerais da responsabilidade civil subjetiva, por ser uma promessa frustrada de contratar, e a quebra da promessa *é fato gerador, sem dúvida, do dever de indenizar*, podendo também *ocasionar distúrbios psicológicos que deságuam nos danos morais*⁷. Além do agente da quebra do compromisso trazer o prejuízo material, como os preparativos para o ato futuro do matrimônio, a sua ação também trará prejuízos morais para a vítima.

Segundo o magistério de Whashington de Barros Monteiro, três são os requisitos para que se reconheça a responsabilidade:

- a) que a promessa de casamento tenha emanado do próprio arrependido, e não de seus genitores;
- b) que o mesmo não ofereça motivo justo para retratar-se, considerando-se como tal, exemplificativamente, a infidelidade, a mudança

4 RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, v. 4, 2002. p. 38.

5 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, v. VI, 2011. p. 136.

6 DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, v. 5, 2004. p. 48.

7 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Op. cit.*, p. 32.

de religião ou de nacionalidade, a ruína econômica, a moléstia grave, a condenação criminal e o descobrimento de defeito físico oculto durante o noivado; c) o dano.⁸

O principal impacto gerador do dever de indenizar é a ruptura injustificada. A partir daí, a demonstração da culpa do promitente deve ser outro ponto de realce para determinar-se a reparação de danos que, de acordo com o Professor Carlos Alberto Bittar, estará em consonância com a teoria da responsabilidade civil⁹.

3 ROMPIMENTO DA PROMESSA OU DO NOIVADO

A jurisprudência tem fornecido julgados pertinentes à indenização por danos material e moral. Carlos Roberto Gonçalves cita três casos de rompimento de noivado, extraídos da *Revista dos Tribunais*:

A ruptura, sem motivo, da promessa de casamento pode dar lugar a indenização decorrente do dano material, evidenciado pela aquisição de móveis, e decorrente do dano moral, posto que o rompimento do noivado sempre afetará a pessoa da mulher, atingindo, de alguma forma, sua honra e seu decoro, notadamente quando já notória a data do casamento (RT, 639/58).

A ruptura do noivado, quando este ocorre após sinais de sua exteriorização, alcançando familiares e amigos, gera indenização por dano moral, uma vez abalados os sentimentos da pessoa atingida, não só em relação a si própria como também perante os grupos sociais com os quais se relaciona (RT, 741/255).

Cabe indenização por dano moral e material, pelo rompimento do noivado e desfazimento da cerimônia de casamento programada, sem qualquer motivo. (TJSP, Ap 90.262-4, Ilha Solteira/Pereira Barreto, 6ª CDPPriv., Rel. Des. Testa Marchi, J. 03.02.2000)¹⁰

Senise Lisboa ensina que os esposais não cumpridos *podem acarretar prejuízos econômicos e morais*, e exemplifica a questão dos gastos realizados com os preparativos cerimoniais nos âmbitos civil e religioso, que podem resultar em uma indenização por perdas e danos. De outro ponto, uma indenização de aspecto moral pode sobrevir ante a violação de algum direito personalíssimo, como a integridade psíquica e a honra¹¹.

Inobstante o silêncio da lei, o rompimento injustificado do noivado, é justificado o pedido de indenização, pois, com a promessa de casamento, a noiva, por exemplo, formou seu enxoval, pediu demissão de seu emprego; o noivo alugou imóvel para futura residência; enfim, são motivos suficientes para propositura de ação competente com base na regra geral do art. 186 do Código Civil brasileiro, já transcrito.

8 MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, v. 2, 1986. p. 34.

9 BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de família*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993. p. 72.

10 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, v. 4, 2010. p. 74.

11 LISBOA, Roberto Senise. Op. cit., p. 63.

Existem situações em que não têm cabimento o pedido de indenização por rompimento dos esponsais, conforme jurisprudência dos Tribunais, trazida pelo Professor Sílvio Rodrigues¹²: “O julgado de 1965 (RT, 360/398) do Tribunal do Rio de Janeiro que *denegou a pretensão de noiva que pedia indenização pelo rompimento de noivado, alegando, entre outros, prejuízo derivado de sua demissão do emprego*”. O entendimento da Corte foi pela negativa da indenização de tal dano, mas, por outro lado, considerou injusto o rompimento do noivado. O professor transcreve parte do aresto:

Reduzida a questão posta na inicial ao pedido de indenização, pela ruptura de noivado, manifesta é sua improcedência. O nosso Código Civil exclui os esponsais dentre os contratos, cuja ruptura seja suscetível de indenização, dada sua natureza especial, que não deve prejudicar o livre consentimento do matrimônio. Aliás, no caso está manifesto nos autos, inclusive pelo depoimento da própria autora, o justo motivo que teve o réu para desfazer esse noivado.

Transcreve a ementa de outro julgamento do mesmo Tribunal:

Quem exerce direito seu não pratica ato ilícito de natureza alguma. Assim, o noivo que rompe o ajuste para o seu casamento, rompimento, aliás, admissível até mesmo na hora deste, quando não tenha induzido a noiva a gastos propostos, não tem a menor obrigação de indenizar a qualquer título. Noivado é compromisso de natureza puramente moral e, por isso mesmo, ao desamparo de qualquer norma jurídica. Assim, o seu rompimento, em tese, não admitirá nenhuma sanção de ordem econômico-financeira. (RT, 473/213)

Aqui, a sentença de primeira instância foi reformada, mas com voto vencido que confirmou a sentença recorrida. Um outro julgado, do Tribunal de Minas Gerais, acolhe a tese da reparação de dano (RT, 155/324): “A mulher que deixa o emprego em atenção a casamento prometido tem o direito de exigir do noivo, em caso de ruptura do compromisso, indenização do prejuízo sofrido, inclusive as despesas com a feitura do enxoval”.

A jurisprudência nacional, conforme o que foi mencionado anteriormente, não é pacífica quanto ao rompimento do noivado. Todavia, a despeito do silêncio da lei, ao prejudicado é cabível reclamar a indenização pelos prejuízos sofridos. Assim, o Judiciário deverá fixar um *quantum* razoável como indenização para a devida reparação do dano, seja material ou moral, ou, ainda, a reparação cumulada dos dois danos experimentados pela vítima.

4 REPARAÇÃO PELO ROMPIMENTO DO NOIVADO

Os esponsais não cumpridos dificilmente não acarretam prejuízos econômicos, porque, afinal de contas, o casal que se compromete a um enlace matrimonial faz seus projetos e, pelo menos, dá início à prática compatível com o objetivo almejado. Ninguém assume um compromisso de noivado para posteriormente rompê-lo, a não ser

12 RODRIGUES, Sílvio. Op. cit., p. 39-40.

que tenha agido de má-fé ou, então, tenha motivos suficientes para a ruptura. Mesmo que haja razão suficiente para o rompimento, isso não significa que não possa existir responsabilidade material, tendo em vista outros elementos decorrentes do compromisso firmado entre os interessados.

Roberto Senise Lisboa destaca o direito de ressarcimento pelas despesas efetuadas para o casamento pelo *noivo frustrado*. Além dos danos materiais, também enfatiza a indenização pelos danos morais: De igual modo, a indenização por danos morais pode vir a suceder, porém não amparada em simples tristeza ou desgosto da pessoa que não queria romper os esponsais, mas sim na violação de algum direito personalíssimo, como a integridade psíquica, a honra, e assim por diante¹³.

A ruptura da promessa de casamento expressa o inadimplemento dos esponsais, e esse descumprimento, por sua vez, envolve os aspectos doloso e culposo. Seja com intenção ou não de prejudicar um dos noivos, o fato é que o desfazimento do noivado acarreta consequências muitas vezes graves, tanto na esfera material como na moral. Maria Helena Diniz¹⁴ escreve sobre os efeitos do descumprimento doloso ou culposo dos esponsais:

a) quanto aos *efeitos comuns ao simples desfazimento: devolução dos presentes trocados, das cartas e dos retratos*. A professora menciona um parecer do Jurista Antônio Chaves sobre um brasileiro de origem armênia, noivo de uma moça dessa mesma origem. Presenteou a moça com jóias de elevado valor.

Dando-se o rompimento do noivado, a noiva recusou-se a devolver aquelas jóias a pretexto de indenização. O renomado jurista assim considerou o caso: “Tal devolução tem apoio na lei, na tradição e na moral, justificando-se humanamente com a circunstância inteiramente compreensível de não desejar o noivo rever sua ex-noiva levada pelo braço de outro homem, com quem em seguida veio a noiva a casar-se, ostentando o anel que era símbolo de seu compromisso”. De acordo com o art. 546 do Código Civil, feita doação em contemplação de casamento futuro, ficará sem efeito se o casamento não se realizar. Os presentes oferecidos durante o noivado estão implícitos nessa norma legal.

b) quanto à indenização por danos patrimoniais e morais: devem ser ressarcidos os dispêndios feitos pelo noivo repudiado, e também o prejuízo moral sofrido em decorrência da quebra da promessa esponsalícia. São ocorrências importantes, como, por exemplo, a noiva obrigada a demitir-se do emprego em razão do matrimônio; *não ter ocupação remunerada; foi abandonada com declarações ofensivas*. Maria Helena Diniz traz um fato contado pelo Jurista Edgard Moura Bittencourt: um rapaz, em León, Espanha, *ao ser interrogado se era de sua livre e espontânea vontade receber a noiva como legítima esposa, disse: “Bem, para ser franco, não!”*. Assim respondeu e retirou-se da igreja, deixando a moça desmaiada, e atônita a alta sociedade que se comprimia no

13 LISBOA, Roberto Senise. Op. cit., p. 63.

14 DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 50-51.

templo. Segundo o jurista, a noiva sofreu uma humilhação pública e, por isso, o noivo seria punido pelo dano moral por agir de modo cruel e abusivo e não, simplesmente, pelo arrependimento.

Importante dizer que para o pedido indenizatório será necessário demonstrar o prejuízo e o nexa causal, sendo este a relação que existiu entre a ação do agente e o dano causado à vítima em decorrência dessa ação. O sujeito ativo da ação de reparação é o nubente inocente. Os pais da vítima também poderão agir em juízo com o pedido indenizatório, e, do mesmo modo, o terceiro interessado que tenha contraído qualquer obrigação em razão dos esponsais. Por outro lado, o sujeito passivo será o nubente que praticou a ruptura da promessa injustificadamente. O *quantum* indenizatório dependerá das provas apresentadas em juízo, conforme os seguintes requisitos: existência da promessa de matrimônio; a recusa injustificada do nubente em contrair o casamento; a existência de dano, seja material, moral ou ambos; e o nexa causal.

O prazo prescricional da ação de reparação civil segue a regra do art. 206, § 3º, inciso V, do Código Civil, *in verbis*:

Art. 206. Prescreve:

[...]

§ 3º Em três anos:

[...]

V – a pretensão de reparação civil;

[...]

O órgão jurisdicional competente para o pedido de reparação civil é a Vara Cível do local do fato ou do domicílio do autor da demanda.

CONCLUSÃO

O tema apresentado é de grande relevância nos dias atuais, tendo em vista o princípio da dignidade humana, no momento em que a sociedade clama por um comportamento humano cada vez mais ético em função do sofrimento daquelas pessoas que têm por hábito a atitude reta e de boa-fé nas relações com o grupo social.

O Código Civil brasileiro vigente não regulou, especificamente, os esponsais, todavia, não quer dizer que a falta do elemento normativo específico impeça a apreciação da figura em questão, subsumindo o fato em regras compatíveis, como aquelas dos atos ilícitos e, especialmente, da responsabilidade civil.

Como um negócio jurídico preliminar, a promessa de casamento não induz o promitente a necessariamente se casar, o que seria absurdo forçar alguém ao matrimônio, a qualquer preço. No decorrer do noivado, poderá vir a acontecer situações pelas quais, justificadamente, o nubente poderá romper o compromisso. Entretanto, se o promitente efetuar a ruptura da promessa de maneira imotivada, causará, sem dúvida, danos ao outro, que acreditou e confiou na possibilidade firme de um matrimônio futuro.

Observou-se que a doutrina e a jurisprudência estão em sintonia a respeito da interpretação da relação de promessa de casamento, optando, com a apreciação pontual de cada caso, pela culpa subjetiva daquele que deu causa ao rompimento dos esponsais, responsabilizando o agente por danos materiais e morais.

Finalmente, é importante ponderar, usando as palavras de Gagliano e Pamplona Filho: “Na dúvida, portanto, é melhor cuidarmos de encontrar a melhor maneira de desistir do casamento, atuando segundo o princípio da eticidade, no sentido de evitar ou minorar os efeitos danosos decorrentes da ruptura, sob pena de responsabilidade civil”¹⁵.

REFERÊNCIAS

- BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de família*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, v. 5, 2004.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, v. VI, 2011.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, v. 4, 2010.
- LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, v. 5, 2009.
- MARKY, Thomas. *Curso elementar de direito romano*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, v. 2, 1986.
- RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, v. 4, 2002.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, v. 6, 2008.

15 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Op. cit., p. 138.

A RUPTURA DO CONTRATO DE EMPREGO POR FATO DO PRÍNCIPE

Marcos Abílio Domingues

Doutor em Direito pela PUCSP, Professor e Coordenador da Área 3 da Faculdade Campo Limpo Paulista/SP, Professor da Faculdade de Paulínia.

RESUMO: O presente texto pretende discutir o instituto titulado fato do príncipe como motivação para a ruptura do contrato de trabalho. A abordagem levará em consideração a legislação, a doutrina e a jurisprudência brasileiras.

PALAVRAS-CHAVE: Contrato de emprego; fato do príncipe; direito do trabalho.

SUMÁRIO: Introdução; 1 O fato do príncipe; 2 A ruptura do contrato de trabalho; 3 A regulação legal; 4 Alguns exemplos; 5 Os efeitos do fato do príncipe; 6 A interpretação dos Tribunais; Considerações finais; Referências.

INTRODUÇÃO

Uma das hipóteses mais peculiares da ruptura do contrato de trabalho é a decorrente do chamado fato do príncipe, apesar de pouco discutida ou tratada pelos doutrinadores.

Diante disso, é nossa proposta trazer o assunto para um debate de maneira a traçar algumas considerações a respeito e ao mesmo tempo chamar a atenção para o tratamento dado ao assunto nos Tribunais do Trabalho.

Naturalmente, não teremos a pretensão de esgotar o assunto ou mesmo estabelecer verdades, mas, de alguma forma, contribuir para a discussão e o estudo da matéria.

Com essas diretrizes, iniciamos pela determinação do significado do termo e da ruptura do contrato de trabalho nessa hipótese. A seguir, cuidamos das disposições legais que regulam a matéria, para, por fim, enunciar indicações exemplificativas das situações que podem revelar o fato do príncipe no rompimento do contrato de trabalho. Ao final, indicamos as tendências dos Tribunais do Trabalho brasileiro no exame da matéria.

1 O FATO DO PRÍNCIPE

O termo fato do príncipe (*factum principis*) designa, literalmente, o ato praticado por autoridade pública no exercício das suas funções oficiais que afeta atividade privada. Nesse sentido é o “caso fortuito resultante de ato de natureza pública”¹.

1 SIDOU, J. M. Othon. *Dicionário jurídico*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003. p. 388.

De outro lado, Naúfel² afirma que o termo designa o ato da Administração Pública, no exercício do poder do Estado, que impõe uma conduta individual ou geral, que pode gerar ou dificultar o adimplemento contratual. Nessa hipótese, ainda segundo o autor citado, o ato da autoridade pode ser invocado como causa para a ruptura contratual.

Destaque-se que somente caracteriza fato do príncipe nas circunstâncias aqui examinadas o ato emanado de autoridade administrativa com respaldo em norma legal genérica ou ato administrativo estrito, não abrangendo ato baseado em ordem judicial ou o próprio ato do Poder Judiciário³.

2 A RUPTURA DO CONTRATO DE TRABALHO

A ruptura do contrato individual de trabalho pode ocorrer por diversas modalidades. A primeira classificação que se pode referir é aquela que considera a iniciativa das partes contratantes, empregado ou empregador. Assim, o rompimento do contrato de trabalho pode acontecer por ato do empregado, que é denominado genericamente como pedido de demissão. Por sua vez, a ruptura por iniciativa do empregador pode abranger a dispensa do empregado. Ambas as modalidades são fundadas na ação unilateral das partes.

Além da ruptura por vontade unilateral das partes contratantes, Maranhão⁴ apresenta a resolução do contrato de trabalho por inadimplemento, que inclui a dispensa do empregado por justa causa e a resolução por iniciativa do empregado por ato faltoso do empregador, também denominada pela doutrina como despedida indireta.

O mesmo Délio Maranhão acrescenta uma modalidade decorrente da impossibilidade da execução do contrato, em razão de fato não imputado aos contratantes. Nessa esteira, o autor cita a força maior, a falência e concordata e o *factum principis*. Apesar da classificação apresentada, o mesmo autor afirma que o fato do príncipe é “uma espécie do gênero força maior”⁵, haja vista que, tanto em um como em outro caso, a motivação que provoca a ruptura do contrato não pode ter sido prevista pelo empregador ou pelo empregado ou ambos não lhe tenham dado causa.

No mesmo sentido, Valentin Carrion⁶ reconhece que o *factum principis* é “uma das espécies de força maior” para o rompimento do contrato de trabalho. Para Délio Maranhão, o enquadramento da modalidade de ruptura do contrato de trabalho, na espécie do gênero força maior, decorre da obrigatoriedade de a indenização pelo Poder

2 NÁUFEL, José. *Novo dicionário jurídico brasileiro*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Parma, 1984. p. 559.

3 MARTINEZ, Luciano. *Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 517.

4 SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas. *Instituições de direito do trabalho*. 11. ed. São Paulo: LTr, 1991. p. 539 e ss.

5 Idem, p. 586.

6 CARRION, Valentin. *Comentários à consolidação das leis do trabalho*. 32. ed. Atual. Eduardo Carrion. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 392.

Público somente ocorrer se o ato praticado não puder ser superado pelo empregador, ou seja, “um fato inevitável, para o qual não haja concorrido o empregador e que torne absolutamente impossível a continuação do contrato”⁷. Ainda com a mesma posição doutrinária, Estevão Mallet⁸ considera a hipótese como uma modalidade peculiar de força maior, pois, apesar de apresentar as características desta, revela diferenças específicas.

3 A REGULAÇÃO LEGAL

O rompimento do contrato de trabalho por fato do príncipe, segundo o art. 486 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), está assim regulado:

No caso de paralisação temporária ou definitiva do trabalho, motivada por ato de autoridade municipal, estadual ou federal, ou pela promulgação de lei ou resolução que impossibilite a continuação da atividade, prevalecerá o pagamento da indenização, que ficará a cargo do governo responsável.

Diante do dispositivo legal, Antônio Lamarca⁹ identifica duas formas de *factum principis*: o decorrente de ação de fato do ente público e o resultante de ato de direito, como no caso de edição de norma jurídica nova. No primeiro caso, é a hipótese de a atividade empresarial cessar por força de ato administrativo e, na segunda hipótese, por edição de lei nova.

O Texto Consolidado revela interpretação de caráter excepcional, pois não pretendeu, com certeza, o legislador afastar o ônus do empregador pelos riscos do negócio empresarial e tampouco desobrigar o empregador pelas consequências das mazelas que praticar na condução do empreendimento. A esse respeito, Francisco Antonio de Oliveira afirma que a hipótese “não abrange aquelas situações que se enquadrarem no risco do próprio empreendimento e cuja previsibilidade era razoável”¹⁰.

O mesmo autor enuncia várias situações que não devem ser consideradas como motivadoras da ruptura por fato do príncipe: as dificuldades impostas ao empregador em razão das políticas governamentais, a cessação de contrato de obra pública, a cessação da atividade por prática ilícita do empregador, a supressão de licença de funcionamento do estabelecimento por irregularidades e outras.

Também não caracteriza o fato do príncipe o cancelamento de uma concessão atribuída pelo Poder Público em caráter precário, pois sabe o concedido que a permissão poderá ser cassada a qualquer tempo¹¹. A precariedade é uma característica inerente à

7 Idem, p. 586.

8 MALLET, Estevão. *Temas de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1998. p. 79.

9 LAMARCA, Antônio. *Contrato individual de trabalho*. São Paulo: RT, 1969. p. 433.

10 OLIVEIRA, Francisco Antonio de. *Comentários à consolidação das leis do trabalho*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 459.

11 SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas. Op. cit., p. 586.

permissão concedida. Apesar de posições contrárias, Sergio Pinto Martins entende que não é caso de fato do príncipe que transfere ao Estado o ônus do pagamento da indenização laboral o ato da Administração Pública de desapropriação, visto que, segundo ele¹², esta se insere no risco do negócio empresarial.

Ademais, o ato caracterizador do fato do príncipe poderá ser praticado em qualquer âmbito da Administração Pública, seja municipal, estadual ou federal.

Destaque-se que o dispositivo legal cogita também a paralisação temporária do trabalho e não só aquela que resulta na cessação do contrato. Nessa situação, apesar de o texto da norma jurídica indicar a responsabilização da Administração Pública pelo pagamento da respectiva indenização, para Estevão Mallet a melhor interpretação pode levar a concluir que, em não ocorrendo a ruptura do contrato, fique o Poder Público com o ônus de pagar “a remuneração devida ao empregado, com os encargos respectivos, tais como FGTS e contribuições previdenciárias”¹³, ou seja, o termo indenização teria um significado amplo e geral.

4 ALGUNS EXEMPLOS

Luciano Martinez¹⁴ exemplifica algumas situações históricas que estariam enquadradas na hipótese do fato do príncipe como motivador da ruptura do contrato de trabalho e responsabilização da Administração Pública pelo pagamento da indenização: a) medidas de racionamento de energia elétrica em 2001; b) desapropriação de áreas submersas pela construção de barragens e de hidroelétricas; c) desapropriação pelo Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária para fins de reforma agrária.

Por sua vez, Sergio Pinto Martins¹⁵ destaca, como exemplo histórico, a interdição da Rua das Palmeiras, na cidade de São Paulo, para a construção do Metrô, pois, em razão das dificuldades de acesso ocasionada pela existência de tapumes, buracos e entulhos, “o comércio naquele local praticamente ficou inutilizado, sendo que muitas empresas fecharam”.

5 OS EFEITOS DO FATO DO PRÍNCIPE

São vários os efeitos decorrentes do fato do príncipe. Em seara processual, caberá ao empregador alegar a responsabilização do ente público, que, depois de notificado, terá trinta dias para as alegações, conforme o § 1º do art. 486 da CLT. O citado dispositivo legal fala em chamada à autoria. A partir desse incidente processual, aceita a intervenção no processo da pessoa de direito público; de regra, admite-se o

12 MARTINS, Sergio Pinto. *Comentários à CLT*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 534.

13 MALLET, Estevão. Op. cit., p. 83.

14 MARTINEZ, Luciano. Op. cit., p. 517-518.

15 MARTINS, Sergio Pinto. Op. cit., p. 533.

desmembramento do processo para que a Justiça do Trabalho decida sobre as verbas não indenizatórias e outro juízo, estadual ou federal, decida sobre a responsabilidade do ente público quanto a esses valores¹⁶.

Afora os aspectos processuais, que não são especificamente tema da abordagem deste escrito, podemos considerar que, especificamente, o ente público estaria obrigado a assumir no caso do fato do príncipe.

Destaquemos que a legislação menciona diretamente o pagamento da indenização pela ruptura do contrato de trabalho. Isto leva a entender que somente esta verba deve ser de responsabilidade do Poder Público, excluídas todas as demais, incluindo remuneração, férias, horas extraordinárias e outras.

Francisco Antonio de Oliveira dá a entender que não restariam mais verbas a serem assumidas pelo ente de direito público após o advento da Constituição Federal de 1988, visto que esta tornou compulsório o regime do FGTS para todos os empregados, de maneira que este absorveu de vez a indenização prevista nos arts. 477, *caput*, e 478¹⁷, *caput*, ambos da CLT. A esse respeito o referido doutrinador afirma com relação ao *factum principis*: “O instituto está praticamente superado pelo regime fundiário, mormente agora que atua em sede de obrigatoriedade (art. 7º, III, da CF/1988)”¹⁸.

Com a devida vênia discordamos, pois não podemos esquecer que, mesmo sendo o FGTS uma indenização do tempo de serviço, cujos valores são depositados pelo empregador em conta vinculada nominal do empregado, ainda persiste a chamada multa pela dispensa sem justa causa, que incide sobre o montante total da conta do FGTS. A Lei nº 8.036/1990 determina que o empregador deposite, na conta vinculada, a importância de 40% (quarenta por cento) do montante de todos os depósitos realizados durante a vigência do contrato e respectivos acréscimos monetários e a título de juros, que lhe atribui um caráter também indenizatório pelo tempo de serviço.

16 Há divergências com relação ao assunto, pois alguns entendem que a Justiça do Trabalho é também competente para decidir sobre a indenização a ser paga pelo ente público. Veja-se, por exemplo, a seguinte ementa: “COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO – INDENIZAÇÃO DECORRENTE DE *FACTUM PRINCIPIS* – O art. 486, § 3º, da CLT foi introduzido no ordenamento jurídico nacional no contexto da Carta Magna de 1934, quando ainda não era reconhecida, constitucionalmente, a competência desta Justiça Especializada para examinar causas em que figurassem como partes os entes da Administração Pública. Todavia, a análise da evolução constitucional das atribuições da Justiça do Trabalho conduz ao entendimento de que a CF/1988 retirou os fundamentos de validade daquele dispositivo celetário, na medida em que lhe foi atribuída, pelo art. 114, a competência para dirimir controvérsias decorrentes da relação de trabalho entre Entidade de Direito Público e trabalhadores. Restando configurado que o fundamento do pedido está assente na relação de emprego – já que o ente público, na ocorrência do *factum principis*, se estabelece na relação processual como litisconsorte necessário, participando efetivamente da relação processual e diante da natureza trabalhista da indenização perseguida, é de se concluir que compete à Justiça Obreira apreciar tanto a questão relativa à caracterização do *factum principis*, como o pleito de indenização, a cargo do governo responsável pelo ato que originou a rescisão contratual. Violação do art. 114 da Constituição Federal de 1988 (TST, RR 596.021/1999.6, 2ª T., Min. Renato de Lacerda Paiva, DJ 16.04.2004). Recurso conhecido e provido” (TST, RR 605365/1999, DJ 17.03.2006. Disponível em: www.tst.jus.br. Acesso em: 6 jul. 2011).

17 Os artigos preveem o pagamento de indenização equivalente a um mês de remuneração por ano de trabalho para o mesmo empregador, ou por fração igual ou superior a seis meses.

18 OLIVEIRA, Francisco Antonio de. Op. cit., p. 434.

No sentido de atribuir a responsabilidade pela multa dos 40% do FGTS à entidade governamental realizadora do fato do príncipe, temos Valentin Carrion¹⁹, Estevão Mallet²⁰ e Sergio Pinto Martins²¹.

6 A INTERPRETAÇÃO DOS TRIBUNAIS

O fato do príncipe como causa para a ruptura do contrato de trabalho é de rara ocorrência na prática; mesmo assim, há casos que compõem a jurisprudência dos Tribunais Trabalhistas brasileiros.

Veja-se, por exemplo, a discussão que se travou à época da autorização de funcionamento dos bingos no Brasil. A atividade foi autorizada pela Lei nº 8.672/1993 como atividade explorada pelo Estado. Posteriormente, a Lei nº 9.615/1998, no art. 60, previu a exploração da atividade por particular mediante concessão; contudo, a Lei nº 9.981/2000 revogou, a partir de dezembro de 2001, os artigos da lei anterior que previam a concessão à iniciativa privada e, finalmente, após várias liminares judiciais e muita confusão, a Medida Provisória nº 168/2004 proibiu a exploração de todas as modalidades de jogos de bingo no país.

Em razão disso, rapidamente em várias ações propostas na Justiça do Trabalho pelos trabalhadores demitidos pelas casas de bingos, passou-se a discutir a responsabilidade do Poder Público no pagamento das respectivas indenizações. De maneira geral, a Justiça do Trabalho não reconheceu, no caso, a caracterização do fato do príncipe, haja vista a precariedade da atividade que se realizava mediante autorização do Estado. A autorização por si revela um caráter discricionário e precário da autoridade concedente, que implica a ciência do empregador da revogação ou cassação da autorização a qualquer tempo. Nesse sentido, o seguinte julgado:

CHAMAMENTO À LIDE DA UNIÃO – OCORRÊNCIA DE *FACTUM PRINCIPIS* – CASA DE BINGOS – PARALISAÇÃO DAS ATIVIDADES – Não há falar em chamamento da União à autoria nem que a paralisação das atividades da reclamada deu-se por força do *factum principis*. O Tribunal Regional consignou que a atividade da reclamada era a exploração dos bingos e que, por conseguinte, tinha conhecimento da precariedade do ramo; assumindo, assim, os riscos do negócio. (RR 10800-23.2006.5.04.0202, DEJT 28.05.2010. Disponível em: www.tst.jus.br. Acesso em: 6 jul. 2011)

De outro lado, há casos de desapropriação em que a Justiça do Trabalho reconheceu a ocorrência do fato do príncipe e, conseqüentemente, transferiu o ônus do pagamento da indenização ao ente público, como na espécie a seguir, que trata de desapropriação pelo Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (Incrá):

19 CARRION, Valentin. Op. cit., p. 486.

20 MALLET, Estevão. Op. cit., p. 83.

21 MARTINS, Sergio Pinto. Op. cit., p. 534.

RECURSO DE REVISTA – *FACTUM PRINCIPIS* CONFIGURADO – Da leitura do acórdão regional não se extrai que o empregador tenha concorrido para a desapropriação de sua propriedade rural, razão pela qual a hipótese é de *factum principis* tal como prevista no art. 486 da CLT, ficando o pagamento da indenização devida aos empregados a cargo do Poder Público, no caso, a autarquia federal (Incra) promotora da desapropriação. Recurso de revista de que não se conhece. (RR 631067/2000, DJ 17.02.2006. Disponível em: www.tst.jus.br. Acesso em: 6 jul. 2011)

Mas, mesmo com a desapropriação, pode acontecer de o fato do príncipe não ficar caracterizado, como na situação em que se constatou má-utilização da propriedade. Na hipótese, entende-se que o empregador contribuiu para o ato da Administração Pública, circunstância que leva à desoneração desta de assumir a indenização pela ruptura dos contratos de trabalho, como no caso a seguir:

FACTUM PRINCIPIS – Desapropriação de imóvel rural em decorrência de sua má utilização. Inocorrência de *factum principis* ante a concorrência da empresa para a desapropriação. Ausência de ofensa à literalidade do art. 486 da CLT. Tese recorrida não infirmada [...]. (AI-RR 681483/2000, DJ 16.02.2001. Disponível em: www.tst.jus.br. Acesso em: 6 jul. 2011)

Entretanto, em outro caso de desapropriação, o Judiciário Trabalhista não reconheceu a hipótese do art. 486 da CLT, sob argumento de que o empregador teria tido tempo hábil para remanejar a trabalhadora para outro setor, em local não atingido pela desapropriação.

RECURSO DE REVISTA – INDENIZAÇÃO DE 40% DO FGTS – DESAPROPRIAÇÃO – FATO DO PRÍNCIPE – Hipótese em que o Regional registrou que a desapropriação era fato público e notório no Município. A caracterização do chamado fato do príncipe pressupõe um ato estatal, de império, e por ser considerado uma espécie do gênero força maior (arts. 501 a 504 da CLT), somente se verifica na ocorrência de circunstância imprevisível. Nesse passo, se o empregador, mesmo diante de um acontecimento inevitável, mas previsível, continua a explorar economicamente o empreendimento, deve assumir os riscos da atividade econômica conforme prevê o art. 2º da CLT, pois, em tal situação, a imprevidência do empregador exclui a razão de força maior (art. 501, § 1º, da CLT). Recurso de revista não conhecido. (RR 14900-59.2001.5.15.0050, DEJT 28.08.2009. Disponível em: www.tst.jus.br. Acesso em: 6 jul. 2011)

Na espécie, tratava-se de empregador entidade sindical que teve parte da área ocupada pela colônia de férias desapropriada por companhia energética para a construção de uma barragem. O empregador, apesar de contar com tempo hábil, não promoveu o remanejamento da trabalhadora para outro setor ou outro local da colônia, simplesmente a afastou do trabalho e somente formalizou a ruptura do contrato de trabalho vários meses depois sob alegação do artigo consolidado, mesmo porque não ocorreu o fechamento imediato da colônia de férias. A esse respeito, o acórdão traz os seguintes argumentos:

[...] a desapropriação não foi inesperada; pelo contrário, conforme bem ponderado pela MM. Juíza *a quo*, bem como pelo MM. Juiz de Direito que apreciou a ação expropriatória, que, rechaçando as argumentações do próprio recorrente, consignou que quanto à surpresa mencionada à fl. 43, ela não se refere à desapropriação em si, que é fato notório neste município (fls. 269); logo, a desapropriação não foi inopinada, o que certamente deu para a entidade sindical, tempo mais do que suficiente para fazer inclusive remanejamentos internos, verificando inclusive a possibilidade de aproveitamento da reclamante em outro setor ou colônia de férias, o que sequer foi alegado nos autos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O fato do príncipe é situação especial de ruptura do contrato de trabalho, que se caracteriza pela ocorrência de ato emanado da autoridade pública com repercussões na impossibilidade de continuação da relação de trabalho.

A ruptura do contrato deve ser inevitável e para ele não poderá o empregador ter contribuído de qualquer maneira, pois isto pode descaracterizar o fato do príncipe.

Caracterizado o fato, fica o ente público responsável pelo pagamento da indenização, e somente desta, que implica reconhecer que as demais verbas trabalhistas, mesmo que rescisórias, continuam ônus do empregador. Nesse sentido, a responsabilidade do Poder Público restringe-se à indenização do FGTS. Ainda que se possa, em tese, discutir que o termo indenização abrigue também eventual ressarcimento ao empregador pelo ente público das demais verbas, o assunto é rechaçado pela doutrina e pela jurisprudência, em razão de uma interpretação restritiva do dispositivo legal que regula a matéria.

REFERÊNCIAS

- CARRION, Valentin. *Comentários à consolidação das leis do trabalho*. 32. ed. Atual. Eduardo Carrion. São Paulo: Saraiva, 2007.
- LAMARCA, Antônio. *Contrato individual de trabalho*. São Paulo: RT, 1969.
- MALLET, Estevão. *Temas de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1998.
- MARTINEZ, Luciano. *Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- MARTINS, Sergio Pinto. *Comentários à CLT*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- NÁUFEL, José. *Novo dicionário jurídico brasileiro*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Parma, 1984.
- OLIVEIRA, Francisco Antonio de. *Comentários à consolidação das leis do trabalho*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- SIDOU, J. M. Othon. *Dicionário jurídico*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.
- SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas. *Instituições de direito do trabalho*. 11. ed. São Paulo: LTr, 1991.

A NECESSÁRIA REVISÃO DA SÚMULA Nº 331 DO TST DIANTE DO NOVO CÓDIGO CIVIL

Raimundo Simão de Melo

Procurador Regional do Trabalho, Mestre e Doutor em Direito pela PUCSP; Professor de Direito e de Processo do Trabalho, Membro da Academia Nacional de Direito do Trabalho.

RESUMO: Na forma da jurisprudência do TST, consubstanciada na Súmula nº 331, a responsabilidade do tomador de serviços nas terceirizações é subsidiária, embasada na culpa *in eligendo* e na culpa *in vigilando*. Com efeito, essa responsabilidade enquadra-se na responsabilidade por ato de terceiro, da empresa prestadora de serviços, sendo que a sua regulamentação constava dos arts. 1.521, 1.522 e 1.523 do Código Civil de 1916, que a justificava, inclusive, com base na culpa do comitente ou, no caso, tomador de serviços. Essa responsabilidade por ato de terceiro, no Código Civil de 2002, foi tratada de forma diferente, agora nos arts. 932, III, 933 e 942, cuja interpretação conjunta decorre que dita responsabilidade passou a ser objetiva, portanto, independentemente de culpa, e solidária. A responsabilidade solidária nas relações de consumo não é novidade no CDC (por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos), sendo que a jurisprudência do STJ tem ampliado-a até mesmo em relação ao fabricante de veículos perante o concessionário que não entrega o produto ao consumidor (REsp 402356 e REsp 1155730), não havendo razão jurídica para assim também não se aplicá-la nas relações de trabalho, considerando-se que o tomador de serviços é quem usufrui dos benefícios decorrentes do trabalho humano. É certo que o fundamento que mais tem rejeitado esse entendimento é o econômico, pois o capital a cada dia mais procura repassar as suas atividades para outras pessoas, sem querer assumir ou para não assumir as responsabilidades decorrentes dos atos dos terceiros por ele nomeados. Todavia, começa a haver uma tendência da jurisprudência sobre a responsabilidade nas terceirizações, de subsidiária para solidária, sendo importante sinal a posição adotada na I Jornada de Direito e Processo do Trabalho, promovida pela Anamatra e pelo TST, em novembro de 2007, aprovando três orientações, nas quais se reconhece a responsabilidade solidária do tomador de serviços pelos atos dos terceiros por ele contratados (Enunciados nºs 10, 11 e 44).

PALAVRAS-CHAVE: Súmula nº 331; responsabilidade; terceirização; Código Civil.

SUMÁRIO: Introdução; 1 A responsabilidade do tomador de serviços na Súmula nº 331 do TST; 2 A responsabilidade por ato de terceiro no Código Civil de 1916; 3 A responsabilidade por ato de terceiro no Código Civil de 2002; 4 Responsabilidade solidária nas relações de consumo; 5 Tendência da jurisprudência sobre a responsabilidade nas terceirizações; 6 Posição adotada na I Jornada de Direito e Processo do Trabalho; Conclusões; Referências.

INTRODUÇÃO

O objetivo deste breve trabalho é rediscutir a responsabilidade do tomador de serviços nas terceirizações, com base na Súmula nº 331 do TST e nas inovadoras disposições legais do Código Civil de 2002 a respeito da responsabilidade por ato de terceiro, para concluir se ela continua sendo subsidiária ou se passou a ser solidária.

A discussão do tema, no momento, tem importância e cabimento porque muitos são os casos de ações trabalhistas em que os trabalhadores pleiteiam o pagamento de verbas trabalhistas e reparações acidentárias, que são reconhecidas em juízo, mas as empresas terceirizadas, prestadoras de serviços, não têm idoneidade financeira para suportá-las, ficando os trabalhadores apenas com uma certidão judicial sem valor econômico¹. Em algumas situações, os prestadores de serviços são tão deficientes economicamente quanto os trabalhadores prejudicados, pois, na verdade, são meros prepostos do capital, que cada vez mais buscam seus intentos de lucro com repasse de suas responsabilidades para terceiros.

É por isso que as formas de terceirização e de intermediação de mão de obra crescem a cada dia, e, com elas, aumenta a precarização do trabalho humano, que se consubstancia, especialmente, pela redução dos salários e dos benefícios legais, pela rotatividade dos trabalhadores no local de trabalho, pelas jornadas de trabalho excessivas, pela não ascensão na carreira, pela desorganização sindical e pelos riscos de acidentes do trabalho em razão do descumprimento das normas de segurança, medicina e higiene do trabalho, entre outros problemas enfrentados pelos trabalhadores terceirizados.

De outro lado, em relação ao tomador de serviços, a terceirização, que consiste na transferência para outrem de atividades consideradas secundárias, teoricamente tem como objetivo diminuir custos e melhorar a qualidade do produto ou serviço². Quer dizer, o maior beneficiado com a terceirização é o capital, se não o seu uso não seria tão grande e assustador, como é público e notório.

Os prejuízos decorrentes das mazelas de muitas das terceirizações são suportados pela sociedade. Assim, é preciso moralizá-las e responsabilizar todos aqueles que compõem a rede produtiva e de benefícios da atividade final, usando, para tanto, a evolução do sistema legal vigente, porquanto a jurisprudência, que tem importante função na solução dos conflitos sociais e judiciais, por isso mesmo precisa acompanhar a evolução legal. Por essas e outras razões, ao final deste trabalho, proponho a alteração da Súmula nº 331 do TST no tocante ao sistema de responsabilidade, de subsidiária com culpa para solidária e objetiva.

1 A RESPONSABILIDADE DO TOMADOR DE SERVIÇOS NA SÚMULA Nº 331 DO TST

As terceirizações trabalhistas no Brasil constituem, hoje, um fenômeno irreversível, parecendo mesmo não ser mais possível combatê-las. Mas os seus efeitos precisam ser observados, especialmente em relação às responsabilidades do tomador de serviços pelos direitos dos trabalhadores.

1 De acordo com Vantuil Abdala, “no TST, existem 9.259 processos em que o trabalhador cobra do tomador de serviços os direitos que não conseguiu receber da prestadora” (Terceirização: anomia inadmissível. Disponível em: www.migalhas.com.br. Acesso em: 3 set. 2010).

2 Cf. BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 6. ed. São Paulo: LTr, p. 452.

Não há no Brasil, ainda, uma lei regulamentando de forma geral e específica o instituto ou fenômeno da terceirização e as respectivas responsabilidades, embora muitos projetos de lei já tenham sido apresentados no Congresso Nacional. Temos, na verdade, algumas poucas regulamentações pontuais. Na Administração Pública existem o Decreto-Lei nº 200/1967 e a Lei nº 5.645/1970. Na esfera privada, a Lei nº 6.019/1974 trata do trabalho temporário, a Lei nº 7.102/1983 do trabalho de vigilância bancária e a Lei nº 8.863/1994, também cuida da hipótese de terceirização para toda a área de vigilância patrimonial, pública ou privada, inclusive para pessoa física. Finalmente, a Lei nº 8.949/1994 introduziu na CLT o parágrafo único do art. 442 sobre a terceirização por meio de cooperativas de trabalho.

O tema é complexo e divide opiniões não somente quanto ao que pode ser terceirizado (atividade-meio ou atividade-fim), como também sobre a forma de responsabilização do tomador de serviços, se subsidiária ou solidária. Na prática, o que mais se usa é a “normatização” por meio da Súmula nº 331 do TST.

Sempre houve preocupação no Direito brasileiro sobre a proteção do trabalhador, diante da intermediação de mão de obra, do atravessador, do “gato” e da *merchandising*. Assim é que foi criada a Súmula nº 256, posteriormente substituída pela Súmula nº 331 do TST, estabelecendo alguns freios contra a exploração do trabalhador nas terceirizações. A última delas, a Súmula nº 331, item IV, em vigor, assegura a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços da seguinte forma:

O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial.

Quando se fala em responsabilidade do tomador de serviços, nada mais se está a dizer senão sobre a responsabilidade por ato de terceiro, que é regulada pelo Código Civil, que deve ser aplicado analogicamente ao caso por autorização do art. 8º da CLT³, que diz textualmente:

As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

Na forma da lei civil, há três tipos de responsabilidade: principal, solidária e subsidiária.

Principal é a responsabilidade única de alguém, que responde sozinho por uma obrigação.

3 Neste sentido diz Alice Monteiro de Barros que “a reformulação da teoria da responsabilidade civil encaixa-se como uma luva na hipótese da terceirização” (Idem, p. 455).

Solidária é a responsabilidade compartilhada entre diversas pessoas no mesmo grau de abrangência, no polo passivo ou ativo. É a responsabilidade em que existe mais de um autor ou responsável, sendo que neste caso qualquer um deles pode ser chamado a responder pela obrigação inadimplida. É uma obrigação múltipla, configurando-se pela presença de mais de uma pessoa em um ou em ambos os polos da relação obrigacional. São exemplos de responsabilidade solidária os grupos de empresas, como consta do § 2º do art. 2º da CLT, e os atos de terceiro, como preconizam os arts. 932, 933 e 942, parágrafo único, do Código Civil.

Subsidiária é a responsabilidade secundária, que se aplica quando o devedor principal não tem condições de arcar com as obrigações inadimplidas, sendo chamado a responder o devedor subsidiário, o qual se responsabilizará pelo pagamento da quantia devida ao credor. O responsável subsidiário somente será acionado depois de esgotadas as possibilidades de se cobrar a obrigação do devedor principal. É uma obrigação secundária, auxiliar ou supletiva em relação à obrigação principal. A responsabilidade subsidiária é uma espécie de responsabilidade solidária.

Na solidariedade as responsabilidades situam-se no mesmo plano, igualando horizontalmente os corresponsáveis; enquanto que, na subsidiariedade, há uma estratificação vertical, implicando no chamamento sucessivo dos responsáveis, sendo chamado primeiro o principal e depois o subsidiário, em um benefício de ordem.

2 A RESPONSABILIDADE POR ATO DE TERCEIRO NO CÓDIGO CIVIL DE 1916

No Código Civil anterior, que influenciou a jurisprudência da época, a responsabilidade por ato de terceiro era regida pelos arts. 1.521 e 1.523, que diziam:

Art. 1.521. São também responsáveis pela reparação civil:

[...]

III – o patrão, amo ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou por ocasião dele (art. 1.522).

Art. 1.523. Excetuadas as do art. 1.521, V, só serão responsáveis as pessoas enumeradas nesse e no art. 1.522, *provando-se que elas concorreram para o dano por culpa, ou negligência de sua parte.* (grifados)

3 A RESPONSABILIDADE POR ATO DE TERCEIRO NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

No Código Civil atual o tema é tratado de forma totalmente diferente, estabelecendo a responsabilidade objetiva e solidária do comitente. Vejamos:

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

[...]

III – o *empregador* ou *comitente*, por seus *empregados*, *serviçais* e *prepostos*, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele. (grifados)

Prescreve o art. 933 do mesmo Código: “As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos”.

Finalmente, consta do art. 942 que

os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação.

Parágrafo único. São solidariamente responsáveis com os autores os co-autores e as pessoas designadas no art. 932.

Da leitura e interpretação sistemática dos referidos dispositivos legais decorre que alguém, mesmo não tendo praticado diretamente ato danoso para outrem, pode ter que responder pelas consequências desse ato, praticado por um terceiro com quem mantenha alguma relação jurídica estabelecida por lei ou contratualmente, sendo esta responsabilidade entre o comitente e o preposto objetiva (art. 933) e solidária (parágrafo único do art. 942).

É o caso das terceirizações trabalhistas, que se enquadram nas figuras do comitente (tomador de serviços) e do preposto (prestador de serviços), este, que está sob a vinculação de um contrato de preposição, exercendo uma atividade sob autoridade e no interesse de outrem, sob suas ordens e instruções, cabendo àquele fiscalizá-la e vigiá-la para que proceda com a devida segurança, de modo a não causar dano a terceiros⁴.

São requisitos para a preposição a existência de um liame entre o comitente e o preposto e um vínculo de subordinação, que, evidentemente, não é aquela subordinação existente entre empregado e empregador, nos termos dos arts. 2º e 3º da CLT.

Na preposição, como afirma Sílvio de Salvo Venosa⁵, “o vínculo de subordinação é mais tênue”. Mesmo que o comitente não exerça o direito de dar ordem, ou o poder de direção, o poder não desaparece. Basta que o poder possa ser exercido potencialmente, ou seja, a possibilidade de o comitente exercer a sua autoridade já possibilita a sua responsabilização, sendo suficiente que os danos causados decorram da execução das cláusulas do contrato que une comitente e preposto, pois, ao contrário disso, muitas situações de danos causados por terceiros na execução de tarefas em benefício do comitente ficariam sem a proteção da lei, deixando-se a vítima sem reparação.

A complexidade moderna das relações sociais, humanas e comerciais é muito mais ampla do que se possa imaginar, pelo que o conceito de preposto não pode resultar taxativamente, especialmente porque a subordinação, que é um dos seus requisitos, varia em relação a cada tipo de contrato ou liame jurídico que une aquele ao comitente ou patrão⁶. Assim, ao invés do conceito taxativo de subordinação para caracterizar a

4 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 144.

5 *Direito civil: responsabilidade civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, v. 4, 2003. p. 69.

6 Comentando o inciso III do art. 932 do Código Civil, dizem Carlos Alberto Menezes Direito e Sérgio Cavalieri Filho que “o que é essencial, para caracterizar a preposição, é que o serviço seja executado

preposição para os efeitos da responsabilidade por ato ou fato de terceiro, a jurisprudência do STJ reconhece a responsabilidade solidária do proprietário do veículo por acidente em que o carro é guiado por terceiros, sob o fundamento do consentimento (REsp 343.649).

A Súmula nº 331 do TST acolheu a responsabilidade direta do tomador de serviços quando a terceirização for irregular⁷, e, subsidiária, quando, em legítimo contrato de prestação de serviços, a prestadora não tiver idoneidade econômico-financeira para satisfazer os direitos dos seus empregados.

Na sua origem, as Súmulas nºs 256 e 331 do TST foram importantes, pois interpretaram a lei civil vigente em relação às consequências decorrentes dos contratos de terceirização para os trabalhadores, estabelecendo a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços. Todavia, a base legal que lhes deu sustentação (arts. 1.521, 1.522 e 1.523 do Código Civil de 1916), no tocante à forma de responsabilização do comitente, não mais vigora no nosso País, tendo sido substituída pelas normas atuais dos arts. 932, 933 e 942, parágrafo único, do Código Civil de 2002, as quais, por coerência, devem nortear a atualização da jurisprudência trabalhista.

Outro aspecto importante da responsabilidade por ato de terceiro no Código Civil de 1916, incorporado pela jurisprudência da época, refere-se à culpa do tomador de serviços (comitente), que, somente na sua presença, poderia ser responsabilizado.

Mas mesmo na época, para amenizar a questão da prova da culpa do comitente, que sempre foi difícil para as vítimas dos danos, esta passou a ser presumida (*juris tantum*) em face da chamada culpa *in vigilando* ou *in eligendo*, tendo o STF aprovado a Súmula nº 341, com o seguinte teor: “É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto”.

Assim, se o patrão ou comitente provasse haver tomado todos os cuidados reclamados pela circunstância do caso concreto, ficava exonerado da responsabilidade pelo ato do seu empregado ou preposto.

sob a direção de outrem, que a atividade seja realizada no seu interesse, ainda que, em termos estritos, essa relação não resultasse perfeitamente caracterizada. De se ressaltar que o conceito de preposição vem sendo ampliado pelos Tribunais, principalmente pelo Superior Tribunal de Justiça, de modo a permitir a responsabilização do dono do veículo que permite o seu uso por terceiro, seja a título de locação (Súmula nº 492), seja a título de empréstimo, ainda que apenas para agradar um filho, um amigo ou conhecido. Apresenta-se como justificativa para essa ampliação o enorme número de acidentes no trânsito e a solidificação da ideia de que o eixo da responsabilidade civil não gira mais em torno do ato ilícito, mas do dano injusto sofrido pela vítima” (*Comentários ao novo código civil*. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, v. XIII, 2004. p. 214/5).

7 Fundamentando-se tão somente na ideia do benefício auferido pela terceirização, mesmo no sistema anterior do Código Civil, já havia pronunciamentos dos Tribunais laborais reconhecendo a responsabilidade objetiva, como se ilustra com o seguinte julgado: “Trata-se de responsabilidade objetiva, decorrente da própria eleição da modalidade de terceirização de determinado tipo de serviço, não procedendo qualquer questionamento acerca da ilicitude do contrato de prestação de serviços entabulado pela empresa prestadora e a tomadora de serviços. E tal entendimento se justifica, na medida em que o tomador dos serviços beneficia-se diretamente da força de trabalho do empregado da prestadora...” (TRT 4ª R., RO 32.022/000-0, Juiz Carlos Alberto Robinson).

Mas a orientação da referida súmula restou superada pelo art. 933 do Código Civil de 2002, que não mais exige culpa do comitente. Ao contrário, estabelece expressamente que a responsabilidade existe independentemente de culpa.

Como afirma Carlos Roberto Gonçalves⁸,

o novo Código Civil consagrou a responsabilidade objetiva, independente da ideia de culpa, dos empregadores e comitentes pelos atos de seus empregados, serviços e prepostos (art. 933), afastando qualquer dúvida que ainda pudesse existir sobre o assunto e tornando prejudicada a Súmula nº 341 do Supremo Tribunal Federal, que se referia ainda à “culpa presumida” dos referidos responsáveis.

Agora somente resta ao empregador ou comitente (tomador de serviços) a comprovação de que o causador do dano não é seu empregado ou preposto, ou que o dano não foi causado no exercício do trabalho que lhe competia, ou em razão dele⁹.

A alteração legal trazida pelo novo Código Civil brasileiro, ainda não percebida por muitos operadores do Direito, representou uma das mais importantes novidades em termos de evolução em matéria de responsabilidade por ato de terceiro, pela adoção da teoria do risco e pelo conseqüente abandono do requisito da inversão do ônus da prova, ou seja, substituiu-se a culpa presumida e o ônus probatório invertido pela objetivação efetiva da responsabilidade civil.

Essa responsabilidade, que consta explicitamente da lei e sobre a qual não cabe mais discussão, fundamenta-se na teoria do risco-proveito¹⁰ do empregador ou tomador de serviços pela atividade que desenvolve, isto porque tanto o empregador em relação ao seu empregado, como o tomador em face às empresas terceirizadas, vivem em função do lucro, pelo que, como adverte Antônio Elias Queiroga¹¹, deve a responsabilidade civil do patrão ou comitente ser examinada com maior rigor do que a responsabilidade civil dos pais, também objetiva, porque estes não tiram nenhum proveito da atividade dos filhos menores; ao contrário do patrão ou comitente, que utiliza os seus empregados ou prepostos com fins lucrativos.

A responsabilidade nas terceirizações entre nós (por ato de terceiro) surgiu em face de três modalidades de culpa: culpa *in eligendo*, porque o comitente-tomador escolheu mal a empresa terceirizada (preposto), por exemplo; culpa *in instruendo*, porque

8 *Responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 148.

9 Analisando o projeto de Código Civil de 1975, que deu origem ao atual, já se manifestava Caio Mário da Silva Pereira, dizendo que: “Todo aquele (pessoa física ou jurídica) que empreende uma atividade que, por si mesma, cria um risco para outrem, responde pelas suas conseqüências danosas a terceiros. Não haverá cogitar se houve um procedimento do comitente na escolha ou na vigilância do preposto, isto é, faz-se abstração da culpa *in eligendo* ou *in vigilando*” (*Responsabilidade civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 289).

10 A insegurança material da vida moderna criou a teoria do risco-proveito, sem se afastar dos princípios de uma moral elevada, sem postergar a dignidade humana e sem deter a marcha das conquistas dos homens (LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. Atual. Ovidio Rocha Barros Sandoval. 2. ed. São Paulo: RT, 1999. p. 336).

11 *Responsabilidade civil e o novo código civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 228.

não foram ministradas ao preposto (empresa terceirizada) as instruções devidas; e culpa *in vigilando*, por falta de uma adequada e precisa vigilância sobre a conduta do agente (empresa terceirizada). Essas modalidades de culpa deveriam ser provadas em cada caso para que o juiz pudesse aceitar a responsabilização do tomador de serviços, mas sempre de forma subsidiária, como nesse sentido se firmou a jurisprudência trabalhista.

Todavia, pelo sistema legal vigente no novo Código Civil essas modalidades de culpa agora são presumidas *juris et de jure*, não incumbindo mais à vítima, como no sistema anterior, prová-las¹², ou seja, a responsabilidade do tomador em face do prestador de serviços passou a ser objetiva.

Portanto, o tomador de serviços, no caso da terceirização, somente se exonerará da responsabilidade em relação aos trabalhadores terceirizados se provar caso fortuito ou força maior, ou que o evento se deu semnexo de causalidade com relação a ele, ou seja, que a conduta foi praticada fora dos limites da preposição¹³.

É certo que precisa ser feita uma lei para regulamentar a terceirização, especialmente sobre o que pode e o que não pode ser terceirizado, mas a responsabilidade já tem supedâneo no Código Civil, porque indubitavelmente se trata de preposição, portanto, de ato de terceiro, em que a responsabilidade do comitente é objetiva e solidária, como penso.

Também pode ser aplicado por analogia o art. 455 da CLT, que estabelece a responsabilidade solidária do empreiteiro e subempreiteiro, nos seguintes termos:

Nos contratos de subempreitada responderá o subempreiteiro pelas obrigações derivadas do contrato de trabalho que celebrar, cabendo, todavia, aos empregados o direito de reclamação contra o empreiteiro principal pelo inadimplemento daquelas obrigações por parte do primeiro.

Igualmente, o art. 16 da Lei nº 6.019/1974 assegura a responsabilidade solidária do tomador de serviços no trabalho temporário, *verbis*:

No caso de falência da empresa de trabalho temporário, a empresa tomadora ou cliente é solidariamente responsável pelo recolhimento das contribuições previdenciárias, no tocante ao tempo em que o trabalhador esteve sob suas ordens, assim como em referência ao mesmo período, pela remuneração e indenização previstas nesta lei.

12 A responsabilidade por fato de outrem, no direito do trabalho, é muito mais facilmente justificada pela teoria do risco-proveito ou, mesmo, do risco da empresa, do que com o emprego de presunção de culpa, tendo essa responsabilidade por fundamento o dever de segurança do empregador ou preponente em relação àqueles que lhe prestam serviços (Cf. DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sérgio. Op. cit., p. 221/13).

13 Cf. Sílvio de Salvo Venosa, que inclusive alerta para o fato de que “o fornecedor e fabricante respondem pelos danos de seus empregados e prepostos causados ao consumidor, independentemente de culpa. Fora do campo do consumidor, ainda se exige a culpa do preposto” (*Direito civil: responsabilidade civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, v. 4, 2003. p. 69). Significa dizer que, no aspecto da responsabilização pelo Código de Defesa do Consumidor, o Direito já atingiu, talvez, o seu auge quanto à humanização na reparação dos danos, o que não ocorreu ainda com relação aos outros campos do Direito, mas que, como pensamos, pode vir a ocorrer em breve na esteira da evolução do instituto da responsabilidade civil, especialmente na área do direito do trabalho, pela sempre presente característica da hipossuficiência, que foi o fundamento maior da responsabilidade sem culpa no CDC.

No tocante às contribuições previdenciárias também existe responsabilidade da tomadora de serviços pelo seu recolhimento, na forma do art. 31 da Lei nº 8.212/1991, que assim estabelece:

A empresa contratante de serviços executados mediante cessão de mão de obra, inclusive em regime de trabalho temporário, deverá reter 11% (onze por cento) do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços e recolher, em nome da empresa cedente da mão de obra, a importância retida até o dia 20 (vinte) do mês subsequente ao da emissão da respectiva nota fiscal ou fatura, ou até o dia útil imediatamente anterior se não houver expediente bancário naquele dia, observado o disposto no § 5º do art. 33 desta lei.

Dessa forma, a Súmula nº 331 do TST, que ainda fala de responsabilidade subsidiária nas terceirizações, deve ser modificada para se adequar às novas regras legais sobre responsabilidade por ato de terceiro, explicitamente inscritas no novo Código Civil, como sendo objetiva¹⁴ e solidária.

Esta alteração se faz necessária e urgente para se por freio aos desmandos decorrentes das muitas terceirizações irresponsáveis e desastrosas não somente para os trabalhadores e a sociedade, mas também para as empresas sérias que se enganam com os almejados benefícios do novo sistema de trabalho. Ademais, sabendo-se de antemão da responsabilidade solidária, o tomador vai pensar duas vezes antes de adotar a terceirização e, ainda, se adotá-la, vai escolher bem o parceiro e fiscalizar a execução do contrato. Com isso, o sistema poderá ser moralizado, como ocorre em muitos outros países, que não deixam de adotar a terceirização, porém, diante do sistema rígido de responsabilidade, ela é usada em menor escala e com propósitos realmente sérios.

Essa revisão cabe, de ofício, à Comissão de Jurisprudência do TST, cujo art. 54 e inciso III do Regimento Interno estabelecem: “À Comissão de Jurisprudência e de Precedentes Normativos cabe: [...] propor edição, revisão ou cancelamento de súmulas, de precedentes normativos e de orientações jurisprudenciais”.

Também pode ser pedida pelo Ministério Público do Trabalho, na forma da Lei Complementar nº 75/1993, cujo art. 83 e inciso VI dizem:

Compete ao Ministério Público do Trabalho o exercício das seguintes atribuições junto aos órgãos da Justiça do Trabalho: [...] VI – recorrer das decisões da Justiça do Trabalho, quando entender necessário, tanto nos processos em

14 Aliás, a responsabilidade objetiva no direito do trabalho não constitui nenhuma novidade, já estando assentada de muito em inúmeros julgados dos Tribunais Regionais do Trabalho e do próprio Tribunal Superior do Trabalho não só no tocante à terceirização, mas em outras questões, como, por exemplo, no tocante às estabilidade provisórias da gestante e do trabalhador acidentado, com relação à ciência anterior do fato ao empregador. Os dois acórdãos seguintes são ilustrativos dessa assertiva: “Por isso, quando o empregador despede a empregada gestante sem justa causa, ainda que disso não saiba, assume o risco dos ônus respectivos. É, pois, uma questão de responsabilidade objetiva...” (TST, ERR 3630/7, SDI. Disponível em: www.tst.gov.br). “Doença profissional. Garantia de emprego. Art. 118 da Lei nº 8.213/1991. Constatado, ainda que no curso do aviso-prévio, estar o trabalhador acometido de doença profissional, faz ele jus à garantia prevista no art. 118 da Lei nº 8.213/1991. O fato de a empresa não ter ciência da doença, quando da dação do pré-aviso, não retira do empregado o direito previsto legalmente, porquanto este funda-se em responsabilidade objetiva. Recurso provido” (TST, RR 10501/97, 2ª T., Rel. Moacir Roberto Tesch, DJU 11.11.1997, p. 57484).

que for parte como naqueles em que oficiar como fiscal da lei, bem como *pedir revisão dos enunciados da súmula de jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho*. (grifo nosso)

4 RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Nas relações de consumo, a responsabilidade do fabricante, do produtor, do construtor, do importador e do fornecedor de serviços é objetiva e solidária, como estabelece o Código de Defesa do Consumidor, nos arts. 12 e 14, *verbis*:

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, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

Se nas relações de consumo respondem solidariamente todos aqueles que fazem parte da rede de benefícios em face do consumidor, não há razão para assim também não ser nas relações de trabalho, diante do avassalador fenômeno das terceirizações, com prejuízos para os trabalhadores e benefícios para os tomadores de serviço, que ficam com o lucro da atividade desenvolvida.

5 TENDÊNCIA DA JURISPRUDÊNCIA SOBRE A RESPONSABILIDADE NAS TERCEIRIZAÇÕES

A responsabilidade solidária do tomador de serviços nas terceirizações já está sendo reconhecida na jurisprudência dos nossos Tribunais, primeiro na Justiça comum e, agora, na Justiça do Trabalho, como de forma ilustrativa se vê das decisões a seguir ementadas:

ACIDENTE DO TRABALHO – INDENIZAÇÃO – RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA – O fato de ser a empresa-ré mera tomadora de serviço, mantendo o obreiro vínculo empregatício com outra empresa, não exime a primeira de responder por eventuais danos causados ao segundo ao prestar serviço em suas dependências, posto ser responsável pela segurança e fiscalização de todos e quaisquer trabalhadores que ali exerçam suas atividades. (2º TACivSP, AI 502.794, 4ª C., Rel. Juiz Amaral Vieira, J. 09.12.1997)

ACIDENTE DE TRABALHO – DANOS MORAIS E MATERIAIS – MOTORISTA DE CAMINHÃO-TANQUE – COMBUSTÍVEL AQUECIDO A 150 GRAUS CENTÍGRADOS – VAZAMENTO SOBRE O CORPO DO TRABALHADOR – RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DAS TRANSPORTADORAS E DA PRODUTORA E DISTRIBUIDORA DE DERIVADOS DE

PETRÓLEO – LEI DO PETRÓLEO – REGULAMENTO DO TRANSPORTE DE PRODUTOS PERIGOSOS – DECRETO Nº 96.044/1998 – FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO – Empresa que explora petróleo nas bacias sedimentares brasileiras e distribui seus derivados responde solidariamente com as respectivas transportadoras e com os destinatários, seja pela rigorosa legislação que rege a espécie, seja pela função social do contrato. Pela concreção que lhe têm dado os douts, observa-se que a função social do contrato tem até maior aplicação no direito do trabalho do que no próprio direito civil. Demonstra-se isso pela história de ambos os ramos do Direito. Aquele se desprende deste, à medida que normas sociais específicas tornaram-se necessárias. O direito do trabalho é, assim, originariamente, a parte social do direito civil. Se assim é, somando-se a isso a gama contratual moderna tendente a prejudicar os direitos dos trabalhadores, com terceirizações, quarteirizações, cooperativismos meramente formais, fugas da tipologia do contrato de emprego, o direito do trabalho é o terreno mais fértil para a frutificação da função social do contrato. Na espécie dos autos, as sucessivas contratações e subcontratações de transportadoras, com a participação da fornecedora, para a consecução do trabalho de apenas uma pessoa, o motorista, não sofrem qualquer cisão para fins de exclusão da responsabilidade de qualquer dos partícipes da cadeia contratual iniciada na distribuidora de derivados de petróleo. Ao trabalho uno, às responsabilidades unas do motorista corresponde a responsabilidade também una de todos os beneficiários de seu labor, mormente as transportadoras e a distribuidora, em relação às quais as normas legais não deixam qualquer dúvida acerca da responsabilidade solidária. (TRT 3ª R., Proc. 00365-2005-068-03-00-5/RO, 4ª T., Rel. Des. Juiz Júlio Bernardo do Carmo, publ. 18.11.2006)

Nesta última decisão, corretamente o Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região reconheceu a responsabilidade solidária da tomadora de serviços e de todas as demais empresas envolvidas, argumentando que, embora não sendo empregadora direta do reclamante, a ré é responsável pela segurança das pessoas envolvidas na distribuição do combustível por ela produzido até a chegada ao revendedor. Essa responsabilidade é parte da função social da empresa. No caso, havia uma teia de pseudotransportadores que atuavam em benefício da ré, que foi negligente em relação à proteção da saúde do trabalhador acidentado.

6 POSIÇÃO ADOTADA NA I JORNADA DE DIREITO E PROCESSO DO TRABALHO

Na I Jornada de Direito e Processo do Trabalho, promovida pela Anamatra e pelo TST, em novembro de 2007, foi acolhida a responsabilidade solidária da empresa tomadora de serviços nos seguintes termos:

Enunciado nº 10: Terceirização. Limites. Responsabilidade solidária. A terceirização somente será admitida na prestação de serviços especializados, de caráter transitório, desvinculados das necessidades permanentes da empresa, mantendo-se, de todo modo, a responsabilidade solidária entre as empresas.

Enunciado nº 11: Terceirização. Serviços públicos. Responsabilidade solidária. A terceirização de serviços típicos da dinâmica permanente da Administração Pública, não se considerando como tal a prestação de serviço público à comu-

nidade por meio de concessão, autorização e permissão, fere a Constituição da República, que estabeleceu a regra de que os serviços públicos são exercidos por servidores aprovados mediante concurso público. Quanto aos efeitos da terceirização ilegal, preservam-se os direitos trabalhistas integralmente, com responsabilidade solidária do ente público.

Enunciado nº 44: Responsabilidade civil. Acidente do trabalho. Terceirização. Solidariedade. Em caso de terceirização de serviços, o tomador e o prestador respondem solidariamente pelos danos causados à saúde dos trabalhadores. Inteligência dos arts. 932, III, 933 e 942, parágrafo único, do Código Civil e da Norma Regulamentadora nº 4 (Portaria nº 3.214/1977 do Ministério do Trabalho e Emprego).

Cabe salientar que da I Jornada de Direito e Processo do Trabalho, que aprovou a tese da responsabilidade solidária nas terceirizações, participaram juizes do trabalho, procuradores do trabalho, advogados, professores, estudantes, entre outros interessados nas lides trabalhistas, o que pressupõe uma nova visão sobre o tema em análise neste artigo doutrinário.

CONCLUSÕES

No Código Civil brasileiro de 2002, a responsabilidade por ato ou fato de terceiro, que é a hipótese das terceirizações de serviços, é objetiva e solidária, cabendo ao prejudicado escolher entre os corresponsáveis aquele que tiver melhores condições financeiras para arcar com os prejuízos sofridos. Essa é a conclusão extraída da leitura e interpretação sistemática dos arts. 932, III, 933 e 942 do novo diploma civil, que, por força do art. 8º da CLT, tem aplicação na seara trabalhista.

Na hipótese, ao contrário da orientação da Súmula nº 331 do TST, não importa que se trate de terceirização lícita ou ilícita, em atividade-meio ou fim, pois os arts. 932, III, 933 e 942 e parágrafo único do Código Civil não fazem qualquer distinção sobre a responsabilidade do comitente. Em especial e de forma cristalina, diz o art. 933 que as pessoas indicadas nos incisos I a V do art. 932, “ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos”.

Desse modo, para se adequar aos novos comandos legais, deve o col. Tribunal Superior do Trabalho reformular o item IV da Súmula nº 331 da sua jurisprudência para fazer constar a responsabilidade objetiva e solidária do tomador de serviços nas terceirizações.

Essa revisão é hoje necessária não somente para proteger os trabalhadores terceirizados, mas também para moralizar o instituto da terceirização, irreversível que é, e dar segurança jurídica àquelas empresas tomadoras que usam o sistema com objetivos verdadeiros e não para simplesmente diminuir custos por conta da subtração de direitos trabalhistas.

Dessa forma, sabendo o tomador, de antemão, que será responsável solidário com o prestador de serviços pelas obrigações trabalhistas, certamente terá mais cuidado na decisão de terceirizar e na escolha do parceiro.

REFERÊNCIAS

- BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 6. ed. São Paulo: LTr.
- CAIRO JÚNIOR, José. *O acidente do trabalho e a responsabilidade civil do empregador*. São Paulo: LTr, 2003.
- DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Comentários ao novo código civil*. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, v. XIII, 2004.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; POMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, v. III, 2003.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- LIMA, Alvino. *A responsabilidade civil pelo fato de outrem*. Atual. Nelson Nery Junior. 2. ed. São Paulo: RT, 2000.
- _____. *Culpa e risco*. Atual. Ovídio Rocha Barros Sandoval. 2. ed. São Paulo: RT, 1999.
- MELO, Raimundo Simão. *Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador – Responsabilidades – Danos material, moral e estético*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2010.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- QUEIROGA, Antônio Elias de. *Responsabilidade civil e o novo código civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, v. 4, 2003.

CONSIDERAÇÕES SOBRE A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/2010

Gilza Mariane Coutinho Borges

Bacharel em Direito pela Faculdade Campo Limpo Paulista (FACCAMP),
Estagiária do Ministério Público de São Paulo (estágio prorrogado nos
termos do parágrafo único do art. 76 da Lei Complementar Estadual
nº 734/1993, incluído pela Lei Complementar Estadual nº 1.083/2008),
Auxiliar de Ensino da Faculdade Campo Limpo Paulista (FACCAMP).

RESUMO: O presente artigo objetiva apontar os principais posicionamentos jurídicos acerca do art. 226, § 6º, da Constituição Federal, alterado pela Emenda Constitucional nº 66/2010, que dispõe sobre a dissolubilidade do casamento civil pelo divórcio, suprimindo o requisito de prévia separação judicial por mais de 1 (um) ano ou de comprovada separação de fato por mais de 2 (dois) anos.

PALAVRAS-CHAVE: Emenda Constitucional nº 66/2010; separação judicial; separação de fato; dissolução da sociedade conjugal; divórcio; dissolução do matrimônio; restabelecimento da sociedade conjugal.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Vigência; 2 Alterações; 2.1 Comparação; 3 Separação; 3.1 Separação judicial; 3.2 Separação de fato; 4 Divórcio; 4.1 Noções introdutórias; 4.2 Regulamento após o advento da Emenda Constitucional nº 66/2010; 5 Jurisprudência; Considerações finais; Referências.

INTRODUÇÃO

A Emenda Constitucional nº 66, promulgada em 13 de julho de 2010, veio para alterar a redação do art. 226, § 6º, da Constituição Federal, que dispõe sobre a dissolubilidade do casamento civil pelo divórcio, suprimindo o requisito de prévia separação judicial por mais de 1 (um) ano ou de comprovada separação de fato por mais de 2 (dois) anos.

Tal emenda originou-se da proposta do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFam) e foi nomeada, na Câmara dos Deputados, de PEC 413/2005.

Antes de seu advento, como regra, havia um primeiro momento, em que ocorria a dissolução da “sociedade conjugal” – separação –, e um segundo momento, em que se realizava a dissolução do matrimônio – divórcio, ocasião que exigia o prazo de, no mínimo, um ano após a dissolução da sociedade conjugal. A exceção era a realização do até então chamado “divórcio direto”, que dependia da comprovação da separação de fato do casal por mais de dois anos.

Com a entrada em vigor da referida emenda, ao suprimir o requisito de prévia separação judicial por mais de 1 (um) ano ou de comprovada separação de fato por mais de 2 (dois) anos, surgiram diferentes posicionamentos a respeito do art. 226, § 6º, da CF. Há juristas que entendem que, com a novel regra, o instituto da separação foi extinto e outros que defendem a sobrevivência do instituto.

No decorrer deste artigo, serão apontadas as alterações provenientes da emenda constitucional, apresentados os principais posicionamentos, bem como o entendimento de um promotor de Justiça da região que atua na área de família e sucessões.

1 VIGÊNCIA

A Emenda Constitucional nº 66 foi promulgada em 13.07.2010 e publicada no Diário Oficial da União em 14.07.2010. De acordo com seu art. 2º, a alteração passou a valer a partir de sua publicação, ou seja, desde 14.07.2010.

2 ALTERAÇÕES

2.1 Comparação

Para melhor compreensão do conteúdo aqui abordado, primeiramente é necessário que conheçamos a redação do art. 226, § 6º, da CF, antes e após o advento da EC 66/2010. Assim, vejamos o quadro abaixo:

Antes do advento da EC 66/2010	Após o advento da EC 66/2010
Art. 226, <i>caput</i> : A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.	Art. 226, <i>caput</i> : sem alterações.
§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos.	§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

Em síntese, antes do advento da Emenda Constitucional nº 66, de 2010, para que houvesse o divórcio do casal, era necessário o cumprimento de um dos dois requisitos exigidos constitucionalmente, quais sejam, a separação judicial por mais de um ano ou a comprovada separação de fato por mais de dois anos. Após o advento, a Carta Magna deixou de exigir tais requisitos, possibilitando o divórcio direto e a qualquer tempo.

3 SEPARAÇÃO

3.1 Separação judicial

A separação judicial, de acordo com o art. 1571, inciso III, do Código Civil, é uma das causas de dissolução da sociedade conjugal, *in verbis*:

Art. 1.571. A sociedade conjugal termina:

I – pela morte de um dos cônjuges;

II – pela nulidade ou anulação do casamento;

III – pela separação judicial;

IV – pelo divórcio.

Nesse ponto, convém destacar que *dissolução da sociedade conjugal* não se confunde com rompimento do vínculo matrimonial, que ocorre apenas com o divórcio. Assim, o consorte, enquanto na condição de separado, não pode convolar novas núpcias. Nos dizeres de Maria Helena Diniz, a separação judicial seria, então, “uma medida preparatória da ação do divórcio”¹.

Com relação às espécies, a doutrina classifica a separação judicial em:

- a) *Consensual ou por mútuo consentimento*, prevista no art. 1.574 do Código Civil. Nesse caso, ambos os consortes estão de acordo com os termos da separação; a lei exige que estejam casados há mais de 1 (um) ano e o procedimento judicial está previsto nos arts. 1.120 a 1.124 do Código de Processo Civil.
- b) *Litigiosa ou não consensual*, prevista no art. 1.572 do Código Civil. Nessa hipótese, a separação é efetivada por iniciativa de apenas um dos consortes e a lei não exige como requisito qualquer prazo com relação ao casamento. Nesse sentido tem lecionado Diniz, ao referir que o dispositivo legal permite “a separação judicial a pedido de um dos cônjuges, mediante procedimento contencioso, qualquer que seja o tempo de casamento, estando presentes hipóteses legais, que tornam insuportável a vida em comum”².

Ainda, aponta a jurista que “tanto a separação consensual como a litigiosa dependem de sentença homologatória do juiz, no primeiro caso, e decisória, no segundo, por isso são denominadas, genericamente, ‘separação judicial’”³.

Com relação aos efeitos da sentença que homologa ou decreta a separação judicial, dispõe o art. 1.576 do Código Civil que “põe termo aos deveres de coabitação, fidelidade recíproca e ao regime de bens”, sendo que a sentença somente perderá sua eficácia com eventual reconciliação dos consortes, prevista no art. 1.577, *caput*, do Código Civil, *in verbis*: “Art. 1.577. Seja qual for a causa da separação judicial e o modo como esta se faça, é lícito aos cônjuges restabelecer, a todo tempo, a sociedade conjugal, por ato regular em juízo”.

Assim, a sentença que homologou ou decretou a separação judicial poderá perder sua eficácia, uma vez que, pelo diploma legal acima exposto, “permite-se aos consortes restabelecerem, a qualquer tempo, a sociedade conjugal, nos termos ou condições em que fora constituída, contanto que o façam por ato regular em juízo, em regra, mediante requerimento nos autos da ação de separação” (*RT*, 419:319, 495:229; *RJTJSP*, 30:47).

3.2 Separação de fato

De acordo com a antiga redação do art. 226, § 6º, da Constituição Federal, o divórcio também poderia ocorrer se ficasse comprovada a separação de fato dos consortes por 2 (dois) anos ou mais; era o que a doutrina denominava “divórcio direto”, pois não

1 DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, v. 5, 2011. p. 302.

2 *Idem*, p. 312.

3 *Idem*, p. 302.

se exigia o ingresso de separação judicial. Essa possibilidade também foi disciplinada pela legislação infraconstitucional, a saber, no art. 40 da Lei nº 7.841/1989: “No caso de separação de fato, e desde que completados dois anos consecutivos, poderá ser promovida a ação de divórcio, na qual deverá ser comprovado decurso do tempo de separação”.

Assim, para o pedido do chamado divórcio direto, conforme leciona Silvio de Salvo Venosa, “bastava alegar e comprovar a separação de fato do casal por dois anos ou mais, não havendo necessidade de ser declinada a causa dessa separação”⁴.

4 DIVÓRCIO

4.1 Noções introdutórias

Neste tópico, convém destacar a elementar diferença entre o instituto da separação e o do divórcio.

A separação apenas relaxa os liames do matrimônio, mas não rompe o vínculo conjugal, uma vez que, de acordo com o art. 1.576 do CC, apenas põe fim aos deveres de fidelidade recíproca, de coabitação e ao regime de bens. Portanto, havendo pedido das partes, é admitido o restabelecimento da sociedade conjugal.

O divórcio, por seu turno, além de dissolver a sociedade conjugal, rompe o vínculo matrimonial, permitindo-se aos consortes, uma vez divorciados, a possibilidade de contrair novo matrimônio. Em virtude desse efeito, ao contrário do que se permite na separação judicial, não há possibilidade de restabelecimento da sociedade conjugal; para tanto, é necessária a convalidação de novas núpcias.

4.2 Regulamento após o advento da Emenda Constitucional nº 66/2010

Como estudamos no capítulo anterior, pela antiga redação do art. 226, § 6º, o divórcio somente era possível após o cumprimento de um dos dois requisitos: a) separação judicial há mais de um ano; ou b) separação de fato há mais de dois anos.

Com a nova redação, não se exigem mais tais requisitos. Com isso, surgiram diferentes posicionamentos após o advento da EC 66/2010. Alguns juristas entendem que o instituto da separação foi extinto; outros, que o instituto ainda subsiste.

Maria Berenice Dias⁵ é uma das juristas que aponta o divórcio como a única ação dissolutória do casamento, argumentando que o instituto da separação foi eliminado, pois todos os dispositivos da legislação infraconstitucional a ele referentes restaram derogados e não mais integram o ordenamento jurídico. Logo, não é possível buscar em juízo a decretação da dissolução da sociedade conjugal (Dias, 2010).

4 VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. 11. ed. São Paulo: Atlas, v. 6, 2011. p. 211.

5 Maria Berenice Dias é advogada especializada em Direito das Famílias, Sucessões e Direito Homoafetivo; Desembargadora aposentada do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul; Vice-Presidente Nacional do Instituto Brasileiro de Direito de Família/IBDFam; Pós-Graduada e Mestre em Processo Civil.

Um de seus argumentos é no sentido de que:

A nova ordem constitucional veio para atender ao anseio de todos e acabar com uma excrescência que só se manteve durante anos pela histórica resistência à adoção do divórcio. Mas, passados mais de 30 anos, nada, absolutamente nada justifica manter uma dupla via para assegurar o direito à felicidade, que nem sempre está na manutenção coacta de um casamento já roto.⁶

Assim, o argumento de que o instituto da separação subsiste em razão de os artigos da lei civil ainda disporem sobre o assunto é absurdo, “pois vai de encontro ao significativo avanço levado a efeito: afastou a interferência estatal que, de modo injustificado, impunha que as pessoas se mantivessem casadas” (Dias, 2010).

Outro ponto relevante que a jurista sustenta é que a novel regra atinge as ações em andamento:

Todos os processos de separação perderam o objeto por impossibilidade jurídica do pedido (CPC, art. 267, inciso VI). Não podem seguir tramitando demandas que buscam uma resposta não mais contemplada no ordenamento jurídico. No entanto, como a pretensão do autor, ao propor a ação, era pôr um fim ao casamento, e a única forma disponível no sistema legal pretérito era a prévia separação judicial, no momento em que tal instituto deixa de existir, ao invés de extinguir a ação, cabe transformá-la em ação de divórcio. [...] Como o pedido de separação tornou-se juridicamente impossível, ocorreu a superveniência de fato extintivo ao direito objeto da ação, o que precisa ser reconhecido de ofício pelo juiz (CPC, art. 462). Deste modo, sequer há a necessidade de a alteração ser requerida pelas partes. Somente na hipótese de haver expressa oposição de ambos os separandos à concessão do divórcio deve o juiz decretar a extinção do processo. [...] A verdade é uma só: a única forma de dissolução do casamento é o divórcio, eis que o instituto da separação foi banido – e em boa hora – do sistema jurídico pátrio. Qualquer outra conclusão transformaria a alteração em letra morta.⁷

Entendimento diverso possui Clito Fornaciari Júnior⁸, ao sustentar que a Emenda Constitucional nº 66/2010 não veio para extinguir o instituto da separação, mas, apenas, para suprimir o requisito constitucional de separação prévia, permitindo a realização do divórcio direto, imediato, a qualquer tempo e só com a vontade de uma das partes (Fornaciari Jr., 2011).

Assim, argumenta que a emenda

6 DIAS, Maria Berenice. EC 66/2010 – E agora? Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=653>>. Acesso em: 4 ago. 2011.

7 Idem.

8 Clito Fornaciari Júnior é Mestre em direito processual civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; Advogado e Parecerista em São Paulo; trabalhou na elaboração de normas infraconstitucionais relativas à reforma constitucional de 1977 junto à Procuradoria-Geral da República; Membro do Instituto dos Advogados do Brasil, integrando as Comissões de Direito Civil e de Direito Processual Civil, da International Bar Association, do Instituto dos Advogados de São Paulo, do Instituto Brasileiro de Direito Processual e do Instituto Brasileiro de Direito de Família.

[...] somente eliminou a dignidade constitucional que fora atribuída às condições impostas para que fosse possível o divórcio, que eram a prévia separação judicial por mais de um ano ou, então, a separação de fato por mais de dois. A só isso se limitou, de modo que esses requisitos deixaram de ser exigíveis, pois a nova redação do § 6º do art. 226 restou prevendo que “o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”. Quando, como, por que são problemas da legislação comum, que só não pode proclamar que o casamento civil é indissolúvel ou retirar a possibilidade do divórcio.⁹

Assim, para Fornaciari, “a legislação infraconstitucional não foi alterada, subsistindo, até que isso ocorra, o quanto disposto no Código Civil, inclusive no que tange à própria disciplina do divórcio” (Fornaciari Jr., 2011).

Nessa linha, contrária, inclusive, o argumento de que a novel regra revela-se como resultado do “amadurecimento da sociedade brasileira”, pois:

Os efeitos diversos que decorrem de um divórcio e de uma simples separação representam opções que se conferem, aí sim em total prestígio da liberdade, aos casais, sem lhes constranger a, diante da crise ou até do malogro da vida comum, acabar, desde logo, com o próprio casamento. Há quem sustente que isso é fruto de uma simples questão religiosa. Não é de se ver a coisa nessa dimensão, mas, se o for, tem que ser respeitada, pois nosso sistema também assegura a liberdade religiosa.¹⁰

Logo, ao contrário do que defende Dias, para Fornaciari, “nada autoriza a conversão imediata da separação judicial em curso em divórcio direto; nem se faz aceitável cobrar, sob pena de extinção, a modificação do pedido, de modo a postular o autor o divórcio”¹¹. Para o mestre:

O “amadurecimento da sociedade brasileira” melhor se mostrará com a concessão de opções diversas a quem tem interesses diversos, embora como outras, também submetida ao casamento. Suas esperanças, suas convicções religiosas, sua vontade de ser um pouco mais ou um pouco menos livre são direitos inalienáveis, que ninguém cedeu, nem deve fazê-lo, à vontade coletiva, que, da mesma forma, não lhe pode ser imposta.¹²

Por fim, de forma maestria, preceitua Fornaciari que:

A lei não pertence a quem a concebeu: é obra interpretável com os instrumentos de sua própria arte. Da interpretação pode resultar não ter sido a intenção do idealizador a que veio a se tornar norma obrigatória [...].¹³

Nesse mesmo sentido entende o Professor Universitário e Promotor de Justiça de Jundiá Claudemir Battalini¹⁴. Em entrevista realizada, consignou que as disposições do

9 FORNACIARI JÚNIOR, Clito. Sobrevive a separação conjugal. *Tribuna do Direito*, jun. 2011.

10 Idem.

11 Idem.

12 Idem.

13 Idem.

14 Claudemir Battalini é 9º Promotor de Justiça de Jundiá; atua na área de Família e Sucessões; Professor

Código Civil, no que tange à separação, não foram revogadas; assim, o instituto ainda existe. Se o legislador quisesse excluir o instituto da separação, deveria ter revogado expressamente os dispositivos da legislação ordinária que dispõem sobre a separação.

Assim, argumenta que a Emenda Constitucional nº 66/2010 veio apenas para retirar a separação prévia como requisito do divórcio, ficando ao critério das partes optar pela separação ou pelo divórcio.

Com a possibilidade de escolha, se as partes não estiverem muito certas quanto ao rompimento definitivo do vínculo matrimonial, é admissível que ingressem com ação de separação, uma vez que, optando por este instituto, é possível que, ao repensarem a união e, eventualmente, reconsiderarem o ato anterior, poderão restabelecer a sociedade conjugal – o que, aliás, estaria em consonância com o próprio objetivo da Constituição Federal em preservar a família.

Ao contrário, se as partes não tiverem a oportunidade de realizar sua opção e forem “obrigadas” a ingressar com a ação de divórcio, na hipótese de pretenderem reatar o vínculo matrimonial, deverão convolar novas núpcias.

Além dessas questões, apontou o entrevistado que a Constituição Federal sequer deveria tratar desse assunto, que deveria ser reservado apenas às leis infraconstitucionais.

5 JURISPRUDÊNCIA

Em virtude de a Emenda Constitucional nº 66/2010 ser recente, nem todos os Tribunais Superiores possuem jurisprudência abordando o assunto. Entretanto, abaixo consta a ementa de um acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Espírito Santo – favorável ao argumento de que os dispositivos do Código Civil não se mostram materialmente incompatíveis com a novel regra –, bem como algumas ementas de acórdãos proferidos pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais¹⁵, que abordam alguns pontos sobre a EC 66/2010. Vejamos:

Agravo de instrumento. 1. Ação de separação litigiosa c/c alimentos. Proposta ministerial de extinção sem resolução de mérito. Suposta impossibilidade jurídica do pedido. 2. Advento da EC 66/2010. Ausência de manifestação dos Tribunais. Cizânia doutrinária. *Leading case*. 3. Legislador constituinte. Retirada do palco constitucional dos requisitos imprescindíveis à separação. Antigo anseio dos estudiosos. Separação judicial não suprimida do ordenamento. 4. Legislação infraconstitucional. Compatibilidade com a nova redação da CF/1988. Dissolução da sociedade conjugal e do casamento civil. Distinção. 5. Liberdade ao legislador ordinário. 6. Exposição de motivos. Ausência de força normativa. Recurso improvido. (TJES, AI 24100917921, 3ª C.Cív., Relª Desª Eliana Junqueira Munhos Ferreira, voto unânime, J. 30.11.2010)

do Curso de Direito da Universidade Anchieta.

15 Ementas extraídas do artigo “Jurisprudência sobre divórcio pós-EC 66/2010”. Disponível em: <<http://professorpaulohermano.wordpress.com/2011/05/24/acordaos-sobre-divorcio-pos-ec-662010/>>. Acesso em: 9 ago. 2011.

Com a Emenda Constitucional nº 66/2010, para a extinção do vínculo conjugal, não mais se discute sobre separação, sanção ou falência. Portanto, considerando a norma inserta no art. 462 do Código de Processo Civil, para a decretação da separação, não há mais necessidade dos requisitos tempo ou culpa, sob pena de rematada incoerência na medida em que, se, para o divórcio, que extingue o vínculo conjugal, não há qualquer requisito, com muito mais razão não se pode exigir qualquer requisito para a separação. V.v.p. [...]. (TJMG, AC 1.0079.08.405935-5/001, 8ª C.Cív., Rel. Des. Bitencourt Marcondes, Rel. p/o Ac. Fernando Botelho, Publ. 11.05.2011)

FAMÍLIA – AÇÃO DE DIVÓRCIO DIRETO CONSENSUAL – ADVENTO DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/2010 – SUPRESSÃO DA EXIGÊNCIA DE LAPSO TEMPORAL DE SEPARAÇÃO DE FATO OU JUDICIAL – DECRETAÇÃO DO DIVÓRCIO – Com a entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 66, deu-se nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal, que dispõe sobre a dissolubilidade do casamento civil pelo divórcio, restando suprimida a exigência de prévia separação judicial do casal por mais de 1 (um) ano ou da comprovação da separação de fato por mais de 2 (dois) anos, razão pela qual, havendo pedido, deve ser decretado, de imediato, o divórcio do casal. (TJMG, Processo nº 1.0210.09.062455-7/001(1), Des. Elias Camilo, 16.12.2010)

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE DIVÓRCIO DIRETO CONSENSUAL – PROVA COLHIDA PERANTE CENTRAL DE CONCILIAÇÃO – CONTAGEM DO LAPSO DE SEPARAÇÃO DE FATO – EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/2010 – APLICAÇÃO IMEDIATA E EFICÁCIA PLENA – AUSÊNCIA SUPERVENIENTE DE INTERESSE RECURSAL – RECURSO NÃO CONHECIDO – A Emenda Constitucional nº 66/2010 é norma de eficácia plena e de aplicabilidade direta, imediata e integral, que regulamenta, inclusive, os processos em curso, como *in casu*. Diante do fato de que a prova questionada se prestaria única e exclusivamente à aferição do lapso entre a separação de fato e o pedido de divórcio direto, com o advento da nova norma constitucional, pela qual o divórcio passou a independer de restrição temporal ou causal, tornando-se o simples exercício de um direito potestativo das partes, a controvérsia resta esvaziada de interesse recursal. O interesse recursal, enquanto requisito subjetivo de admissibilidade do recurso, deve estar presente até o julgamento deste, motivo pelo qual, face à superveniente ausência de interesse recursal, deve o recurso sofrer juízo de admissibilidade negativo, motivo pelo qual não deve ser conhecido. Recurso não conhecido. (TJMG, Rel. Vieira de Brito, Publ. 01.12.2010)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como pudemos constatar, com o advento da EC 66/2010, surgiram dois posicionamentos a respeito do instituto da separação conjugal: uns entendem que o instituto foi extinto; outros, que subsiste.

Os argumentos sustentados pelas duas correntes são consistentes e envolvem juristas qualificados. A jurisprudência, em razão de a emenda ser recente, ainda não reúne considerável número de julgados.

Portanto, até que, eventualmente, se solidifique alguma tese jurídica a respeito da matéria em comento, resta a nós, operadores do Direito, interpretar a novel regra de acordo com o entendimento de cada um, não nos esquecendo, entretanto, de que a interpretação não deve ser utilizada de forma isolada, restrita, mas sim de forma ampla e com observância a todos os princípios que regem um Estado Democrático de Direito.

A nosso ver, o entendimento de que o instituto da separação ainda subsiste tem fundamento, uma vez que os artigos da legislação infraconstitucional não foram expressamente revogados e também não se mostram incompatíveis com a nova redação constitucional.

Assim, permitir que os próprios consortes tenham a liberdade de optar pelo instituto que melhor atende a seus interesses é, indubitavelmente, um grande prestígio à liberdade. Além disso, uma vez admitido o instituto da separação, é possível que, eventualmente, haja a reconciliação do casal e o restabelecimento da sociedade conjugal, o que, evidentemente, está em perfeita harmonia com os preceitos constitucionais, que tratam a família como a base da sociedade.

REFERÊNCIAS

- BATTALINI, Claudemir. Entrevista concedida à Gilza Mariane Coutinho Borges. Jundiaí, São Paulo, 2 ago. 2011.
- DIAS, Maria Berenice. EC 66/2010 – E agora? Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=653>>. Acesso em: 4 ago. 2011.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, v. 5, 2011.
- FORNACIARI JR., Clito. Sobrevive a separação conjugal. *Tribuna do Direito*, jun. 2011.
- FRANÇA, Júnia Lessa; VASCONCELLOS, Ana Cristina de. *Manual para normalização de publicações técnico-científicas*. 8. ed. Minas Gerais: UFMG, 2007.
- HERMANO, Paulo. Jurisprudência sobre divórcio pós-EC 66/2010. Disponível em: <<http://professorpaulohermano.wordpress.com/2011/05/24/acordaos-sobre-divorcio-pos-ec-662010/>>. Acesso em: 9 ago. 2011.
- SEVERINO, Antônio Joaquim. *Metodologia do trabalho científico*. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Cortez, 2007.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. 11. ed. São Paulo: Atlas, v. 6, 2011.

REQUISITOS À PROTEÇÃO DA INVENÇÃO

Paulo Orestes Formigoni*

Doutorando em Administração (PhD) pela FCU (Florida Christian University), Mestre em Ciências na área de Engenharia Mecatrônica pela USP (Universidade de São Paulo)¹, Graduado em Física no Instituto de Física da USP, Agente de Propriedade Industrial habilitado pelo INPI (Instituto Nacional de Propriedade Industrial), Professor de Física e Pesquisa Operacional nos cursos de Graduação da FACCAMP, Professor de Física do ITB (Instituto Técnico de Barueri). Estudou três semestres no curso de Direito da FACCAMP.

RESUMO: O objetivo deste artigo é descrever os conceitos básicos que envolvem a patente, as condições legais e o método para sua obtenção no Brasil. Centralizamos o foco nas questões de mérito, como a novidade, a atividade inventiva e a aplicação industrial, e não no procedimento administrativo, sobre o qual apenas esclarecemos a importância da suficiência descritiva.

PALAVRAS-CHAVE: Patente; modelo de utilidade; propriedade industrial; invenção.

sumário: Introdução; 1 Tipos de patentes; 2 Natureza jurídica da patente; 3 Obtenção legal de uma patente; 3.1 Novidade; 3.2 Atividade inventiva; 3.3 Aplicação industrial; 3.4 Suficiência descritiva; 4 O que não é patenteável pela lei; 4.1 O que não se considera invenção nem modelo de utilidade; 4.1.1 Descobertas, teorias científicas, métodos matemáticos, regras de jogo, criações puramente abstratas, artísticas ou estéticas; 4.1.2 Apresentação de informações; 4.1.3 Programas de computador em si; 4.1.4 Técnicas e métodos operatórios, cirúrgicos, terapêuticos e de diagnóstico; 4.2 Matéria não patenteável; Conclusão; Referências.

E o Espírito de Deus o encheu de sabedoria, entendimento, ciência e em todo o labor, e para criar *invenções*, para trabalhar em ouro, e em prata, e em cobre, e em lapidar de pedras para engastar, e em entalhar madeira, e para trabalhar em toda a obra esmerada. (Êxodo 35:31-33)

INTRODUÇÃO

Primeiramente, devemos esclarecer a diferença entre invenção e patente de invenção. Entende-se como invenção uma criação intelectual de efeito técnico ou industrial². Assim, a invenção significa uma nova concepção, até então inexistente ou não revelada, com resultados técnicos ou industriais. A invenção se diferencia do conceito de descoberta, enquanto a invenção é uma coisa nova, a descoberta é mera revelação de algo que já se encontrava na natureza, que apenas não era explorado pela

* Endereço eletrônico do autor: formigoni@usp.br ou profpauloformigoni@gmail.com.

1 Departamento de Engenharia Mecatrônica e Sistemas Mecânicos. A pesquisa do autor é voltada para simulações e modelagem de campos acústicos ultrassônicos em modo pulso-eco em superfícies de geometrias diversas.

2 JABUR, Wilson Pinheiro; SANTOS, Manuel J. Pinheiro dos. *Propriedade intelectual: criações industriais, segredos de negócio e concorrência desleal*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 101.

humanidade. Já a patente é “um título expedido pela Administração Pública, que confere a seu titular, durante um período determinado, um monopólio sobre a invenção e sobre as diversas explorações industriais e comerciais”.

Como instrumento jurídico, a patente de invenção é o direito de propriedade que confere proteção à invenção. A patente de invenção, também conhecida como carta-patente, é um título conferido pelo Estado, que, no Brasil, fica atribuído ao órgão federal INPI – Instituto Nacional da Propriedade Industrial.

O direito de propriedade sobre a invenção é conferido pelo Estado, por meio de uma patente que consiste na exclusividade temporária de exploração do invento. Funciona como uma recompensa e um estímulo ao inventor pelo seu trabalho³. O INPI descreve que

patente é um título de propriedade temporária sobre uma invenção ou modelo de utilidade, outorgados pelo Estado aos inventores ou autores ou outras pessoas físicas ou jurídicas detentoras de direitos sobre a criação. Em contrapartida, o inventor se obriga a revelar detalhadamente todo o conteúdo técnico da matéria protegida pela patente. Durante o prazo de vigência da patente, o titular tem o direito de excluir terceiros, sem sua prévia autorização, de atos relativos à matéria protegida, tais como fabricação, comercialização, importação, uso, venda, etc.

1 TIPOS DE PATENTES

Na lei brasileira, são identificados dois objetos que possibilitam a obtenção de patente: as patentes de invenção e as patentes de modelo de utilidade. A patente de invenção é uma patente clássica, pois derivada de uma criação intelectual, pela qual se obtém uma solução para um problema técnico existente, podendo ter como objeto tanto um novo produto quanto um novo processo⁴.

Já a patente de modelo de utilidade também tem por objeto uma criação, mas se constitui na forma de um objeto ou parte deste, resultando em uma melhoria no seu uso ou fabricação⁵. A Lei nº 9.279, em seu art. 8º, estabelece: “É patenteável como modelo de utilidade o objeto de uso prático, ou parte deste, suscetível de aplicação industrial, que apresente nova forma de disposição, envolvendo ato inventivo, que resulte em melhoria funcional no seu uso ou em sua fabricação”.

2 NATUREZA JURÍDICA DA PATENTE

Muitas são as teorias acerca da natureza jurídica dos bens de propriedade industrial, incluídas, aqui, as patentes de invenção e de modelo de utilidade. Preferimos a adotada por José R. Gusmão, elaborada em sua tese de doutorado, que define a natureza

3 MANTIELO, Fabrício Zamprogna. *Código civil comentado*: Lei nº 10.406, de 10.01.2002. 2. ed. São Paulo: LTr, 2005.

4 JABUR, Wilson Pinheiro; SANTOS, Manuel J. Pinheiro dos. Op. cit., p. 104.

5 Idem, ibidem.

jurídica para os bens de propriedade industrial como *sui generis*⁶. Ele alerta que não se trata de um direito de propriedade puro e simples, mas, por serem bens imateriais e incorpóreos, tornam-se insuscetíveis à posse. A patente também possui uma particularidade, que é a proteção temporária.

Segundo Venosa, os bens incorpóreos são entendidos como abstração do Direito; não têm existência material, mas existência jurídica.

Cita Venosa, também, que existem três categorias de bens móveis: por natureza, por antecipação e por determinação da lei⁷. Assim sendo, é descrito na lei que regula os direitos e obrigações relativos à propriedade industrial, Lei nº 9.279, de maio de 1996, em seu art. 5º, que: “Consideram-se bens móveis, para os efeitos legais, os direitos de propriedade industrial”.

3 OBTENÇÃO LEGAL DE UMA PATENTE

O Instituto Nacional de Propriedade Industrial – INPI é uma Autarquia Federal responsável pelo processamento e concessão dos direitos relacionados às patentes. Esse órgão analisa os requisitos de validade exigidos pela Lei nº 9.279/1996.

Na Lei de Propriedade Industrial, verifica-se, no art. 8º, que existem requisitos de validade para a obtenção da patente. Esses requisitos de validade são de forma e de mérito. As condições de mérito são: a novidade, a atividade inventiva e a produção industrial. A Lei nº 9.279, em seu art. 8º, estabelece: “É patenteável a invenção que atenda aos requisitos de novidade, atividade inventiva e aplicação industrial”.

Uma vez presentes as condições legais, a patente concedida confere a seu titular o direito de impedir o uso da invenção ou do modelo por terceiros não autorizados⁸.

O prazo de vigência da patente de invenção é de 20 anos, e o do modelo é de 15 anos, contados da data do depósito no INPI⁹. E a partir do depósito, no qual já existe a proteção, o depositário pode negociar esta, com venda ou licenciamento, pois possui uma expectativa de direito, apesar de recomendarmos a negociação apenas quando possuir o direito de fato.

É interessante ressaltar que, ao realizar o depósito no INPI, este registra não apenas a data, mas também a hora, o minuto e o segundo.

3.1 Novidade

O requisito novidade é o principal caracterizador de uma invenção patenteável. Para que a invenção seja uma novidade, esta não pode estar compreendida no estado

6 GUSMÃO, José Roberto d’Affonseca. *L’acquisition du droit sur la marque au Brésil*. Paris: Litec, 1990. p. 9-47.

7 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*: parte geral. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 292.

8 Lei nº 9.279/1996, art. 42.

9 Lei nº 9.279/1996, art. 40.

da técnica¹⁰. O estado da técnica é constituído por tudo aquilo tornado acessível ao público antes da data de depósito do pedido de patente, por descrição escrita ou oral, por uso ou qualquer outro meio, no Brasil ou no exterior.

3.2 Atividade inventiva

O art. 13 da LPI define que a invenção é dotada de atividade inventiva sempre que, para um técnico no assunto (aquele com mediana experiência e conhecimento), não decorra de maneira evidente ou óbvia (que não envolve habilidade ou capacidade além daquela usualmente inerente a um técnico no assunto).

Dessa forma, as invenções, para serem patenteáveis, não podem ser decorrência de justaposições de processos, meios e órgãos conhecidos, simples mudança de forma, proporções, dimensões e materiais, salvo se, no conjunto, o resultado obtido apresentar um efeito técnico (resultado final alcançado por meio de procedimento peculiar a uma determinada arte, ofício ou ciência) novo ou diferente (que resulte diverso do previsível ou, não óbvio, para um técnico no assunto).

Por técnico no assunto deve entender-se aquele com mediana experiência e conhecimento, e não um experto ou técnico com elevadíssimo e vasto conhecimento técnico na área.

Considerando que o efeito técnico diferente é avaliado com base na justaposição de elemento ou conhecimentos pertencentes ao estado da técnica, em geral, serão utilizados, no exame de tal requisito, mais de uma referência ou documento que, analisados em conjunto e comparados com o pedido de patente de invenção, permitirão uma conclusão quanto ao nível inventivo presente. Note-se que o requisito de atividade inventiva levará em conta somente o estado da técnica, conforme definido na LPI, não cabendo a utilização de pedidos de patente depositados no Brasil e não publicados anteriormente à data de depósito do pedido em exame para análise do requisito de atividade inventiva. Segundo o § 2º do art. 11 da LPI, tais pedidos só integrarão o estado da técnica para o fim de análise do requisito de novidade.

3.3 Aplicação industrial

O art. 15 da LPI define expressamente o termo “susceptíveis de aplicação industrial” para o patenteamento das invenções ou criações. Por sua vez, a CUP, em seu art. 1º (3) estabelece que a propriedade industrial deve ser entendida na sua acepção mais ampla, aplicando-se não só à indústria propriamente dita, mas também às indústrias agrícolas e extrativas e a todos os produtos manufaturados e naturais. O termo *indústria* deve ser compreendido, pois, como incluindo qualquer atividade física de caráter técnico, isto é, uma atividade que pertença ao campo prático e útil, distinto do campo artístico. A invenção ou o modelo de utilidade deve, portanto, pertencer ao domínio das realizações, ou seja, deve se reportar a uma concepção operável na indústria, e não a

10 Lei nº 9.279/1996, art. 11.

um princípio abstrato. Assim, uma invenção ou modelo de utilidade será considerada como suscetível de aplicação industrial se o seu objeto for passível de ser fabricado ou utilizado em qualquer tipo de indústria.

3.4 Suficiência descritiva

O requisito de suficiência descritiva obriga que a invenção ou criação deva ser descrita de forma perfeitamente clara e completa de modo a permitir sua reprodução por um técnico no assunto.

Além dos requisitos anteriormente relacionados (art. 8º da LPI¹¹), as invenções devem apresentar suficiência descritiva como elemento fundamental para o processo de pedido de patente, como também para obter a certificação. É no detalhamento da descrição da invenção que o analista técnico consegue classificar se o inventor realizou uma atividade inventiva ou um ato inventivo.

A invenção é uma concepção resultante do exercício da capacidade de criação do homem, que represente uma solução para um problema técnico específico dentro de um determinado campo tecnológico e que possa ser fabricada ou utilizada industrialmente. As invenções como soluções para um problema de natureza técnica podem referir-se: a um produto, a um meio ou processo para se obter um determinado resultado, a um aparelho para uma finalidade específica ou a um determinado uso¹². Exemplo: uma invenção relativa a aparelhos telefônicos, em que, inicialmente, resolveu-se o problema da comunicação pela aplicação da ação eletromagnética.

Os modelos de utilidade constituem-se de nova forma ou disposição introduzida em objeto de uso prático, ou em parte deste, suscetível de aplicação industrial e que envolva ato inventivo, resultando em melhoria funcional no seu uso ou em sua fabricação.

Entende-se, então, que a distinção entre ato inventivo e atividade inventiva é uma questão de graduação de nível criativo, pois que um está relacionado a uma decorrência “vulgar ou comum” e a outra a uma decorrência óbvia ou evidente. Considera-se que a forma ou disposição obtida ou introduzida em objeto apresenta melhoria funcional sempre que venha a facilitar, dar maior comodidade, praticidade e/ou eficiência à sua utilização ou obtenção. Por sua vez, em se tratando de máquinas ou partes de máquinas, o requisito estará também preenchido se as adaptações ou disposições forem introduzidas com o objetivo de conferir uma melhor condição de utilização *per se*, independentemente da melhoria ou desempenho ou eficiência do equipamento como um todo. A melhor utilização poderá também ocorrer de uma combinação/conjunto de elementos conhecidos (kits, pré-moldados, etc.) ou até de uma disposição específica de fibras, em se tratando de trama de urdidura e entrelaçamento de fio (tecidos e similares). Constituem-se de nova forma ou disposição introduzida em objeto de uso prático, ou em parte deste, suscetível de aplicação industrial e que envolva ato inventivo, resultando em melhoria funcional no seu uso ou em sua fabricação.

11 LPI – Lei de Propriedade Industrial.

12 INPI.

4 O QUE NÃO É PATENTEÁVEL PELA LEI

A lei não permite a patente do que não se considera invenção nem modelo de utilidade, como as descobertas, as teorias, as criações puramente intelectuais, artísticas ou estéticas, além da matéria não patenteável que se enquadre no que for contra a moral e os bons costumes, todo ou parte dos seres vivos, exceto os micro-organismos transgênicos que atendam aos três requisitos de patenteabilidade – novidade, atividade inventiva e aplicação industrial e matéria relativa à transformação do núcleo atômico, com exceções analisadas a seguir.

4.1 O que não se considera invenção nem modelo de utilidade

Os arts. 10 e 18 da Lei de Propriedade Industrial explicitam não serem considerados invenção nem modelo de utilidade uma série de ações, criações e atividades intelectuais, além de questões morais. Entre as matérias elencadas, destacamos as mencionadas a seguir.

4.1.1 Descobertas, teorias científicas, métodos matemáticos, regras de jogo, criações puramente abstratas, artísticas ou estéticas

A descoberta consiste na revelação ou identificação de algo (ou fenômeno) até então ignorado, mas já existente na natureza, por meio da capacidade de observação do homem.

As invenções são patenteáveis, mas as descobertas não são.¹³

Um método rápido de cálculo de raízes, um método para mapear objetos ou ensinar línguas estrangeiras, regras de jogos, método para resolver palavras cruzadas, apresentação cuja característica principal seja o conteúdo de informações, etc.

O desenvolvimento de um método rápido de cálculo de raízes não é enquadrado como invenção. Todavia, a máquina de calcular construída para operar de acordo com o método desenvolvido se constitui em invenção.

Um método matemático para desenhar filtros é uma concepção puramente intelectual e abstrata. O filtro desenhado de acordo com tal método, entretanto, é uma criação patenteável.

Métodos para ensinar línguas estrangeiras, resolver palavras cruzadas, métodos de jogo (definido por suas regras) ou esquemas para organizar operações comerciais não se constituem em invenções. Os dispositivos ou equipamentos idealizados para executar tais concepções, contudo, são criações concretas que se enquadram no conceito de patentes.

As criações que envolvem aspectos puramente estéticos ou artísticos, por não apresentarem caráter técnico, não são consideradas invenções. Por sua vez, se o efeito estético ou artístico é obtido por meio de meios envolvendo características técnicas,

13 Gadi/USP, 1998.

tais meios constituem matéria patenteável, podendo, inclusive, o próprio produto obtido ser passível de proteção. Assim, um efeito estético ou artístico obtido em tecidos por meio de relevos, tramas e urdiduras não é patenteável. Porém, quando a obtenção de tal tecido se realizou por meio de processo específico de tecelagem e formação de tufo, o processo e o tecido resultante são invenções, sem que o efeito estético ou artístico tenha sido levado em consideração.

4.1.2 Apresentação de informações

Apresentação de informações, cuja característica essencial seja o conteúdo das informações que, apresentadas por meios diversos (sinais acústicos, visuais, etc.), são gravadas em suportes variados. Mensagem por meio de telégrafo, peças musicais gravadas, fitas magnéticas de computador com dados ou programas gravados, sinais de tráfego pela mensagem apresentada, etc. não se constituem em invenções. Isso também vale quando ocorre a associação de funções específicas, como o uso de etiquetas coloridas em *containers* utilizados para transportar cargas em navios que relacionam cores específicas ao país de destino do *container* ou os halteres utilizados nas academias de ginástica quando a determinação das cores de tais halteres é realizada em função do peso destes¹⁴.

4.1.3 Programas de computador em si

Os programas de computador são abordados na Lei nº 9.609/1998, que dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programas de computador.

O programa de computador em si é excluído da proteção patentária, todavia, se o programa controla a operação de um computador, mesmo que convencional, de modo a resolver um problema de natureza técnica, a unidade resultante do conjunto programa e computador pode ser uma invenção patenteável¹⁵.

4.1.4 Técnicas e métodos operatórios, cirúrgicos, terapêuticos e de diagnóstico

As técnicas e métodos operatórios, cirúrgicos, terapêuticos e de diagnóstico são excluídas da proteção patentária, todavia a criação de um equipamento ou dispositivo que auxilie na operação, mesmo que convencional, de modo a resolver um problema de natureza técnica, pode ser uma invenção patenteável.

4.2 Matéria não patenteável

Considerando que a proteção patentária garante ao titular o direito exclusivo de excluir terceiros do uso sobre o bem protegido e levando-se em conta que o interesse coletivo deve prevalecer sobre os interesses individuais, cada país, ao reconhecer o

14 Gadi/USP, 1992.

15 FEDERMAN, Sonia Regina. *Patentes: desvendando seus mistérios*. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2006.

sistema patentário e, ser for o caso, dentro das imposições do Acordo Trips, tem o direito, em vista de seus próprios interesses e respeitando os princípios da CUP, de delimitar a matéria a ser protegida. Esse tipo de restrição do art. 18 da LPI está presente em praticamente todas as legislações em nível mundial.

A disposição legal deve ser entendida de modo a alcançar somente as invenções cujo caráter de licitude relacione-se diretamente ao objeto da invenção, não alcançando aquelas cuja ilicitude pode advir de uma das formas ou modos particulares de utilização ou emprego da invenção não previstas no relatório descritivo do pedido. Nesse sentido, o art. 18 da LPI considera como não patenteáveis:

1. O que for contra a moral e os bons costumes (invenções contrárias aos cultos religiosos e aos sentimentos dignos de respeito e veneração), a ordem pública (invenções contrárias às leis e à segurança pública) e a saúde pública (invenções de finalidade exclusivamente contrária à saúde).

Como ordem pública, para os efeitos da presente disposição, incluem-se as invenções contrárias às leis e à segurança pública. A proibição em razão da lei deve ser expressa incluindo-se as invenções que se refiram a ramos de atividade ou industrial cuja exploração seja proibida, como, por exemplo, as invenções relacionadas ao beneficiamento de produtos com fim exclusivamente alucinógeno.

Por outro lado, as invenções que se destinem aos jogos de azar (por exemplo, jogo de roleta) não se incluiriam, necessariamente, nas proibições, uma vez que a lei coíbe tão somente a exploração não autorizada de tais jogos, e não o jogo em si. No que tange à segurança, o exemplo citado em nível internacional diz respeito às denominadas cartas-bomba, uma vez que estas têm como única finalidade o dano, atingindo de forma direta à segurança pública.

No que se refere às invenções de finalidade contrárias à saúde, não se incluem aquelas que indiretamente possam pôr em risco a saúde ou mesmo a vida das pessoas que as empregam ou que estejam sujeitas aos seus efeitos ou consequências. Nesse caso, seriam incluídas tão somente as invenções que tivessem finalidade exclusivamente contrárias à saúde, hipótese praticamente inexistente.

Quanto a invenções de finalidade contrária à moral, aos cultos religiosos e aos sentimentos dignos de respeito e veneração, trata-se de interpretação bastante subjetiva e mutável, uma vez que tais conceitos relacionam-se aos costumes e valores sociais¹⁶.

2. Matéria relativa à transformação do núcleo atômico (são patenteáveis somente os equipamentos, máquinas, dispositivos e similares e, eventualmente, processos extrativos que não alterem ou modifiquem as propriedades físico-químicas dos produtos ou matérias).

3. Todo ou parte dos seres vivos, exceto os micro-organismos transgênicos que atendam aos três requisitos de patenteabilidade – novidade, atividade inventiva e aplicação industrial – previstos no art. 8º e o que não sejam mera descoberta.

16 STRENGER, Irineu. *Marcas e patentes: verbetes, jurisprudência*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2004.

Organismos transgênicos são definidos no art. 18, parágrafo único, como sendo organismos, exceto o todo ou parte de plantas ou de animais, que expressem, mediante intervenção humana direta em sua composição genética, uma característica normalmente não alcançável pela espécie em condições naturais.

CONCLUSÃO

A pesquisa científica e o desenvolvimento tecnológico são pilares de uma nação soberana, porém a comunidade tecno-científica brasileira possui o hábito de publicar seus desenvolvimentos em revistas especializadas internacionais sem antes proteger esses bens. Isso ocorre porque os investimentos e bolsas de fomentação utilizam como índice o número de publicações do pesquisador e não as patentes.

O sistema de patentes brasileiro está de acordo com os procedimentos, padrões e regras internacionais, assim nossos pesquisadores podem proteger suas invenções tanto nacionalmente como internacionalmente pelo próprio INPI.

A invenção, que é uma criação intelectual de efeito técnico ou industrial, na qual seu criador, ao receber a carta patente desse invento, torna-se proprietário de um bem móvel que pode ser comercializado de várias maneiras. A lei brasileira protege e identifica em objetos: as patentes de invenção e as patentes de modelo de utilidade.

O INPI é responsável pelo processamento e concessão dos direitos relacionados às patentes. Esse órgão analisa os requisitos de validade que são de forma ou de mérito. As condições de mérito são: a novidade, a atividade inventiva e a produção industrial.

Como se trata de uma área que tem por fim o estímulo à evolução tecnológica, e esta é cada vez mais rápida e expressiva, o sistema de patentes deve estar atualizado na mesma medida para absorver e proteger as novidades que surgem.

REFERÊNCIAS

- FEDERMAN, Sonia Regina. *Patentes: desvendando seus mistérios*. Rio de Janeiro: Quality-mark, 2006.
- GUSMÃO, José Roberto d’Affonseca. *L’acquisition du droit sur la marque au Brésil*. Paris: LITEC, 1990.
- INPI. Instituto Nacional de Propriedade Industrial. Disponível em: www.inpi.gov.br.
- JABUR, Wilson Pinheiro; SANTOS, Manuel J. Pinheiro dos. *Propriedade intelectual: criações industriais, segredos de negócio e concorrência desleal*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- MANTIELLO, Fabrício Zamprogna. *Código civil comentado: Lei nº 10.406, de 10.01.2002*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2005.
- STRENGER, Irineu. *Marcas e patentes: verbetes, jurisprudência*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2004.
- UNIVERSIDADE de São Paulo. Grupo de Assessoramento ao Desenvolvimento de Inventos. *Patentes: manual de procedimentos*. São Paulo: Gadi/USP, 1992.
- _____. *Patentes*. 4. ed. Imprenta. São Paulo: Gadi/USP, 1997.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO*

Janio Paulo dos Santos

Aluno do 7º período do curso de direito da FACCAMP.

RESUMO: Estuda-se, neste trabalho, a prerrogativa do foro privilegiado, além de um breve comparativo do instituto no exterior e a celeridade do processo no Foro por prerrogativa de função.

PALAVRAS-CHAVE: Funções especiais; Constituição Federal; autoridade; impunidade.

SUMÁRIO: Introdução; 1 O foro privilegiado no Brasil; 2 Breve análise do foro privilegiado no exterior; 3 Comparativo da década de 1970 com os dias atuais; Conclusão; Fontes de pesquisa.

INTRODUÇÃO

O foro especial, foro por prerrogativa de função ou, ainda, foro privilegiado foi contemplado inicialmente pela Constituição Imperial, de 1824, quando se conferia ao Senado competência para conhecer dos delitos individuais praticados pelos membros da Família Real, Ministros, Conselheiros, Senadores e Deputados – art. 47. A Constituição Republicana de 1891, bem como todas as que lhe seguiram, não só manteve como ampliou o instituto.

A Constituição atual confere ao *Supremo Tribunal Federal* competência para processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República, os membros do Congresso Nacional, os Ministros e o Procurador-Geral da República, quando acusados pela prática de infrações comuns, art. 102, inciso I, *b*; na letra *c* do mesmo dispositivo, amplia as benesses para outras autoridades.

1 O FORO PRIVILEGIADO NO BRASIL

O Brasil adota o sistema de foro privilegiado, ou seja, ações penais contra determinadas autoridades tramitam nos Tribunais, e não nos Juízos de primeira instância. Nas palavras de Pontes de Miranda, “diz-se foro privilegiado aquele que cabe a alguém, como direito seu (elemento subjetivo, pessoal, assaz, expressivo); portanto, o foro do juízo que não é o comum” (*Comentários à Constituição de 1967*. São Paulo: RT, t. V, p. 237). Segundo Júlio Fabbrini Mirabete, “há pessoas que exercem cargos e funções de especial relevância para o Estado e em atenção a eles é necessário que sejam processados por órgãos superiores, de instância mais elevada” (*Processo penal*. 2. ed. São Paulo: Atlas, p. 181). Em síntese: órgãos superiores da Justiça teriam maior independência para julgar altas autoridades.

* Pesquisa realizada sob orientação da Professora Dra. Diana Helena de Cássia Guedes Marmorá Zainaghi.

No Brasil, proclamada a República na Constituição de 1891, no art. 57, § 2º, instituiu o foro privilegiado, dando competência ao Senado para julgar os membros do Supremo Tribunal Federal nos crimes de responsabilidade e, ao STF, para julgar os juízes federais inferiores (art. 57, § 2º) e o Presidente da República e os Ministros de Estado, nos crimes comuns e de responsabilidade (art. 59, II). A partir de então, ora mais, ora menos, todas as Constituições mantiveram o foro privilegiado.

Atualmente, a Constituição de 1988 dá ao Senado Federal competência para julgar o Presidente da República, o Vice-Presidente, os Ministros do STF, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União, nos crimes de responsabilidade (art. 52, I e II). Ao STF cabe julgar o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República nos crimes comuns, e, nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado, os membros dos Tribunais Superiores (STJ, TST, TSE e STM), do Tribunal de Contas da União e chefes de missão diplomática de caráter permanente (art. 102, I, *b e c*).

Ao Superior Tribunal de Justiça cabe julgar, nos crimes comuns, os Governadores de Estados e do Distrito Federal e, nestes e nos de responsabilidade, os Desembargadores dos Tribunais de Justiça, os membros de Tribunais de Contas dos Estados, TRFs, TRTs, TRES, Conselhos e Tribunais de Contas dos Municípios e agentes do Ministério Público que atuem nos Tribunais (art. 105, I, *a*). Aos Tribunais Regionais Federais atribui-se o julgamento, nos crimes comuns e de responsabilidade, dos Juízes Federais, Juízes do Trabalho, Juízes Militares e Procuradores da República, da área de sua jurisdição (art. 108, I, *a*). Ao Tribunal Superior Eleitoral cabe julgar os Juízes dos Tribunais Regionais Eleitorais e, a estes, julgar os Juízes Eleitorais, nos crimes de responsabilidade. Finalmente, aos Tribunais de Justiça cabe o julgamento dos Prefeitos (CF, art. 29, VIII) dos Juízes de Direito e Promotores de Justiça, Secretários de Estado e outras autoridades conforme previsão nas Constituições Estaduais.

Este é o sistema brasileiro. Necessário, ainda, explicar que crimes comuns são os previstos no Código Penal e leis extravagantes, e crimes de responsabilidade são aqueles praticados por funcionários públicos e agentes políticos (p. ex., Prefeitos e Juízes) em razão de suas funções. De resto, cumpre registrar que os Deputados Federais e Senadores, uma vez recebida pelo STF a denúncia oferecida pelo Ministério Público Federal, poderão ter a ação penal sustada, se assim decidir a Casa a que pertençam (CF, art. 53, § 3º).

2 BREVE ANÁLISE DO FORO PRIVILEGIADO NO EXTERIOR

Cada país adota o sistema que lhe parece mais conveniente. No continente europeu, a Constituição de 1974 de Portugal não prevê ação penal originária nos Tribunais, porém estabelece que os Deputados só podem ser processados com autorização da Assembleia (art. 160, inciso 3). Na Espanha, a Constituição de 1978, ao tratar do Poder Judicial (arts. 117 a 127), não prevê a existência de foro privilegiado. Na Constituição Suíça de 2006, inexistente menção explícita ao foro privilegiado. No

entanto, há referência à possibilidade de julgamento por uma única instância superior, no caso o Tribunal Federal, que é a Suprema Corte do país (art. 32, inciso 3). A Holanda, na sua Constituição de 1983, não prevê a existência de foro privilegiado, apesar de que a Carta Magna relegate a maior parte das questões da Justiça à lei ordinária, inclusive a possibilidade de pessoas que não são Magistrados fazerem parte da administração dos Tribunais (art. 116, inciso 3). A Constituição da Itália, de 1947, prevê caber à Corte Constitucional o poder de julgar o Presidente da República pelos crimes praticados (art. 135).

Na África, a Constituição de 1980 da República de Cabo Verde não faz referência ao assunto, limitando-se a afirmar que os juízes, nos casos previstos em lei, podem ser responsabilizados criminalmente pelos seus julgamentos e decisões (art. 85, inciso 3). A Constituição da República Popular de Moçambique, ao tratar da organização judiciária, não prevê qualquer tipo de foro privilegiado (art. 75), resguardando, apenas, os Deputados da Assembleia Popular, que não podem ser presos, salvo em flagrante delito, nem processados sem autorização deste órgão ou da sua Comissão Permanente (art. 49).

Na América do Norte, os Estados Unidos não adotam o sistema de foro privilegiado. Na América do Sul, a Constituição Argentina de 1994 adota-o, porém de forma restrita, limitando-se a dar à Câmara dos Deputados o direito de acusar perante o Senado, que exerce o poder de julgar o Presidente, o Vice-Presidente, o chefe de gabinete de Ministros, os Ministros e os membros da Corte Suprema, por mau desempenho nas suas funções ou por crimes de responsabilidade e comuns (arts. 53 e 59). Na Colômbia, a Constituição Política de 1991 adota o regime de foro privilegiado para o julgamento do Presidente da República, membros do Congresso, Procurador-Geral da Nação, Ministros de Estado, Defensor do Povo, agentes do Ministério Público junto à Corte e ao Conselho de Estado, Diretores de Departamentos Administrativos, Controlador-Geral da República, Embaixadores e chefes de missão diplomática, Governadores, Magistrados de Tribunais, Gerais e Almirantes da Força Pública (art. 235, 4º). No Equador, a Constituição de 1998 é omissa a respeito, inclusive quando trata do Poder Judicial (art. 208).

3 COMPARATIVO DA DÉCADA DE 1970 COM OS DIAS ATUAIS

No passado, o número de autoridades que gozavam do direito ao foro privilegiado era pequeno. Apenas para dar-se um exemplo, no início da década de 70, havia 33 Desembargadores no Tribunal de Justiça de São Paulo, enquanto hoje são 360. Calcula-se que, ao todo, o número de Magistrados de segunda instância, incluindo todas as Justiças, aproxime-se de 1.300. Por outro lado, até 1988, os Prefeitos respondiam ações penais na primeira instância; depois da Constituição, no Tribunal de Justiça. No âmbito do Ministério Público, para falar apenas do Federal, o número, que era irrisório nos anos 80, atingiu agora centenas. Pois bem, todas essas autoridades e mais outras tantas (só juízes são cerca de 13.000) têm foro privilegiado. Não é, pois, de surpreender que, nos Tribunais, existam denúncias desde fatos graves, como homicídio ou corrupção passiva, até as mais banais práticas contravencionais.

CONCLUSÃO

O Brasil é um país que adota de forma ampla o foro privilegiado às suas autoridades, estendendo essa regra a milhares de agentes políticos; reduzir a prerrogativa de foro aos crimes de responsabilidade, excluindo os crimes comuns e mantendo a competência da *Justiça de primeira instância* para os demais casos, é dar um passo à frente para que o Poder Judiciário cumpra o seu papel de distribuir Justiça em tempo razoável, percebendo que não é a severidade da pena, mas a velocidade com a decisão punitiva que acaba com a noção de impunidade.

FONTES DE PESQUISA

Informativo Jurídico Migalhas. Disponível em: www.migalhas.com.br

www.alexandremagno.com

www.ibrajus.org.br

www.jusnavigandi.com.br

A FENOMENOLOGIA APLICADA AO DIREITO*

Olin Hendrick Brambilla

Aluno do 2º Período do Curso de Direito (matutino)
da Faculdade Campo Limpo Paulista.

RESUMO: A fenomenologia é uma importante ferramenta quando se busca o aperfeiçoamento da dogmática jurídica, uma vez que torna o exegeta um ser dotado de consciência daquilo que o rodeia.

PALAVRAS-CHAVE: Fenomenologia; Direito; fenômeno; consciência; objeto.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Fenômeno; 2 Consciência; 3 Percepção; 4 *Eidos*; Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

O Direito, por ser uma ciência humana, está em constante transformação e atualização, sendo assim, cada vez mais o legislador deve conceber normas que regulem todas as circunstâncias.

Entretanto, sabe-se que a dogmática jurídica está repleta de paradoxos como, por exemplo, um funcionário público de alto escalão engaveta um processo durante três ou quatro anos. O hermeneuta, motivado pela dogmática jurídica, irá constatar que será muito difícil processá-lo por prevaricação, já que esta exige o dolo, uma vez que o “legislador” não previu a hipótese de uma prevaricação culposa, nesse caso, basta o acusado alegar desleixo, negligência ou até mesmo preguiça, que será fatalmente absolvido. Contrapondo-se a esse fato, tomemos um indivíduo que furta um pote de margarina e o leve para a casa. Nesse caso, basta que o indivíduo fique com a *res furtiva* (coisa furtada) por alguns minutos, sendo preso, esteja caracterizado o crime de furto (cuja pena é várias vezes maior que a da prevaricação).

Todavia, esse paradoxo apenas será “paradoxal” para quem tem consciência de sua existência. E é essa consciência que se busca na análise fenomenológica explorada nesta pesquisa, que, por sua vez, foi embasada em revisões bibliográficas e conclusões advindas das aulas da disciplina de introdução ao estudo do Direito.

Tal pesquisa objetiva maior compreensão, por parte dos discentes futuros operadores do Direito, do conceito e da aplicação da fenomenologia, a fim de estarem mais bem preparados para a exegese da norma ou de quaisquer outras situações que porventura venham a depender de suas decisões.

* Pesquisa com orientação do Professor Marcos Abílio Domingues.

1 FENÔMENO

Antes do estudo da fenomenologia desenvolvida por Husserl¹, deve-se compreender o que realmente é um fenômeno.

Fenômenos sempre são ligados a coisas que *aparecem*, como “fenômeno sobrenatural”, “fenômeno climático”, assim, podemos definir fenômeno como uma aparição detectada por nossos sentidos, mas o que comprova que um fenômeno realmente existe?

Por ser uma aparição, o fenômeno, para ser comprovado, deverá ser *percebido* por um *observador*, ou seja, a existência do fenômeno está amplamente ligada à existência do observador.

Os objetos são absolutos enquanto os fenômenos são relativos, uma vez que dependem da percepção do sujeito. Por isso, temos como real tudo aquilo que é absoluto, cuja essência é impenetrável e inquestionável, e os fenômenos, por sua vez, são representações da realidade que só podem existir caso haja previamente algo absoluto que o caracterize.

2 CONSCIÊNCIA

Na fenomenologia, por outro lado, o *fenômeno* é que é *absoluto*. Nesse caso, o objeto só tem sua existência relativizada perante o fenômeno que o representa. Não é a representação subjetiva ou o fenômeno que decorre do objeto, mas o objeto que decorre da representação ou do fenômeno.

Para que possamos representar algo, devemos ter *consciência* de algo, logo, a consciência é a matriz da essência de todas as representações, sejam científicas ou vulgares, daquilo que temos como real.

Apenas assimilamos novas informações ao tomarmos consciência delas. Caso conseguíssemos isolar um conhecimento daquilo que temos por objetivo e real e fôssemos decompondo-o, chegaríamos à sua essência primitiva, que nada mais é do que a consciência, nossa maneira de entender aquele objeto. E, nesse ponto, podemos concluir que os objetos só são reais a partir do momento em que são absorvidos pela consciência.

3 PERCEPÇÃO

Para ilustrarmos os princípios da fenomenologia, basta pensarmos em alguma cor, por mais que saibamos o “sentido” da cor jamais poderemos descrevê-lo por palavras, além disso, para um daltônico² o “vermelho” não tem o mesmo significado que para os não daltônicos. Aliás, como seria o “vermelho” se todos fossem daltônicos? Ele não existiria, pelo menos não como o “sentimos vermelho”; seria outro objeto.

1 Edmund Husserl utilizou o conceito de Franz Brentano para desenvolver suas ideias.

2 Pessoa portadora do daltonismo, doença caracterizada pela dificuldade em se perceber cores.

Outro exemplo é comumente encontrado ao considerar-se o impasse entre duas pessoas sobre qual a designação correta do nome de uma cor: um olha para ela e diz: “é azul”, outro olha e diz: “é verde”.

Afinal, qual é a cor certa? Depende exclusivamente de como a consciência de cada um representa o fenômeno. Isso prova que o “objeto em si” nada significa, uma vez que só tem significado para a consciência do observador que percebe o objeto.

4 *EIDOS*

Toda análise científica deve começar por um ponto de partida sólido e indiscutível, uma realidade de que se não possa duvidar, ou uma evidência apodítica³, entretanto a discussão sobre a realidade ou a irrealidade das coisas é muito extensa e complicada e, infelizmente, ainda sem fim. Portanto, a saída foi colocar o mundo “entre parênteses” por meio do uso da *epoché* dos cétricos gregos. Tudo que se apresentar como real deve ser colocado entre parênteses, aquilo que restar será a evidência apodítica procurada.

Quando não mais podemos incluir determinado conceito “entre parênteses”, chegamos a algo que não é real, chegamos ao fenômeno, na consciência ou *eidos* (essência verdadeira).

Ao se colocar o mundo entre parênteses, não se nega nem se afirma sua existência, apenas mantém-se a “neutralidade”, abstendo-se de utilizar as evidências e certezas oferecidas pelo mundo.

Um exemplo prático dessa redução, visando a atingir a *eidos*, pode partir da percepção de uma mesa de maneira a percebê-la inteiramente ao sabor de nossa imaginação não importando o que ela é, mas que ela é alguma coisa.

Logo em seguida, é possível modificar – em imaginação – sua forma, cor, textura, etc., ou seja, por meio dessa modificação, criam-se novas maneiras de se perceber a mesa, entretanto, todas essas novas percepções terão algo em comum, pois partem de um “ideal” de mesa, e esse “ideal”, comum a todas as percepções do objeto, se torna o *eidos* da percepção. Sendo assim, as análises da percepção sempre almejarão analisar a *eidos* e podem ser classificadas como análises essenciais.

CONCLUSÃO

A fim de se formarem melhores e mais preparados operadores do Direito, deve-se pensar no quanto esses são capazes de analisar, de maneira neutra, os objetos que os rodeiam, a fim de que possam perceber situações que, aos outros, menos preparados, possam conter, em seu âmbito, informações conflitantes. Seja na análise da norma jurídica, na apreciação de uma sustentação oral ou em uma coleta de depoimentos, cabe ao profissional do Direito tomar decisões acertadas que visem à eliminação de paradoxos, a fim de garantir a boa aplicabilidade da dogmática jurídica.

3 Que é evidente e irrefutável.

E é nesse âmbito que se enquadra a fenomenologia como método para se atingir a neutralidade do exegeta ao proceder com suas interpretações e, por meio dessa neutralidade, chegar à verdadeira essência da norma, do valor ou do fato social⁴, excluindo-se de convicções pessoais que pudessem incliná-lo a conclusões errôneas.

Por meio da fenomenologia, o exegeta é capaz de perceber a essência daquilo que observa, sendo capaz de discernir entre o essencial e o supérfluo para, dessa forma, obter maior êxito e precisão em suas análises, sejam elas baseadas na lei, nos costumes, nos princípios do Direito, na doutrina ou na jurisprudência.

REFERÊNCIAS

ARANHA, Maria Lúcia de Arruda; MARTINS, Maria Helena Pires. *Filosofando: introdução à filosofia*. 2. ed. atual. São Paulo: Moderna, 1993.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *Manual de introdução ao estudo do direito*. 4. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2002.

4 Valor, norma e fato social são as três dimensões do Direito, segundo Miguel Reale.

NORMAS PARA PUBLICAÇÃO

DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 1º A Revista do Curso de Direito da Faculdade Campo Limpo Paulista – FACCAMP destina-se à publicação da produção científica dos professores e alunos do curso.

§ 1º Serão analisadas pelo Conselho Editorial colaborações de autores externos.

§ 2º Além de artigos, outras informações de natureza jurídica poderão ser veiculadas na Revista, segundo critérios do Conselho Editorial.

DA FORMATAÇÃO DOS TEXTOS

Art. 2º O artigo submetido à Revista deverá ser elaborado em editor de texto Word ou compatível, segundo os critérios abaixo:

- a) mínimo de 10 (dez) e máximo de 25 (vinte e cinco) páginas;
- b) apresentação em CD e impresso em papel A4;
- c) fonte Arial 12;
- d) espaço 1,5 entre linhas;
- e) escrito no vernáculo;
- f) páginas numeradas no alto da folha à direita, exceto a primeira;
- g) conter nome do autor à direita logo após o título;
- h) breve qualificação do autor (nome por extenso; titulação; instituição a qual está vinculado e endereço eletrônico para contato, se for o caso) logo após o respectivo nome;
- i) as notas de rodapé deverão observar a sequência numérica a partir do número 1 e estarem localizadas no final de cada página;
- j) após o nome e a identificação do autor, deverá constar o resumo do artigo com, no máximo, 5 (cinco) linhas;
- k) após o resumo, constarão palavras-chave.
- l) sumário contendo (de maneira contínua e não vertical): introdução; desenvolvimento; conclusão e referências.

Art. 3º As abreviações, as notas de rodapé e as referências deverão seguir os padrões previstos pela ABNT.

§ 1º Dar-se-á preferência às citações em nota de rodapé, no formato: Autor, ano e página.

§ 2º As abreviações deverão ter sido precedidas, no próprio texto, de referência por extenso, seguida da respectiva abreviação entre parênteses: Constituição Federal (CF).

Art. 4º A remessa do artigo deverá ser precedida de uma revisão do vernáculo, cuja responsabilidade será do próprio autor.

DA CONTRIBUIÇÃO DOS ALUNOS

Art. 5º Os alunos poderão colaborar para a Revista com a inclusão de resumos de pesquisas realizadas.

§ 1º A elaboração dos textos pelos alunos deverá ser acompanhada por orientação de professor, com a indicação dos respectivos créditos logo após o nome e a identificação do aluno.

§ 2º A formatação dos textos dos alunos deverá obedecer às mesmas regras atribuídas aos artigos de professores.

§ 3º Os resumos deverão conter, no máximo, 5 (cinco) páginas.

Art. 6º Será aceita a colaboração de artigo escrito por aluno como atividade final da participação no Programa de Iniciação Científica da Faccamp, cumprido o respectivo regulamento.

Parágrafo único. A formatação do texto deverá observar os mesmos critérios previstos no art. 2º.

DOS TEXTOS INÉDITOS

Art. 7º A remessa do texto pelo autor pressupõe a concordância com as normas de publicação da Revista, além de significar que o texto é inédito e não está sendo submetido à apreciação de outros veículos para publicação.

Parágrafo único. Os originais não serão devolvidos.

Art. 8º O autor do artigo publicado receberá um exemplar da Revista a título de direitos autorais.

Parágrafo único. A remessa dos originais pelo autor implica autorização para publicação em meio impresso e/ou eletrônico.

DAS DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 9º As situações omissas ou os conflitos de interpretação serão resolvidos pelo Conselho Editorial da Revista.

Art. 10. Poderá o Conselho Editorial emitir outras normas para o aprimoramento da Revista.

FUPESP OBTÉM VITÓRIA EM AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO E ABRE IMPORTANTE PRECEDENTE QUE BENEFICIARÁ TODOS OS DIRIGENTES DOS SEUS SINDICATOS FILIADOS

Federação dos Funcionários Públicos Municipais do Estado de São Paulo – Fupesp obtém decisão favorável em Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADIn, pela terceira vez no terceiro trimestre deste ano, perante o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – TJSP, e, assim, garante o direito de os diretores dos Sindicatos dos Servidores Públicos Municipais se afastarem da função que ocupam na prefeitura de seus Municípios para exercer os respectivos cargos junto ao sindicato da categoria.

Ao alegar inconstitucionalidade de Lei Orgânica dos Municípios que restringiam ou não a regulamentação do direito de licença remunerada aos dirigentes sindicais para desempenho de cargo no sindicato, a Fupesp vem conquistando vitórias em várias ADIns.

O presidente da Federação, Damázio Sena, comemora:

Nada mais significativo que uma das atuações da Federação seja proteger o direito dos servidores. Através do departamento jurídico da entidade, damos condições de trabalho para os dirigentes sindicais poderem atuar com liberdade sem estar vinculados à favores dos Municípios e, com isso, os sindicatos através de sua diretorias podem atuar mais livremente em favor de seus representados. Então, é um orgulho para a Fupesp, pois, quanto mais um sindicato pede filiação, nos estimula a ter uma Federação forte e representativa. Hoje nossa entidade é reconhecida tanto politicamente como juridicamente em todas as esferas: municipal, estadual e federal.

A tese defendida pela Federação é a de que as Leis Orgânicas dos Municípios paulistas devem estar de acordo com a norma do art. 125, § 1º, da Constituição do Estado de São Paulo, em relação ao direito à licença remunerada dos dirigentes sindicais.

Segundo o assessor jurídico da Fupesp, Alysson Moraes Batista Sena, o servidor foi eleito para desempenhar função de direção no sindicato da categoria e, por isso, tem o direito de se afastar da prefeitura para exercer o cargo no sindicato.

A Fupesp já obteve vitória em nove ADIns desde 2009, garantindo, assim, o direito de licença remunerada aos dirigentes sindicais de seus sindicatos filiados. Atualmente, encontram-se em trâmite quatro ADIns com o mesmo objeto perante TJSP, com grandes possibilidades de êxito.