REVISTA DOS ESTUDANTES DA FACULDADE DE DIREITO DA UFC (ONLINE)

Volume 4 – novembro 2007/janeiro 2008

REVISTA DOS ESTUDANTES DA FACULDADE DE DIREITO DA UFC (ONLINE)

Ano I Volume 4 – Novembro 2007/Janeiro 2008

Comissão Editorial

Bruno Cunha Weyne

Felipe Oliveira de Sousa

Gustavo Beviláqua Vasconcelos

Gustavo César Machado Cabral

Mário André Machado Cabral

Conselho Editorial

Fernando Basto Ferraz

João Luís Nogueira Matias

Juvêncio Vasconcelos Viana

Lília Maia de Morais Sales

Marcelo Lima Guerra

Nestor Eduardo Araruna Santiago

Paulo Antônio de Menezes Albuquerque

Uinie Caminha

Revista dos Estudantes da Faculdade de Direito. Versão Eletrônica.
v.4-2007-Fortaleza,n.trimestral.
Órgão oficial do Centro Acadêmico Clóvis Beviláqua.

ISSN - 1981-5387

1-Direito-periódico
1-Universidade Federal do Ceará. Faculdade de Direito
Centro Acadêmico Clóvis Beviláqua

Sobre os Autores

Ary Salgueiro Euclides de Araújo
Aluno da Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC).

Gabriel Vale Bedê
Aluno da Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC).

Gustavo César Machado Cabral
Aluno da Graduação em Direito da Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC). Bolsista de Iniciação Científica do programa PIBIC-UFC.

Jânio Taveira Domingos
Aluno da Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC).

Matheus Alves do Nascimento
Aluno da Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC). Monitor da disciplina Ciência Política e Teoria do Estado.

Sumário

As Famílias no Período Anterior à Civilização
Gustavo César Machado Cabral.....5

Da Soberania Popular como Forma de Legitimar a Norma Jurídica
Matheus Alves do Nascimento.....15

Função Social da Empresa e o Princípio da Preservação da Estrutura Produtiva
Jânio Taveira Domingos.....21

Limites do Poder Normativo da Justiça do Trabalho Após a E.C. 45 de 2004
Ary Salgueiro Euclides de Araújo.....35

Redução da Maioridade Penal
Gabriel Vale Bedê.....51

AS FAMÍLIAS NO PERÍODO ANTERIOR À CIVILIZAÇÃO

GUSTAVO CÉSAR MACHADO CABRAL*

RESUMO

Ao afirmar que a família é a unidade fundamental da sociedade, não é comum a preocupação com as suas origens nem com as suas constituição elementar. Na tentativa de se organizar o conjunto de idéias sobre a família primitiva, este artigo tem como ponto de partida a classificação das fases da humanidade anteriores ao que se costuma chamar de civilização, entendida como o período posterior à escrita. Seriam duas essas fases, a Selvageria e a Barbárie, divididas, segundo L.H. Morgan, em cinco etapas. Para cada etapa, existiu uma espécie característica de família. Desta forma, foram desenvolvidos os caracteres próprios de cada uma das cinco espécies de família, as quais seriam a Consangüínea, a Punaluana, a Sindiasmiana, a Patriarcal e a Monogâmica. Concluímos que as condições de cada época propiciaram o aparecimento de espécies diferentes de famílias, que não foram perpétuas e foram sendo alteradas à proporção que mudavam-se as condições de vida do homem primitivo.

Palavras-Chave: Antropologia. Sociedades Primitivas. Família.

ABSTRACT

To affirmed that the family is the fundamental unit of society, the concern about its origins and about its elementary constitution is not common. In the attempt of organizing the group of ideas about the primitive family, this paper has as its beginning in the classification of the Humanity's stages prior to that usually draw of civilization, understood as the period subsequent to the writing. These stages would be two, Savagery and Barbarism, divided, according to L.H. Morgan, in five steps. Each step had a characteristic kind of family. Thus, the characters themselves were developed for each of the five species of family, which would be Consanguine, Punaluan, Syndyasmian, Patriarchal and Monogamian. We conclude that each season's conditions have provided the emergence of different kinds of families, not perpetual, and have been changed to the proportion that primitive man's life conditions were modified.

Key-Words: Anthropology. Primitive Societies Family.

1. Introdução

É bastante comum ouvir-se que a família é a unidade mais elementar da sociedade, aquela a partir da qual todas as outras se desenvolveram. Pensando de uma perspectiva contemporânea, em que não existem homens vivendo em completamente em solidão, não há como negar tal proposição. Afinal, não existem indícios de que exista um ser humano totalmente independente dos demais, vivendo sem relações com seus semelhantes.

Não seria científico, entretanto, fazer dessa afirmativa algo absoluto. Entre as razões, encontra-se o fato de que, em absoluta sendo, pressupor-se-ia uma validade inquestionável em todos

* Aluno da Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC). Bolsista da Fundação Cearense de Amparo à Pesquisa (FUNCAP).

os tempos e onde quer que humanos haja. No que diz respeito a este critério, não há tantos problemas em universalizar-se a afirmativa em questão, visto que, com a tecnologia de que dispomos atualmente, não é tarefa impossível rastrear a totalidade territorial do Planeta em busca dos humanos que aqui habitem.

O grande problema diz respeito ao aspecto temporal. Não há possibilidade de fazermos considerações precisas sobre a história da Humanidade em todos os seus períodos, uma vez que faltam dados suficientemente precisos sobre inúmeros espaços de tempo.

Ainda assim, há meios aos quais nos apegamos para construir observações relacionadas às épocas mais remotas da História Humana. Estudos arqueológicos[1] e análises antropológicas de povos em estágio de desenvolvimento inferior ao nosso são alguns dos métodos mais úteis[2].

Voltando à proposição inicial, de que a família é a unidade mais elementar da sociedade, lançamos o seguinte questionamento: terá sido a família, no começo da Humanidade, a sua unidade primeira, a partir da qual foram se desenvolvendo os grupos que originaram a sociedade e o Estado? Consolidando o que foi dito, não nos envergonhamos de admitir que não temos resposta concreta a esse quesito; mesmo assim, sem possuirmos fiel certeza, adotá-lo-emos como verdadeiro, para, em seguida, levantarmos a pergunta à qual pretendemos responder nas páginas seguintes: como seria organizada a família primitiva?

Passemos, então, ao que interessa.

2. As Etapas Anteriores à Civilização

Utilizando-nos novamente de um paradigma, o momento constantemente referido como inicial da Civilização Humana é o da invenção da escrita. Diversas foram as conseqüências do estabelecimento da linguagem escrita, benéficas, em sua maior parte. O desenvolvimento do comércio e a organização dos grupamentos são algumas das mais práticas, visto que auxiliaram à ampliação dos grupos já formados.

Houve outra utilidade, no entanto, ainda mais importante, se analisarmos a partir de uma perspectiva mais atual. Com a escrita, os humanos puderam registrar os acontecimentos hodiernos

[1] As observações de construções e de aldeias em pedra são de grande serventia. No entanto, a utilização desses materiais data de um período já bastante recente em termos históricos, até porque as formas das primeiras habitações não são conhecidas com precisão. Poderíamos especular que os humanos mais primitivos habitavam cavernas, mas isso só faria sentido em locais de clima frio. Talvez eles dormissem mesmo ao relento, em grupos, nos períodos mais quentes. Mas, como já dissemos, não há como ter absoluta segurança. Não devemos, entretanto, desprezar as cavernas: em algumas delas, podemos encontrar as primeiras manifestações artísticas, que ajudam a compreender um período extremamente remoto, apesar de não ser, também ele, o inicial.

[2] Seria muito complicado tentar realizar um estudo desta natureza sem o estabelecimento de paradigmas, e o principal deles é a cultura ocidental, da qual somos parte, brasileiros e americanos. Porém, reconhecer-nos como parte de uma cultura não significa desrespeitar as demais. Ao afirmarmos que há povos em estágio de desenvolvimento inferior ao nosso, tomamos como paradigmas aspectos que, para nossa cultura, significam avanços, mas que, se levados a povos outros, podem receber importância nenhuma.

em seus grupos; perpetuaram-se a memória dos antepassados, os eventos históricos mais importantes e os aspectos culturais mais relevantes.

Apesar da importância seminal da escrita, cometeríamos um erro se nos utilizássemos da expressão *pré-história* para designar, de acordo com o que comumente se faz, o período anterior à invenção da escrita. História há desde a invenção dos tempos e, muito provavelmente, antes mesmo desta.

Neste sentido, reconhecendo a contribuição da escrita para o Direito, o professor francês Norbert Rouland, uma das maiores autoridades em antropologia jurídica no momento, faz uma consideração importantíssima sobre o assunto, a qual citaremos na íntegra, visto ser perfeitamente extensível ao estudo da História:

> Muitas pessoas formulam a equação direito = civilização e só associam a certas ocorrências histórias: os direitos antigos (a Babilônia, a Grécia, sobretudo o direito romano), o direito ocidental moderno, os direitos hindu e muçulmano, limitando-nos aos principais. Eles têm em comum o recurso ao escrito, critério tão claro quanto enganador. Primeiro porque a forma escrita do direito não é em absoluto o penhor de sua difusão. Pois ainda cumpre saber ler e escrever, o que não era o quinhão da maioria do passado, como nos países em desenvolvimento atualmente. O direito escrito apresenta, portanto, o risco de ser apenas o instrumento de uma minoria, próxima do poder, o que o detém (2003:32).

Tendo, então, a civilização começado com a escrita, logo surge o questionamento sobre como poderia ser dividido o período anterior a ela, se é que seria possível, ou mesmo útil, tal divisão. Muitos autores se ocuparam desta divisão dos períodos históricos, desde Hesíodo[3] até os contemporâneos. Aquele que, em nossa opinião, melhor sintetizou essas etapas pré-civilizadas foi o antropólogo norte-americano Lewis Henry Morgan em sua obra mais relevante, *Ancient Society or Researches in the Lines of Human Progress from Savagery through Barbarism to Civilization* (1877).

Segundo Morgan, três foram os períodos da Humanidade: a Selvageria, o Barbarismo e a Civilização. De acordo com a metodologia adotada pelo autor, as duas primeiras etapas seriam divididas em três sub-etapas, a primeira, e em duas, a segunda.

Cada etapa teria um começo e um termo. A fase inferior da Selvageria é caracterizada como a "infância do gênero humano" por Engels (s/d:30), o período mais remoto da nossa história[4]. A

[3] No poema *O Trabalho e os Dias*, aparecem as cinco idades do homem, a saber, Idade de Ouro, Idade de Prata, Idade de Bronze, Idade dos Heróis e Idade do Ferro, esta a época do poeta. É extremamente comum a existência, em quase todas as mitologias, de período semelhante à Idade de Ouro descrita por Hesíodo; seriam tempos da mais perfeita felicidade, em que os deuses e os homens, imortais, viveriam em harmonia. Tal período, inclusive, é encontrado na mitologia cristã, na história de Adão e Eva, antes, obviamente, desta aparecer no Éden.

[4] Morgan não se preocupou em estabelecer um começo para a etapa da Selvageria, até porque, se o fizesse, estaria se referindo ao começo da Humanidade, ao nascimento do homem. O período em que escreveu *Ancient Society* foi dos mais turbulentos para se abordar esse assunto, uma vez que, menos de vinte anos antes, Charles Darwin havia publicado a barulhenta *On the Origin of Species by Means of Natural Selection, or the Preservation of Favoured Races in the Struggle for Life* (1859) e, na mesma década, *The Descent of Man, and Selection in Relation to Sex* (1871). Criava-se, assim, o conflito entre os evolucionistas e os criacionistas, ainda hoje vivo. Segundo a primeira corrente, a espécie humana é oriunda de outras primitivas, tendo evoluído de seres mais elementares a partir do desenvolvimento de extraordinária capacidade de adaptação aos ambientes em que viviam. Seria extremamente interessante encontrar o

fase média, por sua vez, tem início com a aquisição do peixe enquanto alimento e o conhecimento de como se utilizar do fogo (Cf. MORGAN, 1944:17). A invenção do arco e flecha marca o início da fase superior da Selvageria, o qual termina com a invenção da cerâmica, material que evidencia a estabilização dos grupamentos em locais mais ou menos certos[5].

Iniciou-se, assim, a fase inferior do Barbarismo, período no qual começam a domesticação e a criação de animais (Cf. ENGELS, s/d:32). Com a manufatura do ferro, inicia-se a fase superior do Barbarismo, período de certa forma recente no mundo ocidental cujo termo se deu com a invenção da escrita, começando, assim a civilização.

3. Famílias Primitivas

Entender as características principais dessa longa Era anterior ao desenvolvimento da escrita é fundamental para bem compreender como se estruturava a família no período. É essencial compreender que a família não nasceu pronta, tal qual o modelo atualmente adotado. Ela é fruto de uma evolução que acompanhou o desenvolvimento humano.

Cada etapa da evolução humana teve uma organização familiar característica; evoluindo o homem, adquirindo novas tecnologias que possibilitaram a melhoria das suas condições de vida, mudou-se a estrutura da família.

Desta forma, não havia uma família primitiva, mas sim várias delas, que chegaram, acreditamos, a conviver durante os períodos de transição. Cada uma das espécies teve uma razão de ser, um motivo que as fizeram existe.

Foi novamente em Morgan que nos baseamos para apresentar as famílias primitivas. Em *Ancient Society*, o norte-americano trouxe a evolução das espécies de família, bem como as suas caracterizações detalhadas. Partiu das mais primitivas até o regime predominante na atualidade, o monogâmico. Seguindo o caminho trilhado por ele, passaremos à analise pormenorizada de cada um dos cinco tipos.

3.1. A Família Consangüínea

ponto que separou as primeiras espécies de hominídeos dos seus demais parentes. Enquanto arqueólogos continuam uma peleja para descobrir o que seria o chamado "elo perdido", ou mesmo para saber se ele existiu, não seria nada mal se a antropologia especulasse um pouco sobre o tema.

[5] Basta pensarmos o que representa a invenção da cerâmica. Os vasos feitos desse material serviam, por exemplo, para armazenar alimentos e carne. Se estivéssemos diante daqueles homens chamados por Rouland de "caçadadores-apanhadores", não haveria necessidade da cerâmica, uma vez que a carne caçada era devorada imediatamente, bem como as frutas extraídas; não possuíam, então, a idéia de armazenar alimentos, já que, se não houvesse mais comida onde eles se encontravam, partiriam à sua busca. A cerâmica evidencia a fixação mais demorada em um local, ou seja, a diminuição do nomadismo. Indica, assim, o surgimento das primeiras aldeias, próximo das quais haveria a criação de animais e o cultivo de vegetais. Observa-se neste período uma das grandes descobertas do homem: fazer com que o seus alimentos sempre estivessem por perto.

Trata-se da mais antiga espécie de família que se tem notícia, até porque é a forma mais primitiva que pode ter se originado. Não existiria a idéia de casamento, conceito possessivo que surgiria mais tarde. As relações sexuais não seriam regradas nem obedeceriam a leis criadoras de proibições e restrições. O acasalamento aconteceria livremente, tal qual há em muitas outras espécies do Reino Animal.

Assim sendo, não importando a idade, todos poderiam cruzar. O que hoje conhecemos como irmãos, filhos de um mesmo pai e de uma mesma mãe, de um ou de outro, não seriam impedidos de acasalar. Mesmo pais e filhos não sofreriam essa limitação. Segundo Rouland, há fortes indícios de que não se conheceriam as relações de parentesco posteriormente criadas, as quais teriam se originado no paleolítico (2003:41), momento brevemente anterior. Morgan, por sua vez, afirma serem cinco os graus de parentesco conhecidos nesta espécie (1944:270).

Como todos cruzavam entre si, seria impossível determinar ao certo quem seria o pai de uma criança; a mãe, ao contrário, por razões óbvias, era reconhecida. Pensando como alguém que vive em uma sociedade sob este regime, qualquer homem poderia ser meu pai, e eu poderia ser pai de qualquer criança que nascesse.

Por ser a mais remota das espécies de família, segundo Morgan, não há registros de que ainda hoje possam ser encontrados povos vivendo sob esse regime. Morgan deduziu a sua existência através da observação de tribos primitivas no Havaí e em Tonga da sua época.

A análise do vocabulário dessas tribos foi crucial para se concluir da maneira que fizera Morgan. Em Tonga, chamam-se *Unoho*, por exemplo, a esposa, o esposo, o irmão e a irmã da esposa, o irmão do esposo, a mulher do filho do irmão do meu pai.

3.2. A Família Punaluana

Nesta espécie, um importante passo em direção à família como a conhecemos foi dado, a partir da proibição do casamento entre irmãos. Assim como na Família Consangüínea, matrilinear por essência, era o parentesco determinado pela linha materna[6], visto que todos, não sendo irmãos, poderiam manter relações sexuais.

Clara é a relação que os une e ao mesmo os separa: a filiação. Por serem nascidos da mesma mãe, estariam impedidos de cruzarem. Essa proibição é oriunda do sistema totêmico, bastante comum entre os povos primitivos e objeto de estudo de pesquisadores como Claude Lévi-Strauss, James George Frazer e Sigmund Freud. E foi do criador da psicanálise que retiramos a mais completa explicação deste instituto ainda obscuro:

[6] "Descent would necessarily be traced through females, because the paternity of children was not ascertainable with certainty" (MORGAN, 1944:295)

> Entre os australianos, o lugar das instituições religiosas e sociais que eles não têm é ocupado pelo sistema do 'totemismo'. As tribos australianas subdividem-se em grupos menores, ou clãs, cada um dos quais é denominado segundo o seu totem. *O que é um totem? Via de regra é um animal (comível e inofensivo, ou perigoso e temido) e mais raramente um vegetal ou um fenômeno natural (como a chuva ou a água), que mantém relação peculiar com todo o clã.* Em primeiro lugar, o totem é o antepassado comum do clã; ao mesmo tempo, é o seu espírito guardião e auxiliar, que lhe envia oráculos, e embora perigoso para os outros, reconhece e poupa os seus próprios filhos. Em compensação, os integrantes do clã estão na obrigação sagrada (sujeita a sanções automáticas) de não matar nem destruir seu totem e evitar comer sua carne (ou tirar proveito dele de outras maneiras). O caráter totêmico é inerente, não apenas a algum animal ou entidade individual, mas a todos os indivíduos de uma determinada classe. De tempos em tempos, celebram-se festivais em que os integrantes do clã representam ou imitam os movimentos e atributos de seu totem em danças cerimoniais. O totem pode ser herdado tanto pela linha feminina quanto pela masculina. É possível que originalmente o primeiro método de descendência predominasse em toda parte e só subseqüentemente fosse substituído pelo último. A relação de um australiano com seu totem é a base de todas as suas obrigações sociais: sobrepõe-se à sua filiação tribal e às suas relações consangüíneas. (1995:22)

Desta forma, encontra-se no totemismo a origem dessas proibições de casamentos entre irmãos e irmãs. Nasceu, junto como o totem, a proibição do incesto, cuja existência é observada desde alguns dos primitivos povos até em nossa sociedade. É importante lembrar que, por óbvio, seria proibida a coabitação entre mãe e filho, por serem do mesmo totem; como nessa espécie de família predominava a matrilinearidade, pai e filha não pertenceriam ao mesmo totem, sendo permitida a sua coabitação.

Por fim, é importante que expliquemos a origem da denominação Punaluana. Morgan cita trecho de uma carta enviada pelo juiz Lorin Andrews, de Honolulu, em que o magistrado sintetiza bem em que consistiria o termo punaluano: "The relationship of punalua is rather amphibious. It arose from the fact that two or more brothers with their wives, or two or more sisters with their husbands, were inclined to possess each other in common; but the modern use of the word is that of *dear friend*, or *intimate companion*" (1944:291). Pensando como um homem havaiano, todas as irmãs da minha esposa seriam minhas esposas, assim como seriam esposas do marido de uma irmã da minha esposa. Dividiríamos, então, o que hoje chamamos de meu concunhado e eu, as mesmas mulheres. Nós nos trataríamos, então, por *punalua*.

3.3. A Família Sindiasmiana

Esta espécie é bem característica dos primeiros tempos após o fim do nomadismo, com a estabilização. Passaram a viver sob uma casa grande, comunal[7], mas em casais. É nesse período que homem e mulher passam a viver com cumplicidade, ligados um ao outro, na tentativa de se reduzir drasticamente a família, antes representada, às vezes, por dezenas de pessoas em constante coabitação.

[7] "The Syndyasmian family was special and peculiar. Several of them were usually found in one house, forming a communal household, in which the principle of communism in living was practiced" (MORGAN, 1944:313).

Foi desse período que se originou a ligação entre pai e filho. Com a redução da quantidade de homens coabitando com a mesma mulher, passou a haver uma proximidade maior entre o homem e os filhos de sua esposa, que, pouco a pouco, passaram a ser seus filhos; não da maneira como eram anteriormente, divididos com outros, mas exclusivamente seus. Provavelmente, dessa presunção de certeza deve ter nascido a proibição de se casarem pai e filha.

Mas isso foi uma evolução desse período, até porque a principal diferença estabelecida por Morgan entre esta espécie e a anterior é que aqui não havia coabitação exclusiva (Cf. 1944:259). O casamento, apesar de ser em pares, não restringia o acasalamento com outros, desde que respeitadas as proibições já mencionadas. Percebe-se, assim, que o totemismo persistia nestas famílias.

O último ponto importante, de acordo com o que foi levantado por Morgan, era a maneira como se dava o casamento. Nas suas próprias palavras, "Marriage, therefore, was not founded upon sentiment but upon convenience and necessity. It was left to the mothers, in effect, to arrange the marriages of their children, and they were negotiated generally without the knowledge of the parties to be married, and without asking their previous consent" (1944:313). Data desta fase, então, a crescente importância das sogras dentro de uma família, funcionando como conselheiras em decisões importantes e comando o destino de muitos dos seus filhos. Deve datar também dessa época a proibição de se coabitar com elas. Freud, tentando entender melhor as relações entre sogra e genro, utiliza-se da observação dos povos primitivos para fazê-lo, trazendo conclusões surpreendentes:

> Do lado da sogra, temos a relutância em abrir mão da posse da filha, a desconfiança do estranho a quem esta é entregue, um impulso de manter a posição dominante que ocupou em sua própria casa. Do lado do genro, há a determinação de não se submeter mais à vontade de outrem, o ciúme de alguém que possuiu a afeição de sua esposa antes dele e, por fim, mas não em último lugar, a resistência a algo que interfere na supervalorização ilusória originada de seus sentimentos sexuais. A figura da sogra geralmente causa essa interferência porque tem muitas características que lhe lembram a filha e, não obstante, carece de todos os encantos de juventude, beleza e frescor espiritual que fazem da sua esposa uma pessoa atraente para ele. (1995:33-34)

3.4. A Família Patriarcal

Não há muita dificuldade em se compreender a família patriarcal. A sua base é encontrada na família Sindiasmiana, havendo entre elas uma diferença fundamental. Enquanto na Sindiasmiana o homem vivia em poliginia e a mulher em poliandria, na família patriarcal apenas aquela situação perdurou. Uma mulher só podia coabitar com um homem, o seu marido; ao homem, no entanto, não seria proibida a coabitação com mais de uma mulher.

A razão é simples. Desejoso de ter certeza sobre a origem das crianças sob o seu teto, o homem deveria proibir a sua mulher de ter vida conjugal com outros homens, uma vez que não seria justo para o marido deixar o seu patrimônio a uma criança que não era sua.

A escravidão foi um instituto bem característico do período. Isso porque, segundo Morgan (Cf. 1944:320), a família, chefiada pelo poder paternal, era constituída também por uma casa, mulher, filhos e servos, sendo estes sua propriedade. O domínio sob esses servos era tão intenso que culminava no estabelecimento de uma vida sexual entre o chefe da família e as suas servas. Estas, então, seriam as outras mulheres que poderiam viver junto com o chefe da família.

O exemplo clássico de povo submetido a esse regime foi o Hebreu, conforme descrito ao longo do Antigo Testamento. Basta recordar o exemplo de Abraão, que vivia com a esposa, Sara, e com a escrava, Hagar, nascendo de cada uma um filho, respectivamente, Isaac e Ismael. O filho da união secundária, no entanto, foi expulso junto com a mãe, não lhe sobrando nada do que foi legado ao grande herdeiro, que seria o filho da esposa principal, logo chamado de *legítimo*.

3.5. A Família Monogâmica

Nem todos os povos passaram pelo estágio da família patriarcal para chegarem à família monogâmica. Aos que se serviram daquela, acreditamos que o principal motivo para essa mudança se deveu às dificuldades em se determinar as heranças cabíveis a cada um. Os filhos da esposa principal, crendo-se privilegiados pelo lugar ocupado por suas mães na estrutura familiar, passaram a exigir quinhões maiores e mais compatíveis com as suas situações; é provável, inclusive, que tenham excluído das sucessões os filhos das uniões entre de seus pais e as escravas. Para facilitar os problemas, em algum ponto se estabeleceu o casamento monogâmico.

A sua grande função foi patrimonial. Perpetuou-se, assim, a propriedade dentre de uma mesma família, visto que aquela criança que nascia só poderia ser filha do chefe da família. Ela, a família monogâmica, foi um instrumento importantíssimo na perpetuação da propriedade, assim como o foi a invenção da escrita. Com ela, mais fácil ficou determinar o que era de cada um, e que se deixaria para cada herdeiro. A união desses dois institutos – a monogamia e a escrita – impulsionou o homem em direção à Civilização.

4. A Família de Fato e a de Direito

A análise acurada da evolução da estrutura familiar implica chegarmos a algumas conclusões. Desde épocas remotas, os povos preocuparam-se em estabelecer regras mínimas para o nascimento das famílias. Enquanto na família consangüínea não são observadas proibições quanto à

coabitação, já a partir da família punaluana as primeiras vedações aparecem. Na primeira espécie familiar, assim, não houve preocupação de se criarem normas reguladoras da família, as quais surgem na espécie seguinte. Não seria exagero afirmar que o Direito de Família tenha nascido na família punaluana.

Foi com as proibições que surgiu o Direito de Família. De origem totêmica, decorrente de crenças na magia, em feitiçaria e em superstições, é verdade, mas ainda assim tinha natureza jurídica. Essa situação só corrobora o nosso posicionamento de que o Direito só pode ter nascido a partir da tentativa de se proibir; proibição e Direito seriam não somente indissociáveis, mas, principalmente, teriam nascido juntos.

Se observarmos a situação das mulheres ao longo dessa evolução, concluiremos que, para elas, tratou-se de uma involução. Enquanto nos primeiros sistemas a família tinha como figura central a mãe, pouco a pouca a sua importância foi diminuindo, sendo substituída pelo homem. Não há registros do momento em que os homens tomaram consciência da sua força superior à feminina e passaram a exercê-la no sentido de submeter as fêmeas, assumindo o controle da casa. A razão, no entanto, parece estar ligada à noção de propriedade e à sua manutenção, bastante dificultada em sistemas matrilineares.

Não nos furtaríamos de comentar nossa intenção de não cair no erro de afirmar que a monogamia é uma situação definitiva. Assim como as regras jurídicas sobre o casamento foram sendo alteradas, acreditamos que, à proporção em que a situação humana se modifique, cambiará também a forma geral do casamento. Basta nos lembrarmos de que é ainda muito recente historicamente a instauração da monogamia entre os homens; menos de dois mil e quinhentos anos separam o ocidente das famílias sindiasmiana e patriarcal; esta, inclusive, persiste em regiões próximas de nós, em alguns países mulçumanos. Certamente, não será eterna a monogamia.

Por fim, é importante acrescentar que, atualmente, muitas das características das outras espécies de família ainda são encontradas. Diversos são os registros de famílias compostas por um homem e mais de uma mulher, vivendo todas sob o mesmo teto e convivendo em perfeita harmonia. No interior do Ceará, célebre foi o registro de uma mulher coabitando com três homens na mesma casa[8]. Há relatos de famílias em que o pai mantém relações sexuais com as próprias filhas, com a anuência da esposa e da própria prole.

As mudanças nos costumes fazem com que a contemporaneidade se pareça, em alguns aspectos, com os períodos da Selvageria e da Barbárie. Sexo livre, poliandria e poliginia não são mais raros como eram até poucas décadas atrás, sendo, inclusive, retratados nos meios de comunicação e nas manifestações artísticas, além de serem amplamente praticados com a anuência da sociedade. Ainda é muito cedo para fazer juízo de valor sobre essas mudanças; no entanto, se

[8] A história foi filmada por Andrucha Waddington e batizada de *Eu,Tu, Eles* (2000). A mulher se chama Maria Marlene Silva Sabóia.

elas persistirem, não pode o Direito negar nem proibir-lhes a existência. Se forem fatos aceitos pelo povo, merecem o exame legal.

Referências

ENGELS, Friedrich. **A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado**. Trad. Ciro Mioranza. São Paulo: Escala.
FRAZER, James George. **The Golden Bough**. Hertfordshire: Wordsworth, 1993.
FREUD, Sigmund. Totem e Tabu. Obras Completas de Sigmund Freud. V. 13. 2 ed. Trad. Jayme Salomão. Rio de Janeiro : Imago, 1995.
GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**. 4 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.
LÉVI-STRAUSS, Claude. **La Pensée Sauvage**. Paris : Plon, 2007.
LÉVY-BRUHL, Lucien. **La Mentalité Primitive**. 15 ed. Paris : Presses Universitaires de France, 1960.
MORGAN, Lewis Henry. **Ancient Society or Researches in the Lines of Human Progress from Savagery through Barbarism to Civilization**. Calcutta: Bharti Library, 1944.
ROULAND, Norbert. **Nos Confins do Direito***:* Antropologia Jurídica da Modernidade. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

DA SOBERANIA POPULAR COMO FORMA DE LEGITIMAR A NORMA JURÍDICA

MATHEUS ALVES DO NASCIMENTO*

RESUMO

O objetivo deste artigo é tratar sobre a importância da vontade popular na criação, delimitação, controle e até extinção da norma jurídica. Nesse contexto, tratamos justamente da teoria do Poder Constituinte do povo, retomando a discussão entre legalidade e legitimidade da regra jurídica, tendo, como bem afirma Arnaldo Vasconcelos, o Estado como juiz da legalidade e o povo como árbitro supremo da legitimidade. Seguimos a crítica de Müller que vê uma mera referencia ao povo como titular do poder na Constituição, quando sabemos que a realidade é outra, implicando na crise do sistema representativo do poder. Por fim, ligamos cada aspecto de validade da norma jurídica ao povo, demonstrando sua importância como fonte legitimadora do Direito.

Palavras-chave: Povo. Norma Jurídica. Legitimidade.

ABSTRACT

The purpose of this article is dealing on the importance of popular will in the creation, definition, control and even extinction of the legal standard. In this context, we exactly treat about the theory of the people's Constituent Power, returning the discussion between legality and legitimacy of the legal rule, and, as well said by Arnaldo Vasconcelos, the state as judge of the legality and the nation as supreme arbiter of legitimacy. We support the criticism of Müller, who infers a mere reference to the people as the holder of power in the Constitution, when we know that the reality is different, which provokes the crisis of the system of representative power. Finally, we link every aspect of validity of the legal standard to the people, demonstrating their importance as a source that legitimizes the Law.

Key-words: People. Legal Standard. Legitimacy.

1. Dos critérios de validação da norma jurídica

Antes de tratarmos sobre a soberania popular, é necessário que abordemos os critérios que dão validade à norma jurídica.

Segundo o jusfilósofo Miguel Reale (1987-105-116), há três requisitos para que a regra jurídica seja válida: i) *validade formal ou técnico-jurídica* (vigência), que corresponde à validade quanto à competência do órgão; à *ratione materiae* (matéria da lei); e ao procedimento de acordo

* Aluno da Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC). Monitor da disciplina Ciência Política e Teoria do Estado.

com o devido processo legal; ii) *validade social* (eficácia ou efetividade), que corresponde ao reconhecimento – *Annerkenung*, no alemão – do povo à norma, que a segue voluntariamente ou não. Corresponde à regra jurídica enquanto momento de conduta humana. Relaciona-se ao Direito Consuetudinário, por ser ele direito autêntico, expressão do espírito do povo, *Volksgeist*, de acordo com Savigny, mestre da escola histórica do Direito; iii) *validade ética* (fundamento), que seria o fim, o fundamento, o *ratio juris* da norma. Liga-se ao conceito de justiça.

Muito parecida à visão de Reale sobre a norma jurídica, quanto à sua validação, é a opinião do eminente professor Norberto Bobbio (2003:45-54), que, sucintamente, expõe os três requisitos de validação da seguinte forma: i) *quanto à justiça,* relacionado ao *problema deontológico do direito*, isto é, o embate entre o ser (mundo real) e o dever-ser (mundo ideal); 2) *quanto à validade*, ligada ao *problema ontológico do direito*, à lei positivada e seus possíveis conflitos; 3) *quanto à eficácia*, conexo ao *problema fenomenológico do direito*, à validação da norma no contexto histórico-sociológico.

O que há de diferente nos pontos de vista desses autores é que Reale, de acordo com sua teoria tridimensional do direito, vê os critérios de validação como correlatos, ligados, implicando um ao outro, em que do binômio fato-valor surge a norma, enquanto Bobbio entende tais critérios independentes entre si, formulando seis proposições para provar tal independência, como, por exemplo, uma norma pode ser eficaz sem ser válida, *e.g.* as normas sociais de etiqueta, que não possuem o poder sancionatório da norma positivada, portanto, não são válidas no sentido juspositivo.

2. Do poder soberano do Estado: legalidade e legitimidade

Segundo a doutrina liberal, a fundação do Estado corresponde a um ato de transferência do poder, em que ao Estado é delegada a titularidade do poder do povo, conforme vemos em nossa Constituição Federal, no parágrafo único de seu artigo primeiro (VASCONCELOS, 2002:246).

Destarte, o Estado seria como que o juiz da legalidade, enquanto o povo seria o árbitro supremo da legitimidade. O Estado, exercendo o poder soberano, asseguraria a integridade da ordem jurídica. Interessante é a abordagem do mestre Arnaldo Vasconcelos ao afirmar que a força do Estado e a do Direito provêm da nação, tanto que, quando aqueles destoam da vontade desta, torna-se inafastável a necessidade de modificar o Estado, através das revoluções e, por conseguinte, transformar o Direito, através do poder constituinte do povo.

A força do povo, da nação acaba por se demonstrar mediante um "plebiscito de todos os dias" (Renan), com a permanente atualização da *volonté genérále* (Rousseau), fundamento insubstituível da lei. Assim, é através da legitimidade que o poder soberano se converte em Direito,

em norma jurídica. Ora, "só o poder legítimo, aquele que se impõe pela autoridade – e quem a tem é porque está autorizado – pode criar normas jurídicas que gozem da presunção de justiça e de legitimidade" (VASCONCELOS, 2002:242).

Foi por essa importância da legitimidade e da justiça que foi afastada a teoria monista do Direito, encabeçada pelo austríaco Hans Kelsen, que identifica o Direito com o Direito positivo estatal, isto é, o direito subsume-se ao Estado, e vice-versa. O fim dessa exaltação ao Positivismo Jurídico ocorreu após a Segunda Guerra Mundial, com a criação da Organização das Nações Unidas e fortalecimento de movimentos que lutam pelos direitos humanos, principalmente nas três últimas décadas. (Re)nasceram escolas que pregavam que o Direito não estava somente nas leis, lutando contra o autoritarismo – e não a autoridade – de governantes fascistas, nazistas e totalitários.

O pluralismo jurídico consegue ver o Direito nas relações sociais, nos grupos criados pela sociedade e associações, como a Igreja e o sindicalismo.

> Gira a concepção pluralista em torno dos seguintes pontos: 1º - Separação entre Direito e Estado, com o conseqüente afastamento da redução do Direito à lei; 2º - Admissão da pluralidade de sistemas jurídicos positivos, entre os quais o estatal; 3º - Negação do individualismo e do formalismo racionalistas, através da predicação da sociabilidade do "nós" e da justiça social como conteúdo da norma jurídica; e 4º - Eliminação do elemento coativo da essência do Direito, que, desse modo, só pressupõe o Estado como possibilidade de garantia da sanção jurídica (VASCONCELOS, 2002:244-245).

Renasceu, nesse contexto, o entendimento de legitimidade como aquela atribuída pelo povo, ao apoiar seu governante e suas ações. Não pode existir, portanto, governo somente legal, sem o consentimento popular. Paulo Bonavides assevera que a legitimidade é justamente a legalidade acrescida da sua valoração; e quem é responsável por esta valoração, num regime democrático, é o povo soberano.

3. Do conceito de Poder Constituinte, segundo a soberania popular

Conforme o ilustre constitucionalista Paulo Bonavides (2006:153-159), há duas teorias históricas principais para definir o Poder Constituinte sob a ótica da soberania popular: a francesa e a norte-americana.

A teoria francesa peca ao fazer a identificação do povo com seus representantes, confundindo o mandatário (povo) com o mandante. A própria Revolução Francesa acabou por produzir uma assembléia absoluta, vinculando o Poder Constituinte com a teoria do sistema representativo; daí seu grande erro. Isso provavelmente é uma das implicações da exaltação ao

Positivismo Jurídico, feito pela Escola da Exegese, principalmente após o Código Civil Napoleônico de 1808.

Os americanos, todavia, jamais abdicariam, numa assembléia de poderes ilimitados, das faculdades constituintes do povo, que é o verdadeiro titular da soberania, a base de todos os poderes constituídos. Prova disso é que, em nome da soberania popular instituíram as Convenções, que preparavam e redigiam o projeto de Constituição, a seguir submetido ao voto popular, para a sua aprovação e, portanto, legitimação.

4. O povo como Poder Constituinte

Em *Fragmento (sobre) o Poder Constituinte do povo*[1], o polêmico jurista alemão Friedrich Müller afirma que "o discurso do Poder Constituinte do povo pressupõe este (via de regra: fingidamente) como sujeito histórico do processo histórico (o constituir), e como produto aparece a Constituição".

É justamente neste contexto que indagamos: será que o poder constituinte está, realmente, nas mãos daquele a que a Constituição é confiada – o povo – ou realmente somos apenas sujeitos históricos do processo histórico fingidamente? Müller entende que a Constituição sempre é atribuída ao povo, como titular de legitimação, sem ter sido ela, na maioria das vezes, realmente constituída pelo povo, demonstrando, dessa forma, que o sistema representativo sobrepõe-se à metáfora da constituição da Constituição[2].

O mestre de Heidelberg, no entanto, afirma: o povo não deve funcionar como metáfora, mas sim como sujeito político empírico, através de um povo que, no plano das instituições, possa efetivamente entrar em cena como destinatário e, para nós, sobretudo, como agente de controle e de responsabilidade, através da eleição/destituição do mandato por votação, bem como pela votação livre. Finaliza Müller ao dizer que o Poder Constituinte e o do Estado devem, não como misticismo hipócrita nem como metaforismo, invocar o povo como base para sua fundamentação, através de um Direito Constitucional positivo.

5. O problema da democracia direta no Brasil

[1] São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 60.

[2] Em nosso trabalho para o XVI Encontro de Iniciação à Docência, "Povo e Democracia Participativa: o Orçamento Participativo em Fortaleza", lembramos que Friedrich Müller e Paulo Bonavides alertam que "a iconização do povo [a iconização consistiria em abandonar o povo a si mesmo, desrealizando-o, mitificando-o, empregando-o de forma pseudo-sacral, como figura de mitologia revolucionária, e instituindo-o como "padroeiro tutelar abstrato"], principalmente nesta era neoliberal, tem sido o maior instrumento das elites para subverter o conceito de povo, mera figura a qual as Constituições se dirigem, exaltando uma democracia representativa que só beneficia às minorias detentoras do poder, deixando o povo à margem do poder, anulando dessa forma, a soberania popular e a própria legitimidade do poder "pelo povo" instituído.

Sabemos que, em nossa Constituição Federal, são assegurados meios de participação direta do povo no processo legislativo e político, de acordo com os artigos 1º, parágrafo único; 14, I, II e III; 49, XV; e 61, § 2º.

Em entrevista a Martônio Mont'alverne e Gilberto Bercovici[3], Müller faz uma interessante e contundente crítica à forma como esses meios de participação direta são efetivados, se é são.

Ora, o plebiscito deve ser convocado pelo Congresso; o referendo, autorizado por este; e a iniciativa popular, apresentada à Câmara dos Deputados. Dessa forma, a decisão de como se enquadram, se limitam e se aplicam esses instrumentos é definida pela elite política e, portanto, essas ações do povo não são realmente autônomas, não pertencem à competência essencial do povo. É obvio que deve haver um mínimo de organização para a apresentação de propostas de leis, pelo povo, por exemplo, mas apresentar à Câmara dos Deputados "projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles"[4] não nos parece tarefa muito fácil, na verdade, sendo até discriminatória e desestimuladora da intervenção popular no processo legislativo, o que fere o preceito do parágrafo único do artigo primeiro, confirmando a tese de Müller de que o Poder Constituinte do povo não passa de mera metáfora, o que deve ser combatido com urgência.

6. Conclusão: o povo como agente de validação da norma jurídica

Vimos que os conceitos de povo, soberania, Poder Constituinte estão em crise. O próprio sentido da democracia no sentido literal da palavra está em crise.

A priori, o objetivo deste trabalho é justamente mostrar que sem a ação, a intervenção do povo, dificilmente haverá norma jurídica realmente válida.

Tomemos por base a célebre frase do presidente Abraham Lincoln, dos Estados Unidos da América: a democracia é governo do povo, pelo povo e para o povo. Analisemos, pois, sistematicamente, as implicações desse conceito para a norma jurídica.

Governo *do povo* está relacionado com a instancia de validade técnico-formal da norma, de acordo com o termo de Miguel Reale. Compreendemos, dessa forma, o povo como agente

[3] LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto; BERCOVICI, Gilberto. Entrevista com Friedrich Müller. **Seqüência:** estudos jurídicos e políticos. Florianópolis, Fundação Boiteux, v. 51, p. 9-30, dez. 2005.

[4] Artigo 61, § 2º, CF/1988. Em seu trabalho de conclusão de curso, "As possibilidades sócio-jurídicas da Democracia Participativa no Brasil", Henrique Botelho Frota pesquisou sobre os vários institutos que favorecem a participação popular, descobrindo que há uma Comissão de Legislação Participativa da Câmara Federal recebendo propostas de leis da população que dificilmente conseguiriam chegar aos requisitos para proposição de iniciativa popular, analisando-as e possivelmente levando-as à Plenária para discussão.

normativo, como criador e agente de extinção de normas. Daí a urgência de fazermos uma reforma na Constituição que confirme, proporcione meios concretos e acessíveis a qualquer cidadão de utilizar-se de seu potencial legislativo para melhorar a sociedade.

Governo *pelo povo* refere-se ao fundamento da norma jurídica, que é a justiça, definida de acordo com a soberania popular. Qual é o fim, a finalidade da norma? A contenção, o equilíbrio das forças sociais.

Por fim, o governo é *para o povo*, referindo-se à eficácia da norma entre o povo, que, neste contexto, age como destinatário da norma, segundo a classificação de Müller, em sentido lato.

Portanto, torna-se óbvio que é imprescindível a participação do povo na definição, delimitação, e reforma da norma jurídica. Somente desta forma, realmente se entenderá soberania popular, democracia realmente como governo do povo.

7. Referências

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. 2 ed. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru: Edipro, 2003.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa:** Por um Direito Constitucional de luta e resistência; Por uma Nova Hermenêutica; Por uma repolitização da legitimidade. São Paulo: Malheiros, 2001.

FROTA, Henrique Botelho. **As possibilidades sócio-jurídicas da Democracia Participativa no Brasil**. Fortaleza: UFC, 2006.

LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto; BERCOVICI, Gilberto. Entrevista com Friedrich Müller. **Seqüência:** estudos jurídicos e políticos. Florianópolis, Fundação Boiteux, v. 51, p. 9-30, dez. 2005.

MÜLLER, Friedrich. **Fragmento (sobre) o poder constituinte do povo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. **Quem é o Povo?** A questão fundamental da democracia. 3ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito.** 14 ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria da norma jurídica.** 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA E O PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA ESTRUTURA PRODUTIVA

JÂNIO TAVEIRA DOMINGOS*

RESUMO

Esta obra acadêmica teve como escopo a análise do instituto da preservação da empresa instaurada como um dos princípios fundamentais do Direito Empresarial pátrio a partir da edição da Lei n. 11.101/2005. Precipuamente salientou-se a atual consagração do princípio da supremacia do interesse público frente o privado e seus reflexos em nosso ordenamento jurídico. Consignada essa ressalva inicial, fez-se uma avaliação em torno da função social da empresa, da necessidade e viabilidade de sua preservação, bem como dos possíveis impactos sócio-econômicos provocados por sua extinção. Foi realizado, ainda, um estudo comparativo entre o mencionado diploma legal e o Decreto-Lei 7.661/1945, revogado diploma sobre Falência e Concordata, no tocante à preservação da empresa.

Palavras-Chaves: Interesse Público. Função Social. Preservação da Empresa.

ABSTRACT

This academic work had a purpose to analyze the company's maintenance established as a fundamental principle in the Patrio Business Right since the publication of the Law 11.101/2005. Firstly it makes evident the recent exaltation of the supremacy principle of the public interest to the private and their reflexes with our juridical ordination. Established this preamble clause, it was made an evaluation about the company's social function, necessity and possibility of preservation, and so the possible socioeconomics impacts caused by her extinction. It was also made a comparative study between the lawful certificate and the Decree-Law 7.661/1945, certificate about Bankruptcy and Concordat, concerning the company's maintenance.

Keywords: Public Interest. Social Function. Company's Maintenance.

1. Introdução

Desde os primórdios do direito ocidental a falência do devedor, compreendida, dentre os seus múltiplos aspectos, como a incapacidade daquele em adimplir as suas obrigações no prazo e forma previamente ajustados, revestia-se de ilicitude, sendo, pois, ainda que não houvesse o intuito de fraudar os credores, ou seja, o dolo, considerada um delito. De veras tal assertiva, que é confirmada pela própria origem do vocábulo falência que deriva do verbo latino *fallere*, do sânscrito *sphal*, do grego *sphallein*, que significa faltar, falsear, enganar (ALMEIDA, 2006:16-17).

Sendo a falência vista como um crime, o devedor falido era considerado como infame e submetido à pena de prisão, penas vexatórias e até mesmo a mutilação**.** Segundo J. C. Sampaio de

* Aluno da Graduação em Direito na Universidade Federal do Ceará (UFC).

Lacerda, eram rigorosas as penas imputadas aos falidos, devido ao fato de ser a falência considerada um delito; sendo assim quase sempre o devedor procurava todos os meios lícitos e ilícitos para evitar a ação dos credores e até mesmo empreendendo fuga.

A visão pejorativa, e quando não criminosa, do devedor em estado de falência sedimentada ao longo dos séculos por diversos sistemas legislativos foi fruto de um modelo jurídico - econômico liberal que perdurou na civilização ocidental até meados do século XX. E neste contexto, erigiu-se o Diploma Pátrio Falimentar sob nº 7.661/45.

A falência desde então foi utilizada em parte como mero instrumento de punição do devedor insolvente, desmantelando toda a estrutura produtiva do fundo de comércio, nos termos do direito comercial vigente à época.

Apesar do seu primor técnico, com o passar dos anos tal sistema normativo, qual seja, a Lei n° 7.661/45, mostrou-se inadequado à tendência jurídica contemporânea. O *Codex civilis* de 2002, adotou a teoria da empresa em substituição à teoria dos atos de comércio, revogando em sua essência a estrutura comercial vigente até então e sedimentando dentre outros, em nosso sistema comercial, o princípio da supremacia do interesse público através da previsão da função social da empresa e de sua preservação. Urgia, pois, a total reformulação da legislação falimentar brasileira, fato ocorrido com a edição da Lei 11.101 de 09 (nove) de fevereiro de 2005.

2. Princípio da Supremacia do Interesse Público

Os princípios, entendidos como espécie, ao lado das regras, do gênero normas, são proposições norteadoras na elaboração e aplicação do direito, dando-lhe sentido, harmonia e lógica. Eles constituem a essência de um sistema jurídico-constitucional.

Em sede de estudos sobre Direito Administrativo, diz o consagrado jurista Hely Lopes Meireles que os princípios administrativos podem ser classificados em duas espécies: 1) os princípios expressos; e 2) os reconhecidos.

Os princípios expressos são aqueles arrolados pela Constituição Federal em seu artigo 37, constituindo as diretrizes fundamentais da Administração Pública, de modo que só se poderá considerar válida a conduta administrativa se estiver compatível com eles. São eles, *v.g.,* os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Os princípios reconhecidos, por sua vez, são aqueles que apesar de não serem expressamente previstos no ordenamento constitucional o são de maneira implícita, sendo sua existência detectada pela atividade doutrinária e jurisprudencial. Orientam, pois, como próprio de sua natureza principiológica, as diretrizes da Administração Pública. Entre eles situa-se o principio da supremacia do interesse público.

Diz Márcio Soares Berclaz:

> O simples fato do *princípio do interesse público* não ter sido objeto de catalogação expressa de parte do nosso legislador constituinte - que, ao construir a redação do artigo 37 da Constituição Federal, explicitou tão-somente os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência como sendo as premissas constitucionais regentes da Administração Pública – não quer dizer que ele não tenha sido contemplado. Muito antes pelo contrário, embora não haja referência específica, resta óbvio que sua adoção encontra implícita recepção em nosso ordenamento, assumindo, de igual parte, *status* constitucional, na medida em que, como vimos anteriormente, todas as ações adotadas pelo administrador público devem ter como motivação de fundo a obediência ao interesse da coletividade. Cumpre apresentar quais os suportes que autorizam nossa afirmação. O próprio princípio da legalidade, que encabeça a relação das prescrições gerais e abstratas inscritas no mencionado art. 37 da nossa Lei Fundamental, ao estipular que o administrador tem sua vontade submetida à lei – dentro da idéia de "interesse público" - também tem o objetivo de atender o interesse da sociedade, tanto é que a "lei" caracteriza-se por ser uma prescrição geral, imperativa, impessoal e abstrata, um veículo em serviço da sociedade como um todo. Quer-se dizer, com isso, que o princípio da legalidade não está dissociado da idéia de atender ao *interesse público*, e nem poderia ser diferente.[1]

Para comentar sobre o princípio da supremacia do interesse público, alvo do presente item deste estudo científico, urge preliminarmente compreender o exato significado da expressão interesse público, já que é esta revestida de plurissignificados.

O interesse público, segundo ensinamentos de Celso Antonio Bandeira de Mello, é o interesse resultante do conjunto de interesses que o indivíduo pessoalmente tem quando considerado em sua qualidade de membro da Sociedade e pelos simples fato de o ser. O interesse público, portanto, nada mais é do que uma dimensão, uma determinada expressão dos direitos individuais, vista sob um prisma coletivo.

Segundo Marçal Justen Filho, os interesses públicos não coincidem com os interesses da administração, revestida na pessoa natural do seu agente, nem do Estado e comumente não coincidem com o interesse da maioria das pessoas da coletividade (JUSTEN, 2005:2, 35-39).

Ainda em sede de interesses públicos diz Justen Filho que o interesse é qualificado como público não por coincidir com o interesse do Estado, do aparato administrativo ou do agente público conforme *supra* citado, e sim por ser este indisponível, ou seja, que suas qualificações exijam a sua efetivação de modo imperioso. Já que é a sociedade, no todo seu ou em parte, titular do interesse público, o princípio da supremacia e indisponibilidade deste interesse maior é alicerce fundamental do Direito Público, sendo, pois, a princípio, suficiente para fundamentar os atos administrativos. [2]

Goza, pois, o interesse público de supremacia, caráter este que significa sua superioridade sobre os demais interesses existentes na sociedade. Jamais os interesses privados podem prevalecer

[1] BERCLAZ, Márcio Soares. Algumas considerações sobre o princípio do interesse público no âmbito do Direito Administrativo . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 60, nov. 2002. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3545>. Acesso em: 19 out. 2007

[2] JUSTEN, Marçal Justen. "O direito administrativo reescrito: problemas do passado e temas atuais"artigo publicado na Revista de Negócios Públicos, ano II, nº 6, 39-41.

sobre o interesse público, ressalvadas as hipóteses de o direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada conforme previsão expressa da Magna Carta. A indisponibilidade, conseqüentemente, indica a impossibilidade de sacrifício ou transigência quanto ao interesse público, e é em decorrência de sua supremacia (JUSTEN, 2005:2, 35-39).

Por sua vez, pertinentes são as observações de Maria Sylvia Zanella Di Pietro ao constatar as inúmeras transformações pelas quais perpassa o Estado ocidental desde a segunda metade do século passado que para atender as necessidades coletivas, visando resguardar a ordem publica e econômica, passou a interferir, no funcionamento e na propriedade das empresas que condicionam o uso da propriedade ao bem estar social; nas que reservam para o Estado a propriedade e a exploração de determinados bens, como as minas e as demais riquezas do subsolo; nas que permitem a desapropriação para a justa distribuição da propriedade. Todas essas mudanças de postura do agente estatal frente às mudanças sociais foram alicerçadas no solavanco do princípio da supremacia do interesse público.

3. Princípios da Função Social e da Preservação da Empresa

3.1 Origens

Apesar de, em regra, o princípio da supremacia do interesse público servir exclusivamente como amparo aos atos da administração pública, já que é eminentemente uma norma de Direito Administrativo, e tendo em vista a interpretação sistêmica do Direito, notável é sua influência sob os demais ramos do Direito, incluindo-se nesse rol o próprio Direito Falimentar.

Assim sendo, grande é a importância da norma *supra* citado para o Direito contemporâneo, refletindo a permutação pricipiológica que assola, por hora, a civilização jurídica ocidental.

No Direito Romano, berço do "espírito" jurídico clássico, "espírito" este que sobrevivera até meados do século passado, a proteção ao direito individual era quase absoluta, sofrendo restrições somente quando expusesse injustamente outro direito individual a perigo. De tal veracidade esta assertiva que, em sede de Direito de Propriedade erigiu-se a máxima latina *"Jus utendi, frundi et abutendi"*, vale dizer, em tradução livre, direito de usar, fruir e abusar (FIUZA, 2004:716).

O mesmo "espírito" jurídico clássico, que é, em suma, a supremacia do interesse privado frente aos interesses coletivos, encontrou grande ressonância na construção dos arcabouços dos sistemas jurídicos europeus em meados dos séculos XVIII, XIX e início do XX, sob influência decisiva da doutrina liberal, corrente de pensamento esta até então van guarda do conhecimento filosófico e científico do homem ocidental.

O período de crises do sistema capitalista no primeiro quartel do século passado, cumulado com as duas grandes guerras, provocaram profundas alterações sociais e econômicas na grande parte dos Estados-Nações.

Foi este o início do declínio do modelo econômico, social e jurídico liberal, passando a sociedade, que desde declaração de Direitos e Garantias fundamentais do cidadão durante a Revolução Francesa exigia a mínima interferência do Estado na vida social conforme ensinamentos liberais, a necessitar de uma nova postura participativa do Estado.

Nesse contexto, ocorreu a concepção do princípio da supremacia do interesse público, entendido, em seu caráter amplo além dos limítrofes de administração pública, cujo mais fieis reflexos são o princípio da função social e o princípio da preservação da empresa, este último que é diretamente decorrente da anterior.

3.2 Conceito

Antes mesmo de adentrar no conceito de função social da empresa e no princípio da preservação desta, indispensável é a compreensão do termo função social *latu sensu* que fora sucintamente argüida por Arnaldo Süssekind (*apud* FIUZA, 2004:723), em sua seguinte explanação:

> (...) numa de suas notáveis conferências sobre a socialização do Direito, lembrou o insigne Leon Duguit que a concepção moderna de liberdade não mais corresponde "ao direito de fazer tudo que não cause dano a outrem e, portanto, *a fortiori,* ao direito de não fazer nada. Todo homem tem sua função social a cumprir e, por conseqüência, tem o dever social de desempenhá-la" (...) Como registrou Alvino Lima, "(...) procurando resguardar interesses coletivos, na verdade se defendem os direitos de cada um na comunhão social (...)".

A empresa que é, pois, a "(...) manifestação e / ou resultado do exercício da liberdade de agir econômica e juridicamente (...)" (MAMEDE, 2006:308) organizada através de meios (bens) e processos de produção para atuação e intervenção no mercado (MAMEDE, 2006:308), ou seja, o somatório de um complexo de bens organizado, com a atividade exercida e o fim de obtenção de vantagem financeira (MAMEDE, 2006:308), possui importante atuação diante do corpo social. Para seu funcionamento ordinário atendendo à demanda do mercado consumidor por seus bens e / ou serviços, além da demanda pelo "consumo" de até seu patrimônio intangível (*v.g.,* imagem do produto, *know-how*, ideologia apregoada pelas campanhas publicitárias e de propaganda, etc.), necessita a empresa do fornecimento de insumos e de efetivo humano, propiciando, em regra, a saudável circulação de capital em sua área de atuação mercadológica. É, pois, fonte produtora de riquezas, gerando empregos, circulando capital e atendendo às expectativas do mercado

consumidor; ocupa, pois, a empresa, importante função para o regular funcionamento de todo o organismo social, executando, assim, a sua *função social.*

Neste sentido Pacheco (2006:110):

> Pelo menos, desde o último quartel do século passado, vínhamos salientando que, em face de se considerar a empresa a atividade econômica organizada para a produção e circulação de bens e serviços, o empresário ou a sociedade empresária que a exercer, profissional e habitualmente, tem, permanentemente, necessidade de pessoal habilitado, capital, recursos naturais e tecnologia, absorvendo-os dos mercados de fatores de produção, trabalho e, por outro lado, colaborando para satisfazer o mercado consumidor com os produtos e bens produzidos. Apresenta-se, pois, a empresa como geratriz de utilidades, um dínamo rotativo de energias variadas, absorvidas dos respectivos mercados, para a produção de bens e serviços em benefício do mercado consumidor, condicionando, desse modo, o desenvolvimento local, regional ou nacional.

Expõe, por sua vez, Gladston Mamede (2006:181-182):

> Compreendida a empresa como simples manifestação e / ou resultado do exercício da liberdade de agir econômica e juridicamente, poder-se-ia pensar que eventuais dificuldades que venha a enfrentar são problemas que dizem respeito apenas a seu titular, ou seja, apenas ao empresário ou à sociedade empresária. Afinal, foi tal pessoa (o empresário ou a sociedade empresária) que no exercício de sua liberdade de contratar, contraiu dívidas, assumiu obrigações, e que, via de conseqüência, deve sofrer os efeitos diretos da insolvência da estrutura e da atividade econômica organizada. (...) Trata-se de uma visão que toma a empresa apenas como expressão da busca individual pela vantagem econômica e, conseqüentemente, como fenômeno eminentemente privado da realidade econômica e jurídica. Não é um enfoque equivocado, por certo, já que, a meu ver, um dos princípios do Direito Empresarial é justamente o *princípio da submissão ao regime jurídico privado*.(...) Essa compreensão da empresa por sua dimensão e finalidade privadas, no entanto, não exclui a compreensão concomitante de sua *função social*, ou seja, do interesse que a comunidade como um todo, organizada em Estado, tem sobre a atividade econômica organizada, ainda que se trate de atividade privada, regida por regime jurídico privado.

Para executar sua função social, entretanto, e como é inerente à atividade empresarial a ocorrência de situações de crise econômico-financeiros, indispensável que a empresa encontre mecanismos legais que a ampare em épocas de dificuldades. Neste sentido continua Mamede (2006:182):

> (...) A proteção da empresa, portanto, não é proteção do empresário, nem da sociedade empresária, mas proteção da comunidade e do Estado que se beneficiam – no mínimo indiretamente – com a sua atividade. E (...) corolário do *princípio da função social da empresa* é o *princípio da preservação da empresa,* metanorma que é diretamente decorrente da anterior: é preciso preservar a empresa para que ela cumpra a sua função social.

Nelson Abraão (*apud* PACHECO, 2006:109) já proclamava, há cerca de vinte anos atrás, a importância socioeconômica da empresa e a necessidade de sua preservação através da

reorganização da empresa em dificuldades econômicas, recomendando a adoção pela Lei das seguintes medidas (PACHECO, 2006:109):

> I – a edição de uma Lei que desse margem ao processo de recuperação de empresas; II – a disposição da matéria relativa ao concurso comercial e civil num só estatuto; III – a adoção dos procedimentos preventivos de reorganização; IV – a co-responsabilidade do sócio solidário e do acionista controlador nos procedimentos concursais, envolvendo as sociedades; V – a abolição dos procedimentos concursais como meio de cobrança; VI – o exercício da administração da empresa em procedimento concursal por pessoa estranhas aos interesses em disputa; VII – a reformulação da organização judiciária no que tange aos procedimentos concursais; VIII – alteração do sistema de graduação dos créditos; IX - a instituição de procedimento sumário para as pequenas empresas.

A Lei 11.101/2005, adequando-se à tendência contemporânea de buscar a preservação da empresa visto sua função social, atendeu amplas "reivindicações" doutrinárias a favor de tais institutos, incorporando ambos os princípios por hora sob comento m seu art. 47, *in verbis:*

> Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica. (grifo nosso)

4. Princípio da Função Social e da Preservação da Empresa no Decreto-Lei 7.661/45

Conforme comentamos desde as primeiras linhas deste trabalho, a falência teve, desde seus primórdios, manifesto caráter punitivo, sendo o falido visto de forma infame, expondo-se à degradação pública (Cf. ALMEIDA, 2006:297). Mesmo nos dias atuais, onde a falência não mais possui aspecto repressivo, sancionador, constituindo-se, antes de tudo, numa execução concursal, com objetivo exclusivamente patrimonial, ainda são nítidos os impactos negativos sobre a idoneidade da pessoa do devedor (Cf. ALMEIDA, 2006:297).

Esta visão pejorativa, e quando não criminosa, do devedor em estado de falência foi sedimentada ao longo dos séculos por diversos sistemas legislativos, refletindo, conforme *supra* citado, um modelo jurídico liberal que perdurou na civilização ocidental até meados do século XX.

O "espírito" jurídico clássico, que é, conforme comentamos em outra oportunidade neste mesmo trabalho, o princípio da supremacia do interesse privado frente aos interesses coletivos, foi amplamente abraçado pelos sistemas ocidentais até o início do século XX. E neste contexto, erigiu-se o diploma pátrio falimentar sob nº 7.661/45.

Nas palavras de Fábio Konder Comparato (*Apud* PACHECO, 2006:110) o dualismo no qual se encerrava o nosso Direito Falimentar – proteger o interesse pessoal do devedor ou o interesse dos credores:

> (...) não era de molde a propiciar soluções harmoniosas no plano geral da economia. O legislador parece ter desconhecido totalmente a realidade da empresa, como centro de múltiplos interesses – do empresário, dos empregados, dos sócios capitalistas, dos credores, da região, do Fisco, do mercado em geral – desvinculando-se da pessoa do empresário.

Apesar do seu primor técnico contendo disposições de ordem mercantil, no campo do direito privado, e de ordem processual, na seara do direito público, com o passar dos anos tal sistema normativo, qual seja, o Decreto-Lei n° 7.661/45, mostrou-se inadequado à tendência jurídica contemporânea de possibilitar, diante de insolvência econômica e financeira da empresa, a recuperação da mesma, conservando, assim, a fonte produtora de empregos, fonte geradora de riquezas e viabilizando novas formas de satisfação creditícia minorando as perdas. (Cf. PACHECO, 2006:1).

O diploma legal sob comento, que em sua origem foi eivado de princípios clássicos do Direito, não albergou o princípio constitucional da função social da empresa, refletindo exclusivamente o princípio do livre exercício da atividade econômica. E como atividade individual e privada que é, a empresária, eventuais dificuldades que venha a enfrentar são problemas que dizem respeito apenas a seu titular, ou seja, apenas ao empresário ou à sociedade empresária, já que no exercício de sua liberdade, deve assumir todos os bônus (lucros) e ônus (riscos) advindas da atividade econômica organizada. Esses valores, característicos do Decreto-Lei 7.661/45, vêem a empresa apenas como expressão da busca individual pela vantagem econômica e, conseqüentemente, como fenômeno eminentemente privado da realidade econômica e jurídica.

A lei falimentar pretérita previu, entre seus instrumentos, a figura da concordata. A respeito da origem deste instituto relata Almeida (2006:297):

> Vista a falência como um delito, ou apenas como um processo de execução patrimonial, estabelecida a distinção entre bons e maus pagadores, procurou-se evitar, para os primeiros, as desastrosas conseqüências da quebra, possibilitando-lhes composição com os credores, por meio da chamada *moratória* – a *prescriptio moratória* – dilação concedida ao devedor para solver suas obrigações, sucedâneo do que viria a ser posteriormente a concordata. Esta, a concordata, constituiu-se em inegável humanização do processo de execução dos bens do devedor, evitando-lhe a falência com suas danosas conseqüências

Adiante, reconhecendo a evolução das necessidades do devedor falido e das exigências ocasionadas pelas transformações sociais ocorridas durante a segunda metade do século passado, conforme anteriormente já comentado neste trabalho acadêmico, o mesmo autor reconhece o quão

ineficiente se tornou o instituto da concordata como mecanismo "reparador" de uma economia volátil:

> A concordata, malgrado constituir-se no instrumento jurídico indispensável à recuperação econômico-financeiro dos empresários, com o correr do tempo foi-se mostrando inadequada, entre outras coisas, por não assegurar ao devedor os recursos financeiros fundamentais para a manutenção dos estoques e continuação da atividade empresarial. De outro lado, sem garantia efetiva de receber seus créditos, as instituições financeiras recusavam-se, sistematicamente, a financiar a atividade negocial dos concordatários, tornando impraticável o fiel cumprimento das obrigações destes, o que, na prática, culminava na convolação da concordata em falência, com prejuízos insanáveis para o devedor, fornecedores e empregados. Além disso, o Decreto-Lei n° 7.661/45, malgrado o esforço jurisprudencial, mostrava-se extremamente tímido nas opções negociais destinadas à efetiva recuperação das empresas. Não se olvide, igualmente, a utilização, não raras vezes, d instituto da concordata, como meio de fraudar credores. Tais aspectos, entre outros, foram os responsáveis pela alteração da legislação falimentar (...) ALMEIDA (2006:297)

Tal fato era de tamanha gravidade que segundo estatísticas colhidas na vigência da pretérita legislação falimentar, apenas 17% das empresas sob concordata judicial se recuperavam e mantinham-se em atividade, enquanto as demais (83%) acabavam sofrendo convolação em falência[3].

Ademais, a edição do novo Código Civil em nosso País que passou a vigorar no ano de 2002, *codex* este que versou em seu Livro II sobre "Do Direito De Empresa" *in verbis,* adotou a teoria da empresa em substituição à teoria dos atos de comércio, revogando quase a totalidade do Direito Comercial pátrio, que passa a melhor ser denominado Direito Empresarial.

O mesmo código, ao ampliar o destinatário da Lei "comercial", não mais se limitando aos comerciantes, provocou a necessidade de ampliação da Lei Falimentar aos demais destinatários do Direito Empresarial, e não mais somente aos comerciantes e alguns industriais, conforme previsão da lei falimentar passada.

Por fim, o Código Civil de 2002 seguindo a tendência já legislada nos Estados Unidos (*Brankruptcy Act,* de 1979), na França (Lei n° 94.495 de 1994), na Inglaterra (*Insolvency Act,*de 1986), e dentre outras nações européias, adotou o princípio constitucional da função social da empresa, fato que acentuou ainda mais a dissonância da nossa legislação falimentar com as reais necessidades sócio-econômicas e com o próprio ordenamento jurídico pátrio.

5. Princípio da Função Social e da Preservação da Empresa na Lei 11.101/05

[3] SALAMANCHA, José Eli. A recuperação judicial de empresas e as dívidas fiscais. **O Estado do Paraná,** Curitiba, 25 dez. 2005, Caderno Direito e Justiça.

As inúmeras incompatibilidades, já comentadas no item anterior deste trabalho científico, do Decreto-Lei 7.661/45 com as necessidades sociais e econômicas das empresas desde a segunda metade do século pretérito, provocaram calorosos embates teóricos da doutrina comercial nacional.

Vale repetir as palavras de Pacheco (2006:110):

> Pelo menos, desde o último quartel do século passado, vínhamos salientando que, em face de se considerar a empresa a atividade econômica organizada para a produção e circulação de bens e serviços, o empresário ou a sociedade empresária que a exercer, profissional e habitualmente, tem, permanentemente, necessidade de pessoal habilitado, capital, recursos naturais e tecnologia, absorvendo-os dos mercados de fatores de produção, trabalho e, por outro lado, colaborando para satisfazer o mercado consumidor com os produtos e bens produzidos. Apresenta-se, pois, a empresa como geratriz de utilidades, um dínamo rotativo de energias variadas, absorvidas dos respectivos mercados, para a produção de bens e serviços em benefício do mercado consumidor, condicionando, desse modo, o desenvolvimento local, regional ou nacional.

A Lei 11.101/2005 adequando-se à tendência contemporânea de buscar a preservação da empresa vista a sua função social atendeu amplas "reivindicações" doutrinárias a favor de tais institutos, incorporando ambos os princípios por hora sob comento em seu art. 47, *in verbis:*

> Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica. (grifo nosso)

Como já exposto em itens anteriores, para executar sua função social de forma mais efetiva possível, indispensável é que a empresa seja amparada por mecanismos legais, principalmente, em períodos de dificuldades econômico-financeiros.

> (...) A proteção da empresa, portanto, não é proteção do empresário, nem da sociedade empresária, mas proteção da comunidade e do Estado que se beneficiam – no mínimo indiretamente – com a sua atividade. E (...) corolário do *princípio da função social da empresa* é o *princípio da preservação da empresa,* metanorma que é diretamente decorrente da anterior: é preciso preservar a empresa para que ela cumpra a sua função social. MAMEDE (2006:182)

O principal mecanismo criado pelo novel legislador falimentar foi o instituto da Recuperação, judicial ou extrajudicial, da empresa. Este instituto veio como substituto da concordata, porém ampliando a área de atuação daquele arcaico instrumento falimentar, tendo como fim viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira por qual perpassa o devedor, assegurando-lhe todos os meios indispensáveis à manutenção da estrutura produtiva, visto a função social da empresa e as conseqüências negativas advindas com a sua extinção.

Várias foram as inovações do instituto de recuperação de empresas, antes chamado de concordata, e no instituto da falência que tornaram mais eficiente e adequada a nossa legislação falimentar, *v.g.*: 1) extensão da falência ao empresário civil ou mercantil; 2) extinção da concordata suspensiva e preventiva; 3) criação da recuperação judicial e extrajudicial da empresa recuperável; 4) criação do comitê de credores exigindo, assim, a participação ativa dos credores diligenciando ativamente para defesa de seus interesses; 5) criação da Assembléia Geral de credores, órgão de grande importância para o bom andamento da recuperação da empresa insolvente; 6) ampliação das formas de realização do ativo do devedor, (I) alienando inicialmente a empresa com seus estabelecimentos em bloco, (II) em seguida alienando a empresa com a venda de suas filiais em unidades produtivas isoladamente, se ainda não for possível, (III) alienando blocos de bens que integram cada um dos estabelecimentos do devedor, e, finalmente, (IV) alienando os bens individualmente considerados; etc. (ALMEIDA, 2006:11)

Outra fundamental inovação do atual diploma falimentar é percebida pelo fato de que, enquanto Lei de Falência e Concordata tinha como único escopo a satisfação dos créditos sociais, refletindo assim o caráter individualista daquele Decreto-Lei, a Lei de Falência e Recuperação, apesar de também ter o mesmo objetivo, privilegia a recuperação financeira das empresas. Está aqui configurada a importância que o Estado proporciona à preservação da empresa, justamente por considerá-la um bem social de inestimável importância.

Crucial também é o fato de que o Decreto-Lei n. 7.661/45 sobrecarregava a responsabilidade da empresa inadimplente, no que diz respeito à busca de alternativas econômicas para solucionar os seus conflitos financeiros, enquanto que a nova lei, ao revés, estende essa responsabilidade também para os credores e para o Poder Judiciário, para que todos somem esforços para ser promovida a reestruturação financeira da empresa. Para prover a mantença da fonte produtora de riquezas e empregos, o dispositivo legal estimula os credores para que estes façam a utilização de todos os meios éticos que se fizerem necessários.

Tamanha as inovações de tais mecanismos implementados pela Lei 11.101/05 que os reflexos na economia nacional já começaram a ser nitidamente percebidos, mesmo com o pouco tempo de sua vigência.

Em um levantamento estatístico divulgado no dia 10 de outubro do corrente ano pela Serasa, mostrou-se que os registros de falências e concordatas apresentaram queda entre janeiro e outubro de 2005, ante o mesmo período de 2004. As falências requeridas caíram 24,1%, as decretadas diminuíram 11,4% e as concordatas deferidas recuaram 34,3%. Desde o início da vigência da nova Lei de Falências, em junho de 2005, a empresa de análise de crédito constatou que houve 72

requerimentos de recuperação judicial de companhias e não houve, nesse período, registros de solicitações de recuperação extrajudicial.[4]

Adiante, em artigo do mesmo instrumento jornalístico:

> LEI DE FALÊNCIAS (11/12/2006)
> Economia ganhou mais força
>
> *A Lei de Recuperação de Empresas e Falências confirma o seu papel como importante mecanismo de evolução do ambiente de negócios.*
> Na avaliação do empresariado brasileiro, o saldo do primeiro ano pós-implementação da Lei de Recuperação de Empresas e Falências (Lei 11.101/05) confirma o seu papel como importante mecanismo de fortalecimento da economia, de geração de empregos e de evolução do ambiente de negócios no Brasil. A constatação vem da segunda edição da pesquisa "Recuperação de Empresa", que representa um balanço das impressões do empresariado brasileiro sobre os efeitos da nova Lei de Empresas e Falências, e suas perspectivas no cenário econômico e no ambiente de negócios. O estudo foi conduzido pela Deloitte, uma das maiores empresas de consultoria e auditoria do mundo e contou com a participação de 104 organizações de todo o País. Dos executivos entrevistados, 94% acreditam que a lei obriga um maior envolvimento dos credores no processo de recuperação da empresa e aumenta a possibilidade de sua reabilitação. Segundo a pesquisa, a preocupação do empresariado em relação à criação de uma ferramenta capaz de favorecer a recuperação do crédito se justifica pelo impacto que a lei pode gerar, se for bem-sucedida, tanto na ampliação do volume de recursos disponível no mercado, no médio e longo prazos, quanto na redução do custo para obtê-lo, na medida em que ela oferecer garantias adicionais às instituições credoras. Afinal, a relação entre o volume de crédito hoje concedido no Brasil e o Produto Interno bruto (PIB) ainda é de 33%, muito menor de que a de outros países como Estados Unidos, Japão e Espanha, onde esse índice supera 100%. Para o empresariado, essa situação constitui um elemento limitador da expansão da produção, do consumo, do emprego e, por conseqüência, da geração de mais impostos ao governo e riquezas a serem distribuídas à sociedade.
> No entanto, a mesma pesquisa indica a necessidade de revisão de alguns pontos previstos pela lei, a fim de oferecer melhores condições para que os processos de recuperação judicial sejam bem-sucedidos. A dificuldade de renegociação entre a empresa e os credores sobre o plano de recuperação, indicada por 58% dos entrevistados, lidera a lista de maiores entraves para a aplicação da lei, seguida do pouco conhecimento pelas empresas passíveis de utilizar seus dispositivos (55%) e pela ausência de cultura empresarial que favoreça o compartilhamento da gestão da organização (51%). Além disso, 75% dos executivos informaram como prioridade máxima que a obrigatoriedade de a empresa estar adimplente como Fisco, para poder ser admitida em um processo de recuperação, merece maior atenção e prioridade nas alterações. À parte, a pesquisa buscou tratar, ainda, das impressões dos executivos sobre quais elementos indicativos da necessidade de se reestruturar uma organização. Dos pontos assinalados para essa questão aparecem como principais sinais a ocorrência de uma gestão inadequada e o alto endividamento da empresa.[5]

A Lei de Falência e Recuperação de Empresas materializou definitivamente o princípio da função social da empresa e o da preservação da empresa, antes aspirações da Carta Magna, em nosso sistema jurídico, sedimentando uma séria de aparatos e instrumentos processuais a fim de conferir maior eficiência e celeridade no procedimento falimentar, e acima de tudo, tentar manter intacta a estrutura produtiva organizada, vale dizer, a empresa com sua função social.

[4] Diário do Nordeste, Edição 11/10/07, http://diariodonordeste.globo.com/arquivo/materia.asp?codigo=293647
[5] Diário do Nordeste, Edição 11/10/07, http://diariodonordeste.globo.com/arquivo/materia.asp?codigo=388237

6. Conclusão

Uma atividade econômica em crise, assolado por dificuldades decorrentes de insuficiência de meios de pagamentos, causa transtornos inestimáveis para a sociedade. O eventual falecimento de tal empresa provoca negativas conseqüências para todo o meio social, como *v.g.*, o desaquecimento da economia regional, a redução das exportações, a queda dos níveis de concorrência e dos recolhimentos de tributos, desemprego em massa, etc.

O Decreto-Lei 7.661/45, que vigeu até o ano de 2005, há muito já se mostrava inadequado às necessidades empresariais da economia mercadológica dos dias atuais. O modesto instituto da concordata, que em seus primórdios visava oferecer meios, ao empresário ou sociedade empresária insolventes, para evitar as inconveniências advindas de um procedimento falimentar, com o tempo mostrou-se totalmente incapaz de promover a sua recuperação.

A Lei 11.101/05 surge em meio ao descrédito social por qual perpassava a legislação falimentar brasileira carregando em seu bojo o princípio da função social da empresa, do qual deflui o princípio da preservação da empresa.

Inúmeras inovações são implementadas, tornando o procedimento falimentar mais célere e efetivo, sempre em busca de fornecer ao devedor todos os meios adequados e possíveis para proceder à recuperação da estrutura produtiva, visto as conseqüências pesarosas pela sua extinção. É exigida, dentre outras coisas, a maior participação dos credores (comitê de credores, Assembléia, etc.) durante o implemento da recuperação judicial, repartindo entre todos os interessados, já que a atividade empresarial possui uma função social mais relevante do que o interesse individual do empresário devedor ou do próprio credor, as atribuições na execução do plano.

Mesmo com o pouco tempo de sua vigência, não se apresenta como precipitada a afirmação que vela pelo sucesso do diploma falimentar em vigor. Como está totalmente sedimentado em uma principiologia que encontra atual e larga vivência social, a saber, o princípio da supremacia do interesse público frente o privado, cujos fiéis reflexos são observados nos princípios da função social da empresa e da preservação da estrutura produtiva, nada mais natural e esperado que a Nova Lei de Falências atinja seu objetivo precípuo, vale dizer, evitar a quebra da estrutura produtiva, visto a sua importância para a vida do organismo social.

Bibliografia

ALMEIDA, Amador Paes de. **Curso de falência e recuperação de empresa**. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

ANDRADE, Jorge Pereira. **Manual de falências e concordatas**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 1996.

BERCLAZ, Márcio Soares. *Algumas considerações sobre o princípio do interesse público no âmbito do Direito Administrativo* . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 60, nov. 2002. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3545>. Acesso em: 19 out. 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Lei de falências e concordatas comentada**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FIUZA, César. **Direito Civil***:* Curso Completo. 8 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios; GONÇALVES, Maria Gabriela V.P. *Direito comercial, direito de empresa e sociedades empresárias (coleção sinopses jurídicas v. 21)*. São Paulo: Saraiva, 2005.

JUSTEN, Marçal Justen. **Curso de Direito Adminstrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *"O direito administrativo reescrito: problemas do passado e temas atuais"*artigo publicado na Revista de Negócios Públicos, ano II, nº 6, 39-41.

LACERDA, J. C. Sampaio de. **Manual de Direito Falimentar**. 14. ed, rev. e atual. por Jorge de Miranda Magalhães. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro**. v 4*:* Falência e recuperação de empresas. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MARTINS, Fran. **Curso de direito comercial**. 28 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

PACHECO, José da Silva. **Processo de recuperação judicial, extrajudicial e falência**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

LIMITES DO PODER NORMATIVO DA JUSTIÇA DO TRABALHO APÓS A E.C. 45 DE 2004

ARY SALGUEIRO EUCLIDES DE ARAÚJO[*]

RESUMO

Por causa da "Emenda Constitucional 45 de 2004", fizeram-se necessárias novas reflexões no que se refere à ferramenta jurídica do Poder Normativo da Justiça do Trabalho. Em primeiro lugar, este estudo distinguirá os meios de resolução de conflitos para que se possa localizar o Poder Normativo no interior de uma teoria geral e compreender seu conteúdo, ou seja, sua natureza jurídica. Também se exporá a história das mudanças sociais, políticas e jurídicas que resultaram em seu status atual, as teses contra e a favor de juristas influentes, assim como a posição da Organização Internacional do Trabalho (OIT). Depois, se indicarão os limites e possibilidades atuais da decisão normativa, em primeiro lugar, através da análise das mudanças trazidas pela Emenda Constitucional n° 45 e, finalmente, os limites gerais, resultantes das interpretações jurisprudenciais e da doutrina. Não se poderá, somente com isso, esgotar todo o complexo fenômeno do Poder Normativo. Contudo, servirá este trabalho para iniciar discussões acerca do tópico, ainda importante e polêmico.

Palavras-chave: Emenda Constitucional 45. Poder Normativo. Justiça do Trabalho

RESÚMEN

la causa de la Reforma Constitucional 45 de 2004, se hicieron necesarias nuevas reflexiones a lo que se refiere a la herramienta jurídica del Poder Normativo de la Justicia del Trabajo. En primer lugar, este estudio distinguirá los medios de resolución de conflictos judiciales colectivos del trabajo para que se pueda localizar el Poder Normativo en el interior de una teoría general y comprender su contenido, es decir, su naturaleza jurídica. También se enseñarán la historia de los cambios sociales, políticos y jurídicos que resultaron en su status actual, las tesis en contra y a favor elaboradas por juristas influyentes, así como la posición de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Después, se indicarán los límites y posibilidades actuales de la decisión normativa, en primer lugar, a través del análisis de los cambios traídos por la Emenda Constitucional n° 45, y, finalmente, los límites generales, resultantes de las interpretaciones jurisprudenciales y de la doctrina. No se podrá, solamente con esto, agotar todo el complejo fenómeno del Poder Normativo. Con todo, servirá este trabajo para empezar discusiones a cerca del tópico, todavía importante y polémico.

Palabras clave: Reforma Constitucional 45. Poder normativo. Justicia Laboral

[*] Aluno da Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará. Membro do grupo de estudos em Filosofia dos Direitos Humanos da Faculdade de Direito.

1. Introdução

Acusado de resíduo do fascismo, ainda persiste em nosso ordenamento o poder normativo da Justiça do Trabalho. A infeliz condição por que passam vários de nossos trabalhadores e a parca mobilização de nossos sindicatos ainda justificam que esse instituto ainda opere, a despeito das teses de alguns de seus opositores.

Inicialmente serão estudadas as formas de resolução de conflitos judiciais no âmbito coletivo, destacando-se o dissídio coletivo e sua apresentação como opção no direito coletivo do trabalho. Será comparado à forma preferível de resolução de problemas entre os entes coletivos: a autocomposição na forma de convenção coletiva. No contraste entre litígio e conciliação existem também as possibilidades de se efetivar uma verdadeira autonomia sindical em nosso país. Neste ponto do trabalho também será apresentado o conceito de poder normativo. Também nos importa a conceituação da natureza jurídica do poder normativo e o debate diante da legitimidade da Justiça do Trabalho de deter função híbrida de legislação com jurisdição.

Haverá também breve histórico do poder normativo, destacando o momento de sua criação, sua conformação diante da constituição de 1988 e, em tópico seguinte, as inovações trazidas pela E.C. 45/2004. Estudaremos o sentido que seguiu o instituto e os atores que, ao longo do tempo, pressionaram pelas mudanças que sofreu o poder normativo.

Por fim, um tópico dedicado ao alcance e aos limites do poder normativo tratará dos aspectos de sua aplicação e de polêmicas levantadas quanto aos seus dispositivos: tanto as já tradicionalmente discutidas, como aquelas que foram trazidas pela E.C. 45/2004, a partir de considerações jurisprudenciais e da doutrina.

Não há aqui a pretensão de esgotar o tema do poder normativo da Justiça do Trabalho. O tema é extremamente complexo para isto. Trataremos de aspectos principais e de algumas polêmicas que tornam o tema intrigante e essencial.

2. O Dissídio Coletivo Frente a Outras Formas de Resolução de Conflito

Para localizar satisfatoriamente o conteúdo do “poder normativo” da Justiça do Trabalho, é necessário localizar o meio onde este se concretiza, que é o dissídio coletivo, situando-o frente a outras possibilidades de resolução de conflitos coletivos do trabalho.

A primeira dessas possibilidades que pode ser citada é a autocomposição, em que, segundo lição de Godinho (2007:1294), "as partes coletivas contrapostas ajustam suas divergências de modo autônomo, diretamente, por força e atuação própria", resultando esta "negociação coletiva" em um "diploma coletivo negociado". Importante meio de solução, é, como lembra Barbosa (2006:109), recurso para desafogar o judiciário e mudar a cultura brasileira de resolver conflitos indiscriminadamente em litígio judicial. O mesmo jurista, inclusive, nos lembra que existe autocomposição obrigatória (conciliação): quando do ajuizamento de dissídio coletivo (parágrafo 2º do art. 114 da C.F.); para a deflagração de greve (art. 3º da Lei 7789/99), nos dissídios coletivos, e, nos dissídios individuais, as Comissões de Conciliação Prévia, antes do ajuizamento da reclamação (art. 625-D da CLT) (BARBOSA, 2006:108).

A outra forma de resolução de conflitos é a heterocomposição em sua modalidade "arbitragem". Segundo Godinho (2007:1449), esta é "o tipo procedimental de solução de conflitos mediante o qual a decisão, lançada em um laudo arbitral, efetiva-se por um terceiro, árbitro, estranho à relação entre os sujeitos em controvérsia e, em geral, por eles escolhido", sendo, além disso, em regra, "um expert, profissional especializado no tema em controvérsia". Nos importa definir a arbitragem para que possamos, em outro momento, entender como este instituto, após a E.C. 45 de 2004, se aproxima do atual poder normativo da Justiça do Trabalho.

É observação de Godinho (2007:1294) que todas as formas de resolução de conflitos coletivos podem ser marcadas por mercanismos de auto-tutela (como a greve) e próximos a heterocomposição (como a mediação). Entretanto, não por isto fica prejudicada a classificação dada, que representa os "eixos", os "núcleos" dos métodos supracitados. O mesmo ocorre com o dissídio coletivo.

O dissídio coletivo é, como a arbitragem, modelo de heterocomposição. Martins (1997:667) afirma que: "Nos dissídios coletivos o que se discute é a criação de novas normas ou condições de trabalho para a categoria, ou a interpretação de uma certa norma jurídica". Neste sentido, pode-se dizer que o dissídio coletivo pode querer solucionar conflito de direito, ou seja, de interpretação e aplicação de determinado direito já adquirido, e os de interesse, que pretendem modificação ou criação de direito. Ao "conflito de interesses" também se dá o nome de "conflito de natureza econômica", importante expressão para definir o alcance do poder normativo, tema deste estudo. Como nos mostra Barbosa (2006:174), "a maioria dos sistemas jurídicos só aceita solução jurisdicional para dissídios coletivos de natureza jurídica. No Brasil se adota a solução jurisdicional para ambos [dissídios de natureza jurídica e econômica]".

Existem, pois, duas situações quanto ao dissídio coletivo, e para cada um deles uma espécie diferente de sentença: no dissídio de natureza jurídica, ou "de direito", a sentença é de natureza

declaratória de um direito; já no dissídio de natureza econômica, ou "de interesses", a sentença é de natureza constitutiva.

A solução jurisdicional é criticada por muitos. A convenção coletiva, como autocomposição, é que é o modelo de composição de conflitos preferido pela doutrina majoritária e recomendado pela OIT, em sua recomendação número 92, segundo Barbosa (2006:107). A jurisdição tem, claramente, caráter excepcional nestes casos. Na lição de Teixeira Filho (2003:1441), a tentativa de negociação coletiva e a comprovação de seu malogro constituem pressupostos indispensáveis à constituição e desenvolvimento válido do processo em dissídio coletivo, seja porque uma das partes recusou-se a negociar, seja porque a negociação iniciada não satisfez ambas as partes, tanto em hipótese de processo originário, como nos de revisão. Segundo o art. 616 da CLT, não podem recusar-se a negociar "os Sindicatos representativos de categorias econômicas ou profissionais e as empresas, inclusive as que não tenham representação sindical, quando provocados". Os parágrafos 1º e 2º do mesmo artigo indicam, respectivamente, a chamada do sindicato recalcitrante e, na resistência deste quanto a negociar, da faculdade de instaurar-se o dissídio coletivo.

O caráter ideal da negociação coletiva, que é fundamento de sua consideração como regra e pressuposto de qualquer dissídio coletivo, advém de a solução ser dada pelas próprias partes, que, se devidamente em estado paritário e dispondo de informações e de força política satisfatórias, podem equilibrar mutuamente os interesses em jogo. Não é, porém, a negociação em si que a torna preferível, mas a possibilidade de um resultado positivo (GIGLIO apud BARBOSA, 2006:107), o que, desde já, retira uma justificação de seu uso por si, e justifica que, quando preciso, se use formas de heterocomposição, dentre elas, a jurisdição.

Em brilhante exposição, Amauri Mascaro Nascimento, citado por Barbosa (2006:122), explica as vantagens e desvantagens da jurisdição na resolução de conflitos coletivos do trabalho. São vantagens:

> a) segurança das decisões proferidas pelos magistrados acostumados a decidir e que tem qualificação para distribuir justiça; b) eqüidade dos julgamentos, proferidos com base na soma de todos os interesses em discussão, dentre os quais não só os próprios interessados como também o do Poder Público; c) a imparcialidade no julgamento; d) a institucionalização das decisões, que são emanadas de um órgão integrante da estrutura do Estado, portando dispondo de toda a força do Estado para substituir a vontade conflitante dos particulares; e) a facilidade da execução da decisão, pois o próprio órgão jurisdicional dispõe de meios coercitivos para fazer cumprir as regras que fixar.

São desvantagens:

> a) eventual discrepância entre os critérios do órgão jurisdicional e o programa econômico traçado pelo Estado, prevalecendo as decisões segundo um critério de justiça e não de conveniência; b) a dificuldade dos juízes em conhecer detalhes técnicos de problemas econômicos na profundidade necessária para que o pronunciamento, em conflitos coletivos salariais, não prejudique interesses maiores gerais.

Reconhecem, ainda, as partes que não podem solucionar o conflito por si, e que precisam ter seus direitos tutelados pelo Estado. Substitui-se, de fato, para bem ou para mal, a prudência negocial pela prudência impositiva da jurisdição.

Neste sentido, se poderia dizer que o que se faz é apenas repetir no direito coletivo do trabalho o que já se faz no direito individual do trabalho, ou seja, ampliar as normas imperativas a fim de que a vontade das partes que formam relação de trabalho seja limitada a preceitos mais benéficos ao trabalhador, ou que a ele dêem proteção para além do que fosse acordado. Não se pode dar este argumento por, essencialmente, dois motivos: o direito coletivo do trabalho segue princípio estranho ao direito individual do trabalho, que é o da "equivalência dos contratantes coletivos" (GODINHO, 2007:1315), reconhecimento de que tanto o ente coletivo obreiro como o empresarial tem a mesma natureza ("coletiva") e dispõem de mecanismos eficazes de negociar de modo justo e de exercer pressão contra interesses opostos; em segundo lugar, o que se tem observado é o uso da solução jurisdicional, e da sentença normativa, para beneficiar interesses contrários aos dos trabalhadores (RAMOS FILHO apud BARBOSA, 2006:123). Como a convenção coletiva, também não é por si só que a solução jurisdicional pode ser boa, mas pelos resultados que ela traz, o que é, definitivamente, conseqüência da postura dos Tribunais ao fazerem uso desta prerrogativa.

3. O Poder Normativo

Define, então, Barbosa (2006:123), o que é o poder normativo:

> Esse poder consiste na possibilidade dos Tribunais do Trabalho elaborarem normas para a composição de conflitos coletivos de trabalho de natureza econômica, através de sentença normativa, cujos efeitos se estendem a todos os integrantes das categorias envolvidas (profissional e econômica) no litígio, aplicando-se suas disposições aos contratos individuais de trabalho celebrados entre os integrantes das respectivas categorias.

Podemos, a partir desta observação, atentar, pela lição de Godinho (2007:1296), para o fato de que a atuação jurisdicional comum difere daquela que executa o poder normativo da Justiça do

Trabalho quando do dissídio coletivo. Em vez de simplesmente "reiterar julgados individuais em semelhante e idêntica direção", cria-se, através da sentença normativa, "regras gerais, abstratas, impessoais, obrigatórias, como resultado de um único e específico processo posto a exame do tribunal trabalhista para aquele preciso e especificado fim (...)". Completa o jurista dizendo que "é lei em sentido material, embora se preserve como ato judicial, do ponto de vista de sua forma de produção e exteriorização" (2007:1297). Interessante a citação de Couture, feita por Barbosa (2006:122). Para aquele autor, "a sentença normativa tem um duplo aspecto", pois é "verdadeira sentença, um ato jurisdicional, para as partes que intervierem", ao passo que "para os que atinge – empresários e trabalhadores – e tenham sido terceiros no litígio, é pura atividade legislativa". Esta teoria tem a qualidade de ser razoável e conciliadora, contra os extremismos daquelas que reduzem a atividade jurisdicional ao que classicamente se entende como tal, dando razão a uma teoria da separação dos poderes extremada e inexecutável.

Como observa Lopes[1], a função jurisdicional não é a única executada pelo Poder Judiciário. Interessante comparação que faz, dizendo que também não é jurisdição propriamente dita a jurisdição voluntária, "pois no seu exercício o juiz não tem por função decidir litígio, mas apenas fiscalizar e integrar determinado negócio jurídico de natureza privada, tudo em nome do interesse público. Não há nem lide ou partes, mas interessados e interesse".

Não nos cabe, entretanto, pela extensão razoável deste trabalho, exaustivamente citar os posicionamentos contra ou a favor da natureza jurisdicional ou legislativa da sentença normativa. Acolhemos sua natureza híbrida e nos concentraremos, a diante, em avaliar suas conseqüências e pressupostos.

4. Breve Histórico do Poder Normativo

Barbosa faz em seu trabalho um panorama histórico do instituto do poder normativo da Justiça do Trabalho. Segundo ele, através do Decreto-lei 1.237/39 organizou-se conjuntamente a Justiça do Trabalho e seu poder normativo. Como bem observa o autor, sua instituição decorre do intervencionismo estatal sobre a luta de classes, compondo uma sociedade segundo um modelo organicista através de um amplo escopo e força do Estado. Era parte de um verdadeiro "pacote" de medidas, que Barbosa explica:

[1] LOPES, Otavio Brito. **A Emenda Constitucional nº 45 e o Ministério Público do Trabalho**. Revista do TST, Brasília, Vol. 71, nº 1, jan/abril 2005, pg. 183.

> Com abundante legislação reguladora das condições de trabalho se impõe, como corolário do modelo que se instituía, o sindicato único e sujeito à intervenção do Estado, a contribuição sindical compulsória garantida por lei também como forma de submissão dos sindicatos ao Estado e o Poder Normativo dos Tribunais do Trabalho como forma de evitar o entendimento direto entre os grupos interessados (2006:118).

O mesmo autor indica também que a posterior polêmica sobre a constitucionalidade do dispositivo fez com que o constituinte de 1946 expressamente a previsse no parágrafo 2º do art. 123: "a lei especificará os casos em que as decisões, nos dissídios coletivos, poderão estabelecer normas e condições de trabalho". Este poder normativo, entretanto, sofreu restrições tanto diante da fraqueza dos sindicatos que o reduziam a mero instrumento de luta salarial, sem atentar para outros dilemas tão importantes quanto este para a classe trabalhadora (como as condições de trabalho), bem como de leis que posteriormente vieram regular o dissídio coletivo, assim como a greve, no momento do Regime Militar de 64.

Quando da constituinte de 1988, discutiu-se sobre a extinção do poder normativo. O ponto de vista vitorioso na discussão foi o da necessidade de sua manutenção, devido à fraqueza de nossos sindicatos obreiros, desmobilizados e cujo maior potencial reivindicatório se concentrava em áreas de grande desenvolvimento industrial, como o ABC paulista, em detrimento do resto do Brasil, que estaria à margem dos instrumentos mais efetivos de barganha com os entes coletivos empresariais. É o convincente argumento de Tarso Genro, citado por Barbosa (2006:129). Acabou por ser aprovado o parágrafo 2º do art. 114 com o seguinte texto:

> Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado aos respectivos sindicatos ajuizar dissídio coletivo, podendo a Justiça do Trabalho estabelecer normas e condições, respeitadas as disposições convencionais e legais mínimas de proteção ao trabalho.

O texto de 1988 trazia, em relação ao de 1946, inovações: retirava a expressão "a lei especificará", deixando para a própria constituição a limitação ao dissídio coletivo, ou seja, a recusa das partes a negociar ou arbitrar seus interesses e bem como a limitação à sentença normativa, "as disposições convencionais e legais mínimas de proteção ao trabalho". Como bem observa Barbosa (2006:130), se de certo ângulo se permitia a sobrevivência do poder normativo (que poderia ter sido extinto), por outro se indicava o caminho de sua extinção, dando-lhe caráter subsidiário em relação à convenção coletiva, que, frustrada, dá lugar à jurisdição "normativa". Desde aí estava preparado o caminho à E.C. 45/2004.

5. Poder Normativo e a E.C. 45/2004

Houve, em verdade, uma maior limitação do poder normativo da Justiça do Trabalho, resultado de pressões de vários setores (tanto políticos como no interior mesmo da doutrina jurídica) para que se reduzisse a intervenção do Estado e se passasse a um modelo "democrático", por assim dizer, de relações sindicais. A OIT, inclusive, já pressionava para que o poder normativo fosse retirado de nossa legislação a fim de permitir que, junto à pluralidade sindical, fosse mais "aberto" o nosso sistema de direito coletivo do trabalho. Como explica Barbosa (2006:134) :

> O que se põe em relevo nas modificações cobradas pela OIT é justamente a não-intervenção do judiciário na solução dos conflitos coletivos de interesse, salvo quando esta intervenção for solicitada de comum acordo entre as partes ou quando o conflito colocar em risco a manutenção de serviços essenciais à população.

Segundo o autor observa, o poder normativo, bem como a própria jurisdição do dissídio coletivo, seria agora, após a E.C. 45/2004, opção dos sindicatos a uma forma de "arbitragem pública voluntária", a não ser que necessária "nos casos de greve com paralisação de serviços essenciais que colocassem em risco o interesse público". Isto ocorre porque, como se exige o comum acordo entre as partes, elas se unem para escolher como se optassem por um tribunal arbitral, em que pese sua natureza pública. No próximo tópico, falaremos sobre a exigência de comum acordo como limitação do poder normativo e exporemos as teses acerca da inconstitucionalidade do dispositivo.

O critério limitador da "incorporação de vantagens precedentes", como explica Godinho (2007:1297) foi enfatizado, adicionando-se ao texto original do parágrafo 2º do art. 114 da C.F., além do trecho já existente ("respeitadas as disposições convencionais e legais mínimas de proteção ao trabalho"), o atual final do dispositivo: "bem como as [disposições] convencionadas anteriormente".

Estas mudanças no sentido de limitar o Poder Normativo serão comentadas mais detalhadamente no próximo tópico.

Polêmica suscitada por alguns juristas é a da possível dissolução do dissídio coletivo de natureza jurídica. Ausente do art. 114, questionam os partidários desta tese que este dissídio coletivo estaria extinto, restando apenas o dissídio coletivo de natureza econômica, expresso na CF. Está com razão LOPES[2], que fundamenta a permanência do dissídio coletivo de natureza jurídica, exercício da função típica jurisdicional que é, na competência ordinária do inc. I do art. 114 da CF, mantendo-se sua regulação infraconstitucional na lei 7.701, de 21 de dezembro de 1988 (arts. 2º, II, *a*, e 10). Segundo

[2] LOPES, Otavio Brito. Op. cit., pg. 187.

Barbosa (2006:187), "continua a subsistir o dissídio coletivo de natureza jurídica nos moldes como anteriormente praticado". Observa ainda o autor que "por não ter como objetivo a criação de normas, também não se aplica ao dissídio coletivo de natureza jurídica a condição de concordância de ambas as partes para seu ajuizamento, pois esta condição é exclusiva do dissídio coletivo de natureza econômica".

6. Limites ao Poder Normativo

Como visto, não é sem limites o poder normativo. Tratemos agora com mais vagar destas limitações. Como explica Barbosa (2006:125) os parâmetros do poder normativo "tal como foi concebido, eram o mínimo legal e o interesse público calcado também na sobrevivência empresarial", além disso era "limitado no tempo (vigência da sentença normativa), no espaço (base territorial das partes em conflito) e quanto às pessoas (aos integrantes da categoria)". Segundo o art. 868 da CLT, em seu parágrafo único, a sentença normativa deve fixar a própria duração de modo que não seja superior a 4 anos. Também não devem, segundo a Súmula 277 do TST, as condições fixadas pela sentença normativa persistirem além do prazo assinado, ou seja, não integram os contratos de forma definitiva.

A jurisprudência também caminhou no sentido de limitar o poder normativo pelo princípio da reserva legal. Como já discutimos, a natureza jurídica da sentença normativa é controversa. Ao aceitarmos a teoria de que tem essência híbrida, tanto de norma como de sentença, (ou mesmo aos considerarmos pura atividade legislativa do tribunal trabalhista), colocamos em discussão que critérios devem ser usados em conflitos lei/sentença normativa. O princípio da reserva legal surge para solucionar o problema, preferindo a lei como norma legítima a expressar condições de trabalho. A jurisprudência do STF[3] citada por Barbosa (2006:131) diz que o poder normativo só é possível:

> desde que atue no vazio deixado pelo legislador e não se sobreponha ou contrarie a legislação em vigor, sendo-lhe vedado estabelecer normas e condições vedadas pela Constituição ou dispor sobre matéria cuja disciplina seja reservada pela Constituição ao domínio da lei formal.

[3] No mesmo sentido: "[O poder normativo] cujas decisões, a despeito de configurarem fonte de direito objetivo, revestem o caráter de regras subsidiárias, somente suscetíveis de operar no vazio legislativo, e sujeitas à supremacia da lei formal (art. 114, § 2º, da Constituição)." (RE 197.911, Rel. Min. Octavio Gallotti, julgamento em 24-9-96, DJ de 7-11-97); "A jurisprudência da Corte é no sentido de que as cláusulas deferidas em sentença normativa proferida em dissídio coletivo só podem ser impostas se encontrarem suporte na lei." (RE 114.836, Rel. Min. Maurício Corrêa, julgamento em 1-12-97, DJ de 6-3-98)

Barbosa (2006:132) cita Marcelo Lamego Pertence, trecho em que este autor mostra razões para limitar o uso do Poder Normativo. Dentre elas, as principais são: o sentido ilegítimo, apesar de legal, da imposição jurisdicional em matéria que poderia ser resolvida mediante autocomposição; a tendência de alguns juízes de proteger a empresa, sob o argumento de que deve ser resguardada por manter empregos.

Além de se limitar os efeitos modificativos das condições de trabalho à reserva legal, também são limites do poder normativo, como já dissemos anteriormente, as disposições legais e convencionais anteriores, consideradas mínimo a partir do qual deve atuar o poder normativo. A nova redação do parágrafo 2º do art. 114, como disse Barbosa (2006:154), "apenas trocou as palavras para dar mais ênfase ao que já estava dito na redação anterior". Ou seja, continuou a idéia de que as novas sentenças deveriam respeitar as conquistas das lutas anteriores das classes trabalhadoras. O TST tem entendido que é preciso dar interpretação precisa e lógica ao dispositivo, limitando-o à demonstração de que a cláusula do instrumento normativo geraria onerosidade excessiva ao empregador[4], bem como a já referida reserva legal e os precedentes normativos do Tribunal.

Ocorreram, entretanto, outras restrições pouco razoáveis desta proteção aos sindicatos laborais.

Primeiramente, quando não havia convenção vigente, não se considerava que se tivesse que respeitar "a convenção anterior". Quanto a isto, deve-se ter como claro que, mesmo que não imediatamente anterior, a última convenção vigente deve importar para a sentença[5]. Também restringe indevidamente as conquistas anteriores dos trabalhadores o receio dos empregadores de se verem progressivamente cedendo direitos, sem "regressos". Neste sentido, como o dissídio coletivo passa a ser por "comum acordo", os sindicatos da categoria profissional podem se ver sem sentença normativa que lhes assegurem norma coletiva de modo que "as partes podem ficar

[4] "Para que o preceito constitucional em tela ostente algum sentido lógico, reputam-se disposições mínimas as cláusulas preexistentes, pactuadas em convenções coletivas de trabalho ou em acordos coletivos de trabalho. Tais cláusulas, constituindo um piso de conquistas da categoria profissional, balizam o julgamento do dissídio coletivo, a menos que, em face da dinâmica da economia e da sociedade, resulte demonstrada a excessiva onerosidade ou inadequação de determinada cláusula." (RODC 37.375, Rel. Min. Gelson de Azevedo, DJ de 24.10.2003; e RODC 31.084, Rel. Min. João Oreste Dalazen, DJ de 17.10.2003)

[5] Obviamente que o julgador deve ter em conta a vontade de ambas as partes envolvidas no dissídio, não excluindo totalmente o caráter negocial das relações que travam. É, ao que parece, esse o sentido de jurisprudência que não abriga convenção coletiva que não imediatamente anterior como "conquista laboral" perene. Neste sentido, decidiu-se no TST: "Contudo, nos moldes da jurisprudência desta Corte, a cláusula trazida a cotejo não pode ser considerada preexistente, visto que, embora constante de acordos passados, não foi negociada pelas partes no ano imediatamente anterior ao da instauração deste dissídio, tendo sido mantida, a partir de 2002, via sentença normativa (...) Em que pesem as ponderações da Embargante sobre o alcance social da cláusula, o fato de não ter sido mais acordada a partir de 2002 evidencia a não-disposição do setor econômico respectivo em suportar os encargos advindos do estabelecimento ou da manutenção da garantia de emprego ao empregado portador de doença profissional ou relacionada ao trabalho, bem como ao empregado acidentado no trabalho..." (ED-RODC 20093, Rel. Ives Granda Martins Filho, DJ de 30-11-07)

sem qualquer norma enquanto outra não vier em substituição ao instrumento normativo anterior". Solução apresentada por Barbosa (2006:155) é a ultratividade da norma coletiva anterior de modo que sua permanência fomente outras negociações:

> A nosso ver, a ultratividade se mostra necessária exatamente como forma de estimular o empregador a negociar, especialmente quando se está diante de uma categoria profissional pouco organizada e sem condições de pressionar por meio de greve.

Para Godinho (2007:1399), o melhor critério para a disciplina temporal dos diplomas negociais coletivos é o da "aderência limitada por revogação". Segundo este sistema, as negociações anteriores vigoram até a revogação "por novo diploma negocial". Segundo o autor, apesar de não prestigiada pela doutrina, é a mais correta tecnicamente, pois "a provisoriedade conspira" contra os objetivos do aperfeiçoamento das condições de trabalho. Diz que "norma provisória é, regra geral, uma excepcionalidade".

Através da interpretação das convenções e acordos coletivos anteriores como conquistas trabalhistas, tem-se aberto espaço na jurisprudência para que, mesmo acordos em outras bases territoriais, em um mesmo contexto econômico, sejam aceitos e influenciem a sentença normativa. É o caso deste julgado do TST:

> In casu, o Suscitado não apresenta razões concretas para a exclusão da cláusula da sentença normativa, já que não esclarece os motivos pelos quais é possível mantê-la para uma parte da categoria e é impossível aplicá-la para o restante do Estado. (RODC 37.375, Rel. Gelzon de Azevedo, DJ de 24-10-2003)

Outro limite, exposto por Godinho (2007:1297) na análise do parágrafo 2º do art. 114 da CF (em sua versão original), já comentado anteriormente quando citado o art. 616 da CLT, é de que o dissídio coletivo só se dá com a recusa "de qualquer das partes à negociação". Segundo Godinho isto é uma incorporação parcial dos críticos do modelo de dissídio coletivo brasileiro, que, segundo o autor, traduz "fórmula de intervenção do Estado na gestão coletiva dos conflitos trabalhistas".

Outro limite se funda na Súmula 190 do TST, que é a postura jurisprudencial de o TST não poder criar ou homologar condições de trabalho "que o Supremo Tribunal Federal julgue iterativamente inconstitucionais". É a uniformização da jurisprudência, tentativa de fazer valer na jurisdição a isonomia.

Quanto às limitações impostas pela E.C. 45/2004, analisaremos a já citada "exigência de comum acordo".

A "exigência de comum acordo" foi, como já dissemos, uma das recomendações da OIT e de setores da sociedade no sentido de diminuir a jurisdição até torná-la arbitragem pública voluntária, no caso do dissídio coletivo de natureza econômica, ou dissídio de interesses. Como explica Barbosa (2006:141), o que diferenciará a decisão das partes por arbitragem pública ou privada é que esta tem os limites fixados pelas partes e aquela é constitucionalmente dirigida.

Há, entretanto, quem limite a expressão "comum acordo" de modo a ainda permitir que unilateralmente uma das partes do conflito possa ajuizar a ação coletiva. Neste sentido, Barbosa (2006:139) cita Alexandre Augusto Campana Pinheiro e Márcio Ribeiro Valle. Suas posições vão no sentido de que a expressão "comum acordo" não constituiu uma imposição aos entes coletivos para a propositura da ação, mas uma faculdade, não modificando a possibilidade de ajuizamento unilateral do dissídio, sob pena de prejudicar o direito de ação (art. 5º, inc. XXXV). Absurda proposição, como bem prova Barbosa (2006:140), pois seria um contra-senso o legislador mudar a lei sem, na prática, mudar a sua aplicação.

Questiona-se a constitucionalidade da exigência de "comum acordo" como pressuposto do ajuizamento do dissídio coletivo. Em ações diretas de inconstitucionalidade sindicatos protestaram contra a nova redação, sob o argumento de que esta prejudicaria o inc. XXXV do art. 5º, o direito de ação. Para os defensores desta tese, seria um absurdo que, descumprindo seu papel social, uma das partes (notadamente o representante da categoria econômica) pudesse se negar a submeter-se à sentença normativa da Justiça do Trabalho.

Barbosa (2006:142), concordando com a constitucionalidade do instituto, expõe argumentos favoráveis a sua tese, reproduzindo argumentos de Antônio Álvares da Silva. Primeiramente, argumenta que o direito coletivo do trabalho se rege pela autonomia sindical (aponta a Convenção 87 da OIT e o art. 8º da CF/88), incluindo-se aí a não-interferência do Estado. Como no caso do inadimplemento de um contrato, no direito privado, em que uma das partes não pode simplesmente pretender que se decida sobre o mérito compulsoriamente, no direito coletivo do trabalho não poderia, por este exaltar a autonomia sindical, prescindir desta exigência de "comum acordo". Por fim, Barbosa (2006:143) argumenta que, de fato, são protegidos como direitos fundamentais, inclusive como cláusulas pétreas, o direito de ação do art. 5º, inc. XXXV, a liberdade sindical (art. 8º), a negociação coletiva (art. 7º, inc. XXVI) e o direito de greve (art. 9º) todos da CF/88. Não se considera, porém, o dissídio coletivo como tendo a mesma proteção.

Além disto, explica LOPES[6] que antes da E.C. 45/2004, o poder normativo da Justiça do Trabalho não resolvia todas as questões do direito coletivo do trabalho que necessitassem de criação de

[6] LOPES, Otavio Brito. Op. cit., pg. 184.

normas e condições de trabalho. Constituem-se, por si, limitações do poder normativo. Cita o autor a participação nos lucros, o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço e "outras tantas questões que, segundo o Supremo Tribunal, careciam de respaldo legal para que fossem instituídas pela Justiça do Trabalho". Por isso mesmo não se poderia dizer que "a falta do poder normativo ou a sua transformação em arbitragem judicial facultativa violem o livre acesso ao Judiciário".

Interessante conseqüência da exigência do comum acordo é a tese de que não se pode recorrer de sua decisão, se não em eventual nulidade, sem atacar-lhe o mérito. Construção jurídica apresentada por Barbosa (2006:152), acaba por ser, no interior de uma limitação do poder normativo, um mecanismo que fortalece, ao menos, a efetividade de sua sentença. Através da ampliação da idéia do dissídio coletivo como arbitragem pública, entende-se que, ao optarem de comum acordo por submeter-se ao poder normativo, "optam também a submeterem-se à decisão, sem possibilidade de recurso quanto ao seu mérito, mas apenas quanto à eventual nulidade". Inclusive também aduz o autor que se deve aplicar, no que for compatível, os artigos 32 e 33 da lei 9307 de 1996, a lei de Arbitragem.

Mesma comparação faz Sussekind[7], dizendo que, como na arbitragem, no dissídio coletivo o juiz "não pode concluir além ou aquém do postulado pelas partes". Continua, segundo o autor, no que concordamos, o poder normativo, que poderá "criar ou rever regras e condições do trabalho", mas "desde que o pedido integre lide, respeitadas as disposições mínimas de proteção ao trabalho previstas em lei ou instrumento da negociação coletiva", o que, inclusive, já comentamos. A restrição à criatividade da sentença normativa em razão do acordado anteriormente entre as partes do dissídio coletivo também eleva o teor persuasivo da disputa, o que se reflete na necessidade de fundamentação das cláusulas da pauta de reivindicações de uma parte (refletindo-se no Precedente Normativo número 37 da Sessão de Dissídios Coletivos do TST[8]), bem como as contra-argumentações da outra parte[9]. Quanto a este último ponto, vale reproduzir trecho de acórdão do TST:

> Como poderá a Justiça do Trabalho avaliar se uma empresa tem condições de conceder determinada vantagem a seus empregados ou está impossibilitada de concedê-la no momento se não vêm aos autos elementos concretos, capazes de firmar o convencimento dos julgadores acerca de suas alegações? Argumentar que as reivindicações são próprias para acordo e não podem ser impostas pela Justiça do Trabalho não é suficiente para conduzir os julgadores a retirar dos empregados

[7] SÜSSEKIND, Arnaldo. **As relações individuais e Coletivas de trabalho na reforma do Poder Judiciário**. Revista do TST, Brasília, Vol. 71, nº 1, jan/abril 2005, pg. 28.

[8] "Nos processos de dissídio coletivo só serão julgadas as cláusulas fundamentadas na representação, em caso de ação originária, ou no recurso."

[9] "Assim como é necessária a fundamentação das cláusulas, o representante do setor empresarial deve demonstrar a inviabilidade do atendimento das reivindicações, devido ao acréscimo de despesas." (RODC 37.375, Rel. Gelzon de Azevedo, DJ de 24-10-2003)

> condições de trabalho que vêm constando por anos das normas coletivas firmadas com os empregadores. (RODC 37.375, Rel. Gelson de Azevedo, DJ de 24-10-2003)

Neste julgado observa-se que a mera alegação de que algo é matéria de convenção ou acordo coletivo, e não de dissídio (fora, portanto, do poder normativo da Justiça do Trabalho) não afasta a jurisdição quando se tratar de evitar desequilíbrio entre a categoria econômica e profissional. Deve haver prova objetiva do empregador a respeito da inconveniência ou impossibilidade de executar a cláusula em questão quando do dissídio coletivo.

Agora em sua condição de híbrido entre arbitragem e jurisdição, entre o convencional e o compulsório, o poder normativo reabre discussões a respeito do diálogo entre relação privada e Poder Judiciário. Exemplo disto é a discussão a respeito do cabimento de, em sentença normativa, se definir piso salarial de categoria profissional:

> PISOS SALARIAIS. I - Refoge ao âmbito do poder normativo da Justiça do Trabalho a fixação de piso salarial, pelo que é imprescindível negociação direta entre as entidades sindicais. II - A exceção à constrição do poder normativo da Justiça do Trabalho corre por conta da hipótese de se tratar de dissídio revisando de convenção coletiva anterior, da qual tivesse constado tal vantagem, caso em que lhe caberia reajustá-lo na conformidade do reajuste geral de salário. III - Ocorre que a cláusula preexistente do piso salarial consta de sentença normativa, não se aplicando por isso a jurisprudência desta Corte, tendo em vista o disposto no art. 114, § 2º da Constituição Federal. Recurso provido (TST-RODC-20.216/2003-000-02-00.1, Rel. Min. Barros Levenhagen, SEDC, DJ de 30/03/07).

Discussão semelhante se dá quanto ao parágrafo 3º do art. 114, pois limitaria o direito de ação para os "verdadeiros interessados" em ajuizar o dissídio coletivo. Este dispositivo, também resultado da E.C. 45/2004, trata de limitar a propositura da ação do dissídio coletivo em caso de greve ao Ministério Público no caso em que ela ocorra em setores essenciais. Pode-se, contudo, entender como defensável a presença do Ministério Público nestes casos, a despeito dos riscos que isto traz para a autonomia sindical e para o direito de greve. As greves em setores essenciais ultrapassam o sentido das greves comuns, porque atingem a população, especialmente aquela que não tem recursos para prescindir deste ou daquele serviço por um substituto, quase sempre caro ou inacessível. Critica Barbosa (2006:148) que estaria se desvirtuando o papel do Ministério Público, que deveria defender, segundo o art. 127 da CF/88, ou seja, a defesa de interesses sociais e individuais indisponíveis.

Ainda sobre o parágrafo 3º do art. 114, observa Barbosa (2006:148):

> (...) resta enfatizar (...) que o dissídio de greve instaurado por iniciativa do Ministério Público é dissídio coletivo de natureza jurídica, não econômica. Não haverá criação de

> norma, mas apenas a aplicação do direito já regulado pela lei de greve. Logo, não há que se falar em Poder Normativo neste caso. O poder é apenas jurisdicional, de aplicar a lei ao caso concreto.

Alguns juristas discordam dessa posição, prevendo que, neste caso, do dissídio de greve instaurado pelo Ministério Público, poder-se-ia criar novas condições de trabalho, caracterizando-se dissídio de interesses. Se isto for defendido, o que ocorre é que o Ministério Público poderá abortar uma greve e, com a sentença compulsória, acabar o juiz por substituir por um outro resultado aquele que seria conseguido pela livre negociação das categorias. Estaria, aí assim, se ampliando o poder normativo da Justiça do Trabalho. Está, entretanto, a possibilidade restrita, segundo melhor entendimento, ao dissídio de natureza jurídica, em que a Justiça do Trabalho age em típica função jurisdicional, sem criar novas condições de trabalho.

7. Conclusão

Estudar o poder normativo do trabalho é estudar a história do direito coletivo do trabalho em suas fragilidades, naquelas que tem desde sua origem. Nascido em um contexto de desmobilização trabalhista, até hoje os institutos criados no período varguista, de uma forma ou outra, sobrevivem para defender os trabalhadores e permitir que, de alguma forma, permaneçam de pé frente ao poder econômico.

Deve-se analisar que, se tratando de um país pobre e de pouca profundidade das relações sindicais, o Estado ainda tem papel importante para proteção da própria autonomia sindical. A despeito de desmobilizar as negociações deixando-se a cargo do Judiciário o que deveria ser conseguido através do consenso de interesses das partes, ainda se faz necessário o Poder Normativo dentro do processo de emancipação gradativa dos sindicatos brasileiros.

Estudar as possibilidades e caminhos do poder normativo, até sua atual conformação de arbitragem pública, como foi mostrado, é estudar um caminho que ainda está por se formar. Um caminho inacabado, mas que guarda possibilidades e perigos para os entes coletivos do trabalho.

8. Referências

BARBOSA, Renato Lima. **O poder normativo da justiça do trabalho e a emenda constitucional n. 45 de 2004**. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2006.
GODINHO, Maurício. **Curso de direito do trabalho**. 6ª ed. São Paulo: LTr, 2007.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **As relações individuais e Coletivas de trabalho na reforma do Poder Judiciário**. Revista do TST, Brasília, Vol. 71, nº 1, jan/abril 2005.
LOPES, Otavio Brito. **A Emenda Constitucional nº 45 e o Ministério Público do Trabalho. Revista do TST**, Brasília, Vol. 71, nº 1, jan/abril 2005.
MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 4. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1997.
SÜSSEKIND, Arnaldo; SUSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA, Lima. **Instituições de direito do trabalho**. 21. ed. São Paulo: LTr, 2003.

REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL

GABRIEL VALE BEDÊ[*]

RESUMO

O crescente aumento de crimes cometidos por jovens menores de 18 anos traz a tona um antigo debate a respeito da redução da maioridade penal em nosso país. Este artigo visa mostrar alguns pontos de vista sobre a referida questão, com o intuito de contribuir para o desenvolvimento de um debate técnico a respeito de um tema tão importante como esse para a sociedade brasileira. É feita uma breve análise do Estatuto da Criança e do Adolescente, apontando defeitos e virtudes e propondo soluções, sendo feita a defesa da posição da manutenção da atual maioridade penal em 18 anos.

Palavras-chave: Maioridade Penal. Redução. ECA.

ABSTRACT

The crescent increase of crimes committed by young people under 18 years old brings to surface an old debate about the reduction of the majority criminal in our country. This article intends to expose some points of view about the related question, in order to contribute to the development of a technical debate about a subject too important like this to the Brazilian society. It's done a brief examination of the Brazilian Status of Children and Adolescent (Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA), appointing defects and merits an proposing solutions, being made the defense of the position of maintaining the actual majority criminal in 18 years old.

Key words: Majority Criminal. Reduction. ECA.

1. Introdução

Segundo o sistema jurídico vigente, a maioridade penal se dá aos 18 anos de idade. Essa norma encontra-se inscrita em três Diplomas Legais: 1) artigo 27 do Código Penal; 2) artigo 104 *caput* do Estatuto da Criança e do Adolescente; 3) e artigo 228 da Constituição Federal.

O Legislador manteve-se fiel ao princípio de que a pessoa menor de 18 anos não possui desenvolvimento mental completo para compreender o caráter ilícito de seus atos, ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, erigindo, inclusive, o dogma constitucional (CF, art. 228). Adotou-se o sistema *biológico*, em que é considerada tão somente a idade do agente, independentemente da sua capacidade psíquica.

2. Argumentos Prós e Contras

[*] Aluno da Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC).

A redução da maioridade penal é um tema bastante atual nas rodas de discussão da sociedade brasileira. O Brasil, como outras mais de 150 nações, adota os 18 anos como idade a partir da qual todos são considerados adultos perante a lei, limite que é conhecido como maioridade penal. O motivo para que isso ocorra, segundo o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) é que os menores ainda não têm noção real da conseqüência dos seus atos, e, por isso, devem estar sujeitos a medidas sócio-educativas, como internação com atividades escolares e culturais, para que possam ser recuperados para o convívio social. Porém, um aumento de atos delituosos por parte dos jovens fez com que esse tema chamasse a atenção da população, fomentando um debate maior a respeito do assunto e criando indagações a respeito da eficácia da legislação para julgar os adolescentes.

Um consenso está longe de ser acordado. Diversas idéias e pensamentos se confrontam, defendendo e atacando a proposta da redução da maioridade penal de 18 para 16 anos, em casos de crimes hediondos. É bem verdade que o número de casos de crimes violentos cometidos por jovens vem aumentando nos últimos anos, mas ainda é possível dizer que esse número é "irrelevante", já que nos últimos dez anos, apenas 154 adolescentes foram internados pelo motivo de crimes com crueldade (correspondendo a 1% do total), contra os treze mil cento e treze jovens que sofreram a mesma sanção pelo motivo de crimes contra o patrimônio, como roubos e furtos (85% do total).

Infelizmente, a idéia de redução da maioridade penal conta com o apoio de grande parte da sociedade, seja por desconhecimento da lei e dos mecanismos de recuperação dos jovens infratores, seja pelo fato da mídia divulgar sempre a prática da infração e quase nunca divulgar os índices de recuperação dos adolescentes infratores submetidos às medidas sócio-educativas de meio aberto. Noticiar que um adulto cometeu um crime não chama tanta atenção do que publicar que um adolescente praticou um ato infracional.

Críticas ao ECA também são feitas por parte dos juristas, argumentando que o Estatuto, apesar de ter trazido avanços como o combate à prostituição, ao trabalho infantil e à violência contra a criança, apresenta graves deficiências na sua parte punitiva. Argumento bastante válido, já que o ECA não está conseguindo barrar o aumento da criminalidade juvenil, mas não é um argumento suficiente para que seja feita uma defesa da redução da maioridade penal, visto que é bem mais aceitável que seja feita uma reformulação do Estatuto buscando o aperfeiçoamento de pontos que hoje são reconhecidamente deficientes.

Um ponto bastante problemático é que esse teórico abrandamento de penas para jovens infratores já é usado pelos mesmos conscientemente. Eles conhecem a legislação e a usam para se livrar de culpas maiores. Muitas vezes, chegam até a assumir a responsabilidade por delitos para aliviar as penas dos cúmplices com mais de 18 anos. Isso é um grave problema, por que cada vez mais os jovens infratores mais perigosos temem a cadeia comum, mas não demonstram receio de

enfrentar uma temporada em instituições indicadas a eles pela lei, demonstrando um sentimento de impunidade, que incentiva mais crimes. Por esse motivo, é comum encontrarmos opiniões que atestam a capacidade dos jovens em compreender o ilícito de suas atitudes, como demonstram as palavras de Mirabete: ″Ninguém pode negar que o jovem de 16 a 17 anos, de qualquer meio social, tem hoje amplo conhecimento do mundo e condições de discernimento sobre a ilicitude de seus atos" (2003:217). Apesar desse argumento pró-redução da maioridade penal, essa impunidade se dá muitas vezes por ineficácia das instituições responsáveis pela recuperação dos jovens infratores e não pelo espaço curto de tempo em que eles passam em reformatórios. A estadia em que o jovem passa nos centros de reeducação muitas vezes trazem mais problemas do que soluções, já que são conhecidas as más condições em que a maioria dessas instituições se encontra, inclusive com muitos "reeducadores" que agridem e exploram sexualmente os jovens, incitando-os a um sentimento de revolta com a situação em que se encontram.

Outro ponto bastante explorado pelos defensores da redução da maioridade penal é no que tange à capacidade eleitoral ativa de maiores de 16 anos e menores de 18. O próprio legislador-constituinte reconhece aos maiores de dezesseis e menores de dezoito anos lucidez e discernimento na tomada de decisões ao lhes conferir capacidade eleitoral ativa, conforme expressa previsão constante no artigo 14, § 1º, inciso II, alínea *c*, da Magna Carta. Segundo a Constituição da República, homens e mulheres entre 16 e 18 anos estão aptos a votar em candidatos para qualquer cargo público eletivo (vereador, prefeito, deputado estadual, deputado federal, senador e Presidente da República). Cuida-se, evidentemente, de responsabilidade só atribuída a quem possua elevado grau de maturidade. Um dos principais argumentadores dessa situação é o professor Miguel Reale[1]. Tal argumento não merece respaldo, pois além do fato de o voto para eles não ser obrigatório, estão sujeitos às medidas do ECA, inclusive à medida máxima da internação, que equivale à prisão para os adultos.

Entre os argumentos favoráveis à manutenção da maioridade penal, também se encontram diversos argumentos. O jurista Dalmo Dallari defende a tese que a maioridade penal seria uma cláusula pétrea: "A Constituição prevê que o Congresso não deve votar propostas que ameacem cláusulas pétreas", e, portanto seria inconstitucional qualquer mudança a respeito desse aspecto enquanto a Constituição de 1988 esteja vigente, já que seria necessário fazer outra Constituição. Segundo se depreende do art. 60, §4º, da CF, o direito assegurado no art. 228, da mesma Carta, pode ser incluído entre os direitos e garantias individuais, consistindo estes em claúsulas pétreas, cuja supressão o Texto Maior proíbe. Dizem o art. 60, §4º e inciso IV:

[1] "No Brasil, especialmente, há um outro motivo determinante, que é a extensão do direito ao voto, embora facultativo aos menores entre dezesseis e dezoito anos, como decidiu a Assembléia Nacional Constituinte para gáudio de ilustre senador que sempre cultiva o seu 'progressismo'... Aliás, não se compreende que possa exercer o direito de voto quem, nos termos da lei vigente, não seria imputável pela prática de delito eleitoral".

> Art. 60 - A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:
> *omissis*
> 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
> *omissis*
> IV - os direitos e garantias individuais.

Outros juristas defendem como solução para o problema a implantação plena de todas as exigências do Estatuto da Criança e do Adolescente. Entre essas exigências estão: a separação dos adolescentes por idade, tamanho e natureza do crime; o acompanhamento psicológico e uma educação escolar que prepare o jovem para o momento da sua reinserção na sociedade. O caso da cidade de São Carlos - SP é usado como exemplo: lá o ECA foi aplicado à risca e os homicídios cometidos por menores caíram de 15, no ano de 2000, para zero, no ano passado. O índice de reincidência entre menores internados é de 2,7%, enquanto a do estado de São Paulo é de 33%.

Pode-se também usar como exemplo os Estados Unidos que adotaram redução da maioridade penal e hoje são o país mais violento do mundo. Espanha e Alemanha, também experimentaram reduzir a idade mínima para 16, mas anos depois voltaram aos 18 anos devido aos insucessos da medida, a Alemanha, inclusive adotando uma legislação mais branda na qual o juiz é quem decide se o infrator dos 18 aos 21 anos será julgado pelo código juvenil ou pelo código aplicado aos adultos.

Um outro argumento que também é bastante utilizado no debate é a questão da falência do sistema prisional brasileiro. Cadeias com superlotação são uma constante em todo o país e esse não é um problema novo. Derrubar a maioridade penal significa incluir pelo menos mais cerca de dois mil menores em prisões superlotadas por mais de 400 mil detentos, onde já faltam 158 mil vagas. Fato esse que colocaria os menores à mercê da escola de especialização no crime que existe dentro dos presídios brasileiros. Além disso, os presídios são reconhecidos como “escolas do crime” e a inserção dos jovens nesse ambiente, só tem a prejudicar o seu desenvolvimento pessoal e psicológico. Por isso, não é sem razão que Luiz Flávio Gomes pondera: "Se os presídios são reconhecidamente faculdades do crime, a colocação dos adolescentes neles só teria um significado: iríamos mais cedo prepará-los para integrarem o crime organizado"[2]. Também Mirabete não se posiciona pela redução da maioridade penal, chegando a afirmar que ela "representaria um retrocesso na política penal e penitenciária brasileira e criaria a promiscuidade dos jovens com delinqüentes contumazes" (2003:217).

3. Considerações Finais

[2] GOMES, Luiz Flávio. "Preservar o ECA, mas com razoabilidade". *Folha de São Paulo*, 15.11.2003.

Uma proposta bastante viável para tentar resolver o problema e que buscar reunir idéias dos dois grupos, tanto os que apóiam a redução como os que são contrários a ela, seria aumentar o tempo máximo de internação dos menores infratores, que hoje é fixado em três anos como regra geral e inflexível. É uma tendência mundial que os crimes mais violentos cometidos pelos jovens tenham as penas endurecidas. É claro que essa alternativa isolada não terá efeito. Antes de se pensar em aumento da severidade das penas, pois não existe nenhuma relação diretamente proporcional entre penas mais severas e diminuição da violência, isso é provado em países que possuem uma legislação penal rigorosa e continuam enfrentando graves problemas com a criminalidade, como é o caso dos EUA, se faz necessário uma urgente melhoria de outros fatores, como a reformulação de alguns pontos do ECA que são deficientes, inclusive o tempo máximo de internação do menor infrator, e uma melhoria do sistema reeducacional e prisional brasileiro, não só estrutural como também pessoal, através de programas de profissionalização dos funcionários dos Centros de Reeducação, para que os resultados esperados sejam obtidos. O ECA, não é, como muitos querem acreditar ser, uma legislação especial que visa abrandar a punição do menor infrator. Em alguns pontos, ela é até mais severa no tratamento com o jovem do que com o adulto, como no caso de privação provisória da liberdade (45 dias para os jovens e 5 para os adultos). Devemos buscar uma plena efetivação do referido Estatuto para que possamos combater esse problema que, a cada dia, mais assola a sociedade brasileira.

Outras medidas também poderiam ser adotadas, como a instituição de escolas públicas de ensino médio em tempo integral, a capacitação profissional dos jovens, a criação de escolas de artes na periferia das grandes cidades e a adoção de medidas na área de psicologia tendo em mira as crianças e adolescentes de rua, pois é de conhecimento geral que os menores infratores residem principalmente nos subúrbios das grandes cidades, onde há pouca perspectiva de crescimento pessoal e muito menos profissional para esses jovens.

Enfim, o problema da redução da maioridade penal não é nada simples, porém possui diversas soluções. Devemos tentar melhorar o nosso Sistema Penal para não acabar condenando os jovens, que assim como os idosos são de uma classe que acaba levando culpa por tudo que há de ruim na sociedade, a um futuro escuro e sem perspectivas.

4. Referências:

LEAL, César Barros. Dissertação (mestrado): **A Delinqüência Juvenil no Brasil: seus Fatores Exógenos e Prevenção.**

Reale, Miguel *In* **Nova Fase do Direito Moderno, Ed. Saraiva, São Paulo, 1990**

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. v I. 20 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

Revista Época Edição 468-07/05/2007

DALLARI, Dalmo de Abreu. **"A razão para manter a maioridade penal aos 18". *Gazeta Mercantil*, 27.04.2001.**

Estatuto da Criança e do Adolescente

http://jus2.uol.com.br/