



**UNIUBE**  
Universidade de Uberaba



**MINISTÉRIO PÚBLICO DO  
ESTADO DE MINAS GERAIS**

**REVISTA JURÍDICA**

# UNIJUS

ISSN 1518-8280

R. Jur. UNIJUS • Uberaba MG • V.7 • N.1 • p. 1-246 • Nov. 2004



**UNIJUS**

# Universidade de Uberaba

## Reitor

Dr. Marcelo Palmério

## Vice-Reitora

Profa. Elsie Barbosa

## Pró-Reitor de Ensino Superior

Profa. Inara Barbosa Pena Elias

## Pró-Reitor de Pesquisa e Pós-Graduação

Prof. José Bento Alves

## Diretor do Curso de Direito

Prof. Carlos Roberto Marsiglia de Figueiredo

## Ministério Público do Estado de Minas Gerais

### Núcleo de Estudos Jurídicos de Uberaba

Coordenadora: Sandra Maria da Silva

Promotora de Justiça

### REVISTA JURÍDICA UNIJUS

Produção da Universidade de Uberaba em parceria com o Ministério Público do Estado de Minas Gerais (Núcleo de Estudos Jurídicos de Uberaba). Editoração e publicação pela UNIUBE. Periodicidade semestral.

Os trabalhos apresentados exprimem conceitos da responsabilidade dos seus autores, coincidentes ou não, com os pontos de vista da coordenação da Revista.

Qualquer parte desta publicação pode ser reproduzida desde que citada a fonte.

Catálogo elaborado pelo Setor de Referência da Biblioteca Central da UNIUBE

Revista Jurídica UNIJUS / Universidade de Uberaba, Ministério Público do Estado de Minas Gerais. – Vol. 1, n.1 (1998)- . – Uberaba, MG: UNIUBE, 1998-

v.

ISSN 1518-8280

1. Direito. I. Universidade de Uberaba. II. Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

CDD: 340

## **Conselho Editorial**

---

Dirce Maris Nunes da Silva  
Eduardo Pimentel de Figueiredo  
Guido Luiz Mendonça Bilharinho  
João Delfino  
João Vicente Davina  
Miralda Dias Dourado  
Patrícia de Oliveira Portela  
Vicente de Paulo Cunha Braga  
Wagner Guerreiro

## **Coordenador Editorial**

---

Jurandir Sebastião

Os trabalhos podem ser enviados para:

### **Universidade de Uberaba – UNIUBE - Curso de Direito**

Prof. Jurandir Sebastião - Coordenador Editorial da Revista  
Av. Nenê Sabino, 1801 – Bairro Universitário  
CEP – 38.055-500 – Uberaba-MG  
Telefone: PABX (0xx34) 33198800 – FAX (0xx34) 33148910  
E-mail: malthus@terra.com.br

### **Núcleo de Estudos Jurídicos do Ministério Público de Minas Gerais de Uberaba**

Coordenadora: Dra. Sandra Maria da Silva  
Rua Lauro Borges, nº 97 - Centro  
CEP – 38.010-060 – Uberaba-MG  
Telefone (0xx34) 33136423 - Fax (0xx34) 33338996  
E-mail: sandras@netsite.com.br

**ATENÇÃO: As normas para apresentação e envio dos trabalhos encontram-se no final deste fascículo.**





# SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO .....	7
ARTIGOS:	
A IMPORTÂNCIA DAS ATIVIDADES COMPLEMENTARES NA FORMAÇÃO DIFERENCIADA DO PROFISSIONAL DO DIREITO <i>Renata Maria de Almeida Borges e Marisa Mayrink Santos Ferreira</i> .....	9
A LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA A TUTELA DOS INTERESSES E DIREITOS DO CONSUMIDOR <i>João Vicente Davina</i> .....	15
A TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA E O NEXO DE CAUSALIDADE NO DIREITO PENAL <i>Cláudia Aparecida Salge</i> .....	35
A UNIÃO ESTÁVEL NO DIREITO SUCESSÓRIO <i>André Menezes Delfino</i> .....	49
A TRIBUTAÇÃO NO MERCADO VIRTUAL E O DIREITO DA CONCORRÊNCIA <i>Carlos Eduardo do Nascimento</i> .....	57
ARMA DE BRINQUEDO E TIPIFICAÇÃO PENAL <i>Claudio Júlio Fontoura</i> .....	75
CONSÓRCIO SIMPLIFICADO DE PRODUTORES RURAIS UM NOVA FORMA DE CONTRATAÇÃO <i>Jussara Melo Pedrosa</i> .....	81
DIREITO AMBIENTAL E RECURSOS HÍDRICOS <i>Marina Gutierrez Brandão Scalon</i> .....	99
EXECUÇÃO EXPROPRIATÓRIA CIVIL – REQUISITOS E PROCEDIMENTOS <i>Ênio Santarelli Zuliani</i> .....	113
A INFLUÊNCIA DOS TRATADOS FINANCEIROS NO LIVRE COMÉRCIO – A CONCORRÊNCIA E AS ECONOMIAS EM DESENVOLVIMENTO <i>Andréa Queiroz Fabri</i> .....	133
ADITAMENTO DA DENÚNCIA E DA QUEIXA NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO <i>Antonio Milton de Barros</i> .....	155
A INCONSTITUCIONALIDADE DE VEDAÇÃO DE FISCALIDADE JURISDICIONAL NO PROCESSO LEGISLATIVO BRASILEIRO <i>André Del Negri</i> .....	161
A HERMENÊUTICA JURÍDICA NA OBRA DE FRANCESCO FERRARA <i>Eder Ferreira</i> .....	167
HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL NA TEORIA DISCURSIVA E ESTADO DE DIREITO DEMOCRÁTICO <i>Danilo Sapia Gutier, Joziane Cristina Chierogato Matheus e Marcela Mansur Dagrava</i> .....	185



---

# SUMÁRIO

---

SENTENÇA LESIVA AO ERÁRIO PÚBLICO E SUA INVALIDAÇÃO <i>Lúcio Eduardo de Brito</i> .....	195
SENTENÇAS INEXISTENTES E QUERELA NULLITATIS <i>Fernando da Fonseca Gajardoni</i> .....	219
A DISCREPÂNCIA ENTRE A IDADE MÍNIMA LABORAL E A REALIDADE BRASILEIRA <i>Wendel de Brito Lemos Teixeira</i> .....	235



---

# APRESENTAÇÃO

---

**H**onrado com o convite formulado pelo Reitor da Universidade de Uberaba, Dr. Marcelo Palmério, para coordenar esta revista, prontamente o aceitei, sem esquecer meus limites, as dificuldades a superar e a responsabilidade da missão.

Após contato com os autores dos trabalhos que se seguem (e de outros que não puderam, ainda, ser publicados), obtive pronta adesão. Com respaldo no Conselho Editorial, para o prévio exame e seleção dos trabalhos ofertados pelos autores, como resultado surge o volume nº 7, ano 2004, da revista UNIJUS.

Para esclarecimento de quem se ponha à leitura, registre-se que uma revista jurídica, como é a UNIJUS (vinculada ao Curso de Direito da Universidade de Uberaba – UNIUBE), destina-se, em primeiro lugar, ao universo acadêmico – alunos e professores. Por isso, os artigos devem ser, necessariamente, variados. A seleção dos trabalhos ofertados é feita com vista a esse fim. Não importa quem escreveu, nem de onde é. Importa, sim, a diversidade e o conteúdo prático, ou o de suscitação de novas idéias no campo jurídico. E, em segundo lugar, no estrito campo das teses da doutrina jurídica, somos de opinião de que aquele que desenvolve tema novo ou discorda de tema assentado na doutrina, legislação ou jurisprudência deve apresentar a respectiva solução. Caso contrário, a leitura de nada serve. Esta linha de pensamento está contida nos vários artigos de vanguarda que compõem a presente revista, a exemplo de, para citar apenas dois deles, “A INCONSTITUCIONALIDADE DE VEDAÇÃO DE FISCALIDADE JURISDICIONAL NO PROCESSO LEGISLATIVO BRASILEIRO”, escrito pelo professor André Del Negri, e “SENTENÇA LESIVA AO ERÁRIO PÚBLICO E SUA INVALIDAÇÃO”, do magistrado Lúcio Eduardo de Brito. Nesse ponto, ultrapassando o universo acadêmico, os trabalhos desenvolvidos destinam-se a todos os operadores do Direito.



---

Esperamos que a revista atinja o objetivo desejado, dando continuidade ao trabalho daqueles que nos antecederam. Críticas, sejam quais forem, serão bem vindas. Se produtivas, a ela, humildemente, nos renderemos.

Uberaba, novembro de 2004.

Jurandir Sebastião  
Coordenador Editorial







# A IMPORTÂNCIA DAS ATIVIDADES COMPLEMENTARES NA FORMAÇÃO DIFERENCIADA DO PROFISSIONAL DO DIREITO

BORGES<sup>1</sup>, Renata Maria de Almeida  
FERREIRA<sup>2</sup>, Marisa Mayrink Santos

## Sumário

1. Reflexões iniciais
2. As Atividades Complementares no contexto da UNIUBE
3. Desafios e desabafos
4. Considerações finais
5. Referências

## RESUMO

Este artigo traz algumas considerações e reflexões acerca do papel do professor-orientador na formação diferenciada do profissional do Direito, pretendida nos atuais currículos dos cursos de graduação da Universidade de Uberaba (UNIUBE). Para tanto, apresenta a experiência e as reflexões das autoras, enquanto professoras-orientadoras das Atividades Complementares - componente curricular dos currículos dos cursos de Direito.

**Palavras-chave:** Currículo - Educação - Autonomia - Cidadania.

## ABSTRACT

This article brings some considerations and reflections about the teacher's paper who orientates (guides) the differential formation of Direito (Law) course professionals, an objective of the current resumes of Uberaba University (UNIUBE) Graduation Course. It presents the authors' experiences and reflections while teachers of the Complementary Activities – a curricular component of Direito (Law) course.

**Keywords:** Curriculum - Education - Autonomy - Citizenship.

## 1. REFLEXÕES INICIAIS

*Diego não conhecia o mar. O pai, Santiago Kovadloff, levou-o para que descobrisse o mar. Viajaram para o Sul. Ele, o mar, estava do outro lado das dunas altas, esperando. Quando o menino e o pai enfim alcançaram aquelas alturas de areia, depois de muito caminhar, o mar estava na frente de seus olhos. E foi tanta a imensidão do mar, e tanto seu fulgor, que o menino ficou mudo de beleza. E quando finalmente conseguiu falar,*

*tremendo, gaguejando, pediu ao pai:  
- Me ajuda a olhar!*

A esse texto, o escritor uruguaio Eduardo Galeano (1989) denomina de “A função da arte/1”, publicado em seu “O Livro dos Abraços”. Ao nosso ver, esse texto também poderia ser chamado de “A função do professor-orientador/1”.

Entendemos que o professor-orientador não é aquele que ensina aos alunos como é o mar, mas o que, com eles, levamos a descobrir e a apropriar-se do(s) mar(es)

<sup>1</sup> Mestre em Educação - Professora do Instituto de Formação de Educadores. Vice-diretora do curso de Direito da Universidade de Uberaba - renata.borges@uniube.br.

<sup>2</sup> Mestre em Educação. Membro do Programa de Educação a Distância. Professora do Instituto de Formação de Educadores da Universidade de Uberaba - marisa.mayrink@uniube.br.



do mundo que eles vêem com os olhos, sentem com o coração, desejam com a alma, constroem com a cabeça e as mãos, e sonham com os seus sonhos.

A formação de pessoas reflexivas, críticas, participativas e conscientes de seus direitos e deveres depende das práticas vividas no cotidiano: na família, na escola, no trabalho, na rua. Em cada espaço social compartilhamos valores, crenças e princípios que ali se encontram. Dessa forma, entendemos que as estruturas mentais que permitem que a pessoa aprenda, construa ou reproduza a realidade social é produto da interiorização das estruturas do mundo social. A fim de romper, ampliar ou superar esse processo, faz-se necessário abrir, cada vez mais, espaços intencionais de reflexão, de criação, de descobertas e de transgressão.

A Lei 9.394/96, art. 43, c/c a portaria 1.886/94, art. 4º, que estabelece as Diretrizes Curriculares para os cursos jurídicos, define que a atividade de graduação nos Cursos de Direito deve ser precedida da realização de Atividades Complementares da formação acadêmica, na proporção de 5% a 10% da carga horária total da grade curricular, sendo obrigatórias para a integralização curricular.

As Atividades Complementares, enquanto componente curricular, surgem, então, como canal de abertura para novos e amplos espaços de descobertas. Assim, tais Atividades se nos apresentam enquanto espaço de possibilidades, contrapondo-se à estrutura fragmentada e linear da organização disciplinar que impera na maioria das nossas escolas. Esse processo, no entanto, deve ser dinâmico e compartilhado entre professor, aluno, Universidade e comunidade externa.

Concordamos com Litwin (1997, p. 126), quando diz:

*Se reconhecemos que os estudantes diferem na maneira como têm acesso ao conhecimento em termos de interesse e estilos, deveremos nos preocupar por criar portas de*

*entrada diferentes para que iniciem o processo do conhecimento. Howard Gardner nota que podemos pensar no conhecimento de um tema como na imagem de uma peça a que se pode entrar por diferentes portas. Suas pesquisas sugerem que qualquer matéria rica, qualquer conceito importante de ser ensinado pode encontrar pelo menos cinco maneiras de entrada diferentes: narrativa, lógico-quantitativa, fundacional, estética e experiencial. (...) Os estudantes variam, segundo Gardner, no sentido de qual porta escolhem porque lhes resulta mais apropriada para entrar e que rota é mais cômoda para seguir uma vez que ganharam acesso à peça. Um professor habilidoso é uma pessoa que pode abrir um número importante de diferentes entradas para o mesmo conceito.*

Entendemos, assim, que, através do desenvolvimento de diálogos multifacetados entre as múltiplas realidades, o tempo assume uma nova dimensão e a realidade toma novos sentidos. É na emoção das descobertas que surgem as dúvidas, as incertezas, os diálogos, os conflitos.

## **2. AS ATIVIDADES COMPLEMENTARES NO CONTEXTO DA UNIUBE**

No curso de Direito da Universidade de Uberaba (UNIUBE), as Atividades Complementares, portanto, são compreendidas enquanto componente curricular que busca o desenvolvimento de habilidades e a aquisição de conhecimentos por meio de ações independentes e/ou orientadas que levam à formação, não só de um bom profissional na área técnica, mas à formação de um profissional cidadão.

Com liberdade, criatividade, esforço e muita responsabilidade, cada estudante



vai construindo sua formação dentro e fora dos espaços escolares – como se montasse um mosaico multicolor de diversas faces. São conhecimentos e habilidades que cada aluno ou aluna deve buscar, a partir de um leque de opções, tais como: cursos de línguas, música e informática; representações de turmas; participação em colegiados e conselhos; projetos de pesquisa; grupos de estudo; projetos de ação comunitária ou voluntariado; cursos de extensão presenciais ou a distância; eventos científicos; produções acadêmicas (resumos, resenhas, artigos, relatos de pesquisa ou de experiência); eventos artístico-culturais; atividades coletivas propostas pelo(a) professor(a)-orientador(a) de turma (dinâmicas de ambientação, de sensibilização, de integração, de convivência, outras).

No regulamento das Atividades Complementares, do curso de Direito da UNIUBE, como “porta de entrada” para a construção do perfil profissional pretendido, está prevista a criação de condições para que o processamento do aprendizado ocorra em estreita articulação com a realidade contemporânea. É a abertura de novas fronteiras para a escola, criando zonas de interseção com a comunidade e a realidade vigente. Prevê-se, nesse sentido, a implementação de atividades que contribuam, de forma cooperativa e integrada, para a formação dos alunos nos âmbitos pessoal e profissional. Por meio do estímulo à prática do estudo independente, principalmente no que diz respeito ao conhecimento multidisciplinar, busca-se o perfil de um profissional antenado e comprometido com a realidade de seu tempo e com o contexto em que vive.

Concordamos com Dante Alighieri<sup>3</sup>, quando afirma que quase sempre é fora da estrada que os homens vão caminhando, pois é na busca da realização das Atividades Complementares que os alunos perceberão, aos poucos, a amplitude de suas próprias possi-

bilidades para além do currículo formal do curso.

Segundo Gramsci (1987, p. 47), “a possibilidade não é a realidade, mas é também ela, uma realidade: que o homem possa ou não fazer determinada coisa, isso tem importância na valorização daquilo que realmente se faz. Possibilidade quer dizer liberdade”.

Entendendo-se a Universidade como um lugar no qual cabem diferentes formas de compreender o mundo, onde conhecer é aprender a vida em seus infinitos aspectos, percebe-se que é necessário que os alunos que cursam Direito construam conhecimentos que lhes permitam uma visão não fragmentada da área profissional que escolheram. Assim, a escolha “do quê” e a definição “do como” buscar constituem atitudes a serem construídas e fortalecidas ao longo do curso. Afinal, autonomia de estudo e formação humanística são componentes básicos a serem desenvolvidos na formação do profissional cidadão pretendido pelo curso de Direito da Universidade de Uberaba.

### 3. DESAFIOS E DESABAFOS

Enquanto pedagogas e professoras-orientadoras das Atividades Complementares, de turmas do curso de Direito da UNIUBE, muitas inquietações e conflitos nos levaram a reflexões perante os desafios que se nos apresentaram no cotidiano de nossas tarefas, pois nossa própria formação, como educadoras, foi realizada de forma fragmentada, a partir de disciplinas com enfoques estanques.

Uma metáfora pode ajudar no entendimento desta questão. Em 1957, os soviéticos lançaram o primeiro satélite artificial da Terra, o Sputnik. Em 12 de abril de 1961, o russo Yúri Gagarin fez o primeiro vôo orbital tripulado. Foi o primeiro homem a ir para o espaço e ver o nosso planeta desse ponto de vista. Sua afirmação mais inesquecível foi: “a Terra é azul”. Esse astronauta, ao contemplar o mundo, constatou que, apesar de tanta di-

<sup>3</sup> Autor da *Divina Comédia*.



versidade envolta na atmosfera, a Terra é uniforme e azul. De longe, percebe-se só o azul. De perto, podemos ver o verde das florestas, o branco da areia, o azul do mar...

Segundo Leonardo Boff (1997), um ponto de vista é apenas a vista de “um” ponto. Nesse sentido, podemos inferir que, a partir do lugar onde estamos, podemos “ver” a realidade sob muitas formas. Assim, não existe um único ponto de vista que, isolado, possa explicar qualquer realidade. Tal fenômeno também ocorre na formação acadêmica dos futuros juristas, pois nenhuma disciplina, sozinha, pode dar respostas à diversidade de questões que se apresentam na área do Direito.

Segundo Fazenda (2001, p.88):

*Viver o encontro é descobrir-se a si mesmo para descobrir o outro, é comunicar-se. É estabelecer uma parceria com vida, é estar em sintonia, é envolver-se e deixar ser envolvido. É viver a própria afetividade sendo presença, acolhendo o outro para um renascer com-junto em meio à diversidade das singularidades.*

Nesse sentido, a cada encontro e a cada momento de busca de novas parcerias, não apenas para cumprir as atribuições inerentes à docência, nossa tarefa tem sido enriquecedora. Afinal, esta tem sido uma oportunidade diferenciada, na qual colocamos em cheque nossos princípios e os discursos pedagógicos que defendem a formação de alunos críticos, participativos e autônomos.

A experiência na orientação das Atividades Complementares trouxe-nos, como dissemos, inúmeras indagações e conflitos. Até então, limitávamo-nos a ministrar disciplinas pertinentes à nossa área de formação, com “conteúdos programáticos” bem definidos. Ao enfrentar o desafio de orientar as turmas do curso de Direito, não tínhamos idéia nem prevíamos o caminho a ser percor-

rido com cada turma. O que nos moveu, a princípio, foi o impulso dos desafios assumidos, acreditando, como Rios (2001, p. 11), que:

*A atividade docente vem se modificando em decorrência de transformações nas concepções de escola e nas formas de construção do saber, resultando na necessidade de se repensar a intervenção pedagógico-didática na prática escolar.*

O grande e constante desafio, na construção de profissionais cidadãos, tem sido o de explorar, oportunizar e vivenciar o exercício da autonomia, acreditando sempre que o acesso ao saber não se restringe aos espaços escolares, pois ele encontra-se para além de seus limites. No envolvimento de professores, alunos com a aventura da construção do conhecimento e no relacionamento com as carências da realidade social vigente, encontramos inúmeros espaços de aprendizagem. Dessa forma, transformamos o contexto social em um laboratório permanente de investigações, de descobertas, de reflexões, de aprendizagens, de liberdade e de solidariedade.

A escola, enquanto espaço projetado, contrapõe-se, assim, aos paradigmas positivistas e estandardizados, transformando-se num campo fértil de circulação do conhecimento, num campo propício para a sedimentação de espaços de prazer, de buscas, de confrontos, de descobertas e de reflexões, no qual cada aluno é provocado a superar seus limites e a ampliar suas potencialidades.

Entendemos que devemos aceitar nossas limitações, que o saber é sempre incompleto, e que, a qualquer momento, “as verdades” podem ser questionadas, reformuladas, atualizadas, desconstruídas e, mesmo, superadas. Para o desempenho profissional na sua área de formação, o jurista, como qualquer profissional consciente de seu papel social, deve saber que a humildade facilita a aprendizagem e que os princípios de



justiça não estão plenamente contemplados nos códigos e nas doutrinas, que o mercado de trabalho nem sempre é o melhor indicador para a construção de uma sociedade mais justa e mais fraterna, que o mundo globalizado nos aponta múltiplos pontos de vista, que o planeta está em permanente e acelerada transformação. Eduardo Galeano (1989), em seu texto “Celebração das contradições/2”, afirma:

*Somos (...) o que fazemos para transformar o que somos. A identidade não é uma peça de museu, quietinha na vitrine, mas a sempre assombrosa síntese das contradições nossas de cada dia.*

Nenhuma teoria por si só explica a complexidade do ser humano. É preciso identificar os estudos que são complementares para tornar a prática mais competente. Nesse sentido, a formação técnico-científica, aliada às Atividades Complementares desenvolvidas pelos alunos, futuros juristas, transforma-se em ação educativa para a formação cidadã, cujo esforço sistemático, crítico e inventivo de elaboração própria volta-se para a construção de um projeto de emancipação social que dialoga amplamente com a realidade. É a predominância da atitude de aprender por meio do esforço, da busca e da investigação das próprias possibilidades. O “novo” deve se fazer presente, contendo o antigo e reacendendo o prazer da descoberta do mun-

do, pois “viver é criar a certeza do inesperado”.

Nesse sentido, concordamos com Demo (2002, p.20), quando afirma que “o pesquisador não somente é quem sabe acumular dados mensurados, mas, sobretudo, quem nunca desiste de questionar a realidade, sabendo que qualquer conhecimento é apenas recorte”.

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O projeto das Atividades Complementares, do curso de Direito da UNIUBE, pretende, assim, desenvolver relações de reciprocidade, de mutualidade e de interação, possibilitando e incentivando o diálogo entre as pessoas. Dessa forma, exige-se daqueles que dele participam uma mudança de atitude perante o processo educativo, perante as formas de “ensinar e aprender”, substituindo a concepção fragmentária do conhecimento pela unitária do ser humano. Temos, portanto, o desafio de assegurar a abordagem global e complexa da realidade, por meio de uma perspectiva holística e multicultural, na qual o foco da aprendizagem não se encontra no que é “transmitido”, mas sim no que é permanentemente “(des)construído”.

#### 5. REFERÊNCIAS

- BOFF, Leonardo. **A águia e a galinha**. Rio de Janeiro: Vozes, 1997.
- DEMO, Pedro. **Pesquisa: Princípio Científico e Educativo**. São Paulo: Cortez, 2002.
- FAZENDA, Ivani (org.). **Interdisciplinaridade**. São Paulo: Cortez, 2001.
- GALEANO, Eduardo. **O livro dos abraços**. Porto Alegre: L&PM, 1989.
- GRAMSCI, Antônio. **Concepção dialética da história**. 7. ed., Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1987.
- LITWIN, Edith (org.). **Tecnologia Educacional - Política, Histórias e Propostas**. Porto Alegre: Artes Médicas, 1997.
- REGULAMENTO DAS ATIVIDADES COMPLEMENTARES - 2004, Curso de Direito - UNIUBE.
- RIOS, Terezinha Azerêdo. **Compreender e ensinar - por uma docência de melhor qualidade**. São Paulo: Cortez, 2001.







# A LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA A TUTELA DOS INTERESSES E DIREITOS DO CONSUMIDOR

João Vicente Davina<sup>1</sup>

## Sumário

### CAPÍTULOS

#### I – O Ministério Público

- 1.1. Origem Histórica
- 1.2. A Intervenção do Ministério Público no Processo Civil Intervenção como *custos legis*
  - 1.2.1. A intervenção como parte processual ativa
  - 1.2.2. A natureza jurídica da legitimação ativa
- 1.3. O Ministério Público Contemporâneo
  - 1.3.1. O Ministério Público como órgão de defesa social
  - 1.3.2. As promotorias especializadas

#### II – OS INTERESSES E DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.

- 2.1. Os interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos
- 2.2. A Tutela dos Interesses e Direitos do Consumidor
  - 2.2.1. Caracterização da Relação de Consumo
  - 2.2.2. A Tutela Individual e Coletiva do Con-

sumidor

#### III - O MINISTÉRIO PÚBLICO COMO AGENTE DE DEFESA DOS CONSUMIDORES

- 3.1. A legitimidade Ativa do *Parquet* para Tutela dos Consumidores
- 3.2. Questões Controvertidas.
  - 3.2.1. A Tutela dos Interesses e Direitos Individuais Homogêneos
  - 3.2.2. A Tutela em Matéria Tributária
    - 3.2.2.1. O Enfoque Constitucional da Instituição
    - 3.2.2.2. A Equiparação entre Consumidor e Contribuinte
    - 3.2.2.3. A Não Substituição da Ação Direta de Inconstitucionalidade pela Ação Civil pública

CONCLUSÃO

BIBLIOGRAFIA

## INTRODUÇÃO

Objetiva-se com o presente estudo, num primeiro momento, discorrer de uma forma genérica acerca da atuação do Ministério Público no Processo Civil Brasileiro, seja como *custos legis* ou parte processual ativa. É objeto de estudo também o perfil histórico da Instituição, desde suas possíveis origens até os dias atuais, retratando-se os principais avanços institucionais, sob o enfoque legal ordinário e constitucional. Neste contexto, é verificado o novo perfil constitucional do Ministério Público, qual seja, o de órgão verdadeiramente social, cuja atuação principal desloca-se da área puramente criminal para outro setor eminentemente social.

Esta nova função advém do exercício de defesa dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, relacionados com a defesa dos direitos do consumidor, meio ambiente, patrimônio público etc.

Noutro capítulo, busca-se conceituar e delimitar o que vem a ser direito difuso, coletivo e individual homogêneo, identificar a relação de consumo e demonstrar as diversas maneiras de tutela dos consumidores, individual e coletiva.

Em capítulo específico, é examinada de forma percuciente a legitimidade ativa do Ministério Público para a tutela de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, com especial abordagem dos temas

<sup>1</sup> O autor, João Vicente Davina, é Promotor de Justiça em Uberaba, com atuação perante as Promotorias Especializadas de Defesa do Consumidor, Saúde, Ordem Econômica e Tributária.



polêmicos quanto a legitimidade para o exercício da ação coletiva em defesa de questões afetas a interesse e direito individual homogêneo e em matéria tributária.

## CAPÍTULO I O MINISTÉRIO PÚBLICO

### 1.1. Origem Histórica:

Defende-se a origem remota do Ministério Público como advinda do Antigo Egito, onde, há mais de quatro mil anos, funcionários (ou procuradores) do rei já exerciam funções assemelhadas a algumas atualmente desempenhadas pelos promotores de justiça. Ensina Hugo Nigro Mazzilli que:

*“Na idade média também se procura encontrar algum traço histórico nos saions Germânicos, ou nos bailios e senescais, encarregados de defender os senhores feudais em juízo ou nos missi dominici, ou nos gastaldi do direito longobardo, ou ainda no Gemeiner Anklager (literalmente “comum acusador”) da Alemanha, encarregado de exercer a acusação, quando o particular permanecia inerte”.<sup>1</sup>*

Outras fontes históricas são ainda citadas pela doutrina. Para diversos estudiosos, Roma é o verdadeiro berço da instituição: os *praefectus urbis*, também conhecidos por *custos urbis*, seriam espécie de promotores; para outros, a origem estaria nos *praesides* ou nos *procuratores Caesaris*.

Entretanto, concordam os historiadores que o surgimento legal e efetivo do Ministério Público provém da *Ordonnance* de Felipe, o Belo, Rei da França, de 25 de março de 1302. Pela primeira vez atribuiu-se expressamente a um órgão o dever, exclusivo, de defender os interesses do rei, sob o mesmo juramento prestado pelos juízes.

No direito lusitano, surge em 1451, através das “Ordenações Manuelinas”, a figura do promotor de justiça. Repetida mais tarde nas “Ordenações Filipinas”, de 1603, ao “Promotor de Justiça da Casa de Suplicação”, nomeado pelo rei (§§1º a 6º, do Título XV do Livro I), era atribuído, entre outros encargos, o de “requerer todas as cousas, que tocam à Justiça, com cuidado e diligência, em tal maneira que por sua culpa e negligência não pereça. E a seu Officio pertence formar libelos contra os seguros, ou presos, que por parte da Justiça hão de ser acusados na Casa de Suplicação por acôrdo da Relação”.<sup>3</sup>

No Brasil, surge em 07 de março de 1609, através da Relação da Bahia, o procurador da Coroa e da Fazenda. Na Constituição de 1824 esse procurador passou a ter atribuição de acusação no “juízo de crimes”; o Código de Processo Criminal do Império, de 1832, disciplinou a atuação dos promotores nos artigos 36 a 38. Já a Constituição da República de 1891 trouxe referência à escolha do procurador-geral. Contudo, foi no Decreto n. 848, de 11 de outubro de 1890, que o Ministério Público foi tratado como instituição. O Código de Processo Penal, de 1941, conferiu ao Ministério Público o poder requisitório de inquérito policial, o exercício da ação penal pública, dentre outras relevantes funções na seara criminal. No campo do processo civil, cresceram em importância a instituição e a intervenção do *Parquet*, com as edições dos Códigos de 1939 e 1973.

Nada obstante, extraordinário avanço institucional foi registrado com a edição da Lei Complementar n. 40/81, com a definição de um estatuto nacional para o Ministério Público, fixando-se atribuições, garantias e vedações. Mas foi com o advento da Constituição Federal de 1988 que a instituição atingiu finalmente aparência de “Quarto Poder”, com atribuições bem definidas, sempre voltadas para a tutela dos interesses sociais e

<sup>2</sup> Mazzilli, Hugo Nigro, O Ministério Público na Constituição de 1988, op. cit., p.2.

<sup>3</sup> Machado, Antônio Cláudio da Costa Machado, op. cit, p.15.





individuais indisponíveis. Tornou-se, assim, um dos pilares de sustentação do regime democrático.

Outras codificações contribuirão ainda para com esse crescimento institucional do Ministério Público, a par de suas relevantes funções, como, v.g., a Lei da Ação Civil Pública, Lei n. 7.347/85, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) Lei n. 8.069/90, o Código de Defesa do Consumidor, Lei n. 8.078/90, Lei dos Juizados Especiais de Pequenas Causas, Lei n. 9.099/95 etc.

## 1.2. A Intervenção do Ministério Público no Processo Civil:

### 1.2.1 A Intervenção como *Custos Legis*:

Por força da qualidade da parte ou mesmo em razão da natureza do direito material controvertido, revela-se imperiosa a intervenção do Ministério Público no processo pendente, consoante a dicção do artigo 82, do Código de Processo Civil. Tal intervenção se faz necessária dada a relevância de certos direitos ou interesses que são tratados, e a sua ausência implica nulidade absoluta do processo, a partir do momento em que o Órgão deveria intervir. Com efeito, trata-se de modalidade de nulidade cominada e portanto não comporta convalidação, uma vez que o prejuízo pela violação da regra decorre de presunção legal.<sup>4</sup> O legislador, destarte, taxou de nulo o ato praticado com a inobservância de seus requisitos de validade, de modo a preservar o interesse público evidenciado no preceito legal.

O renomado processualista Humberto Theodoro Júnior, ao comentar o capítulo das nulidades, afirma que até mesmo as nulidades cominadas (absolutas) podem estar sujeitas à convalidação ante a incidência do princípio da instrumentalidade. Assim, o processo que tramitasse sem a in-

tervenção do Ministério Público, por falta de intimação, não seria anulado, caso o juiz prolatasse decisão favorável ao titular do interesse questionado. Os fundamentos desse entendimento, para o citado autor, residem na ausência de prejuízo e falta de legítimo interesse para rever-se o ato.<sup>5</sup>

Embora elogiável o raciocínio do mestre, *data venia*, tratando-se de hipótese de nulidade cominada, absoluta, portanto, como ele próprio admite, não parece correta a afirmação de que não se deva decretar a nulidade por ausência de prejuízo e por falta de interesse. Nesses casos o prejuízo é presumido, desse modo, não cabe ao julgador a tarefa de examinar se há ou não prejuízo pela desobediência à forma, porquanto o prejuízo é imperativo e emana de presunção legal. Ademais, os argumentos apresentados podem ser perfeitamente combatidos. Primeiramente, a sentença favorável pode ser revista em grau de recurso e vir a ser reformada em prejuízo da parte inicialmente beneficiada, v.g., o incapaz; outro ponto de vista válido diz respeito ao alcance do provimento jurisdicional, no particular aspecto de sua extensão. Embora favorável a sentença, não é descartável a ocorrência de omissões relevantes etc.

A intervenção como fiscal da lei (ou *custos legis*) tem lugar em face do “interesse público evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte”<sup>6</sup>. Portanto, além das hipóteses enumeradas nos incisos I, II e III, primeira parte, do artigo 82, do CPC, sempre que houver interesse público caracterizado pela qualidade da parte ou em razão da natureza da lide, deverá o juiz, obrigatoriamente, ouvir o Órgão do Ministério Público, facultando-lhe, de tal sorte, vista dos autos, com a cautela da intimação pessoal, em atenção ao imperativo do artigo 236, §2º, do CPC.

O Código de Processo Civil estabelece, exemplificativamente, algumas hipóte-

<sup>4</sup> É o que textua o artigo 246 do CPC: “É nulo o processo, quando o Ministério Público não for intimado a acompanhar o feito em que deva intervir”.

<sup>5</sup> Theodoro Júnior, Humberto, op. cit., pg. 282.

<sup>6</sup> Art. 82, III, do Código de Processo Civil.



ses de intervenção obrigatória, quais sejam: “nas causas em que há interesses de incapazes”; “concernentes ao estado da pessoa, pátrio poder, tutela, curatela, interdição, casamento, declaração de ausência e disposições de última vontade”; e, razão de recente alteração legislativa,<sup>7</sup> “nas ações que envolvam litígios coletivos pela posse da terra rural”. Nada obstante, leis esparsas podem prever também outras hipóteses de intervenção obrigatória (ou cominada), sempre que estiver presente o interesse público.

Intervindo, assim, como *custos legis*, o membro do *parquet* deve ter vista dos autos depois das partes e ser intimado pessoalmente para todos os atos do processo. Também por expressa disposição de lei, “poderá juntar documentos e certidões, produzir prova em audiência e requerer medidas ou diligências necessárias ao descobrimento da verdade” (art. 83, I e II, do CPC). Mais que isso, deverá pautar-se por uma atuação efetiva e intransigente “na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”, em obediência ao comando constitucional elencado no artigo 127 *caput* da vigente Carta Magna.

### 1.2.2. A Intervenção Como Parte Processual Ativa:

Com o crescimento populacional e o surgimento dos grandes centros urbanos, é visível o aumento das desavenças individuais e os conflitos judiciais se multiplicam na mesma proporção. As dificuldades econômicas contribuem também para o agravamento do quadro, fazendo com que o Judiciário fique abarrotado de processos, cuja solução é sempre morosa e ineficiente. Nesse mesmo cenário, surgem também os conflitos em massa, de largo interesse social, nas mais diversas áreas: saúde, educação, transporte, comunicação etc. O Judiciário, por sua vez, já não atende suficientemente a deman-

da, não realiza bem o seu papel e se torna alvo de frequentes críticas dos mais variados setores da sociedade. A justiça aplicada no “varejo” já não atende aos anseios sociais; é preciso evoluir e dar uma resposta na mesma proporção dos conflitos: aos problemas em massa, impõe-se também uma solução na mesma proporção, “justiça no atacado”.

Para a solução de questões semelhantes, de interesse coletivo, e para que venham beneficiar um grande número de pessoas e obstar a proliferação de ações idênticas, o Estado editou leis conferindo ao Ministério Público legitimidade para o exercício da ação civil pública (ou ação coletiva para a tutela da sociedade), sempre que presente eventual lesão ou ameaça de lesão a interesse coletivo, difuso ou individual homogêneo.

A Lei n. 7.347/85 criou e regulamentou a ação civil pública, possibilitando ao Ministério Público – com exclusividade - a instauração de inquérito civil público para investigar e apurar lesão ou ameaça de lesão em defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis, legitimando-o, ainda, ao lado de outros entes, a intentar respectiva ação de cunho coletivo. Embora existam outros legitimados para o exercício da ação civil pública, apenas o Ministério Público detém o poder/dever de instaurar procedimentos administrativos, inquérito civil público, com poder de autoridade, para a elucidação dos fatos.

A Constituição Federal de 1988, além de recepcionar a lei em referência, ampliou o rol de atribuições do Ministério Público, consoante estatuído em seu artigo 129, incisos I a IX. Na maioria dos casos, o exercício da ação civil pública objetiva a defesa de elevado número de pessoas, contudo, admite-se, também expressamente, a abertura de inquérito civil e a propositura de ação civil pública para a defesa de interesse individual, desde que de caráter indisponível, como, por exemplo, nas hipóteses da ação de investigação de paternidade, fundada na Lei n. 8.560/92, e

<sup>7</sup> Inciso III, do art. 82, CPC, modificado pela Lei. N. 9.415/96.



abertura de vaga em escola pública de ensino fundamental para criança ou adolescente, Lei n. 8.069/90 (ECA) etc.

### 1.2.2.1 - A Natureza Jurídica da

#### Legitimação Ativa:

Discute-se, de tal sorte, a natureza dessa legitimação, se ordinária ou extraordinária. Na hipótese da perfilhação compulsória, como em outros casos semelhantes, claro está que a legitimação ativa do Ministério Público é a extraordinária, porquanto, nos moldes do artigo 6º, do CPC, tutela-se interesse alheio em nome próprio. O tema suscita maior interesse tratando-se de ação civil pública, onde o direito postulado pertence a pessoas indeterminadas, ou mesmo à sociedade de um modo geral. Muitos já sustentaram (e ainda sustentam) que também nestes casos a legitimação é a extraordinária, ou seja, o Ministério Público atua defendendo, em nome próprio, interesse alheio, da coletividade.

Contudo, especialistas na matéria, como Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery, defendem a legitimação do Ministério Público, fundada no artigo 5º, da Lei n;7.347/85 (LACP), como sendo a ordinária, exceto quando se tratar de direitos individuais homogêneos.<sup>8</sup> Ilustra-se:

*“Natureza da legitimação ativa. Para as ações coletivas na tutela de direitos difusos e coletivos, trata-se de legitimação autônoma para a condução do processo (selbständige prozessführungsbefugnis), ordinária. Quando a ação coletiva for para a tutela de direitos individuais homogêneos (v. CDC 81 par. Ún.III), haverá substituição processual, isto é, legitimação extraordinária”.*<sup>9</sup>

O mesmo entendimento é encontra-

do nas preciosas lições de Rodolfo de Camargo Mancuso, que vê no Ministério Público verdadeira identificação entre a instituição e os interesses que tutela.<sup>10</sup>

### 1.3. O Ministério Público Contemporâneo:

#### 1.3.1 – O Ministério Público como Órgão de Defesa Social:

Ao lado de outras relevantes funções, a nova Ordem Constitucional confiou ao Ministério Público as destacadas tarefas sociais de guardião da “ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.<sup>11</sup> Trata-se, por evidente, de outorga legal indiscutivelmente inédita e de elevada responsabilidade para a instituição acreditada. Sem dúvida, a Constituinte de 1988 foi pródiga em relação ao Ministério Público ao atribuir-lhes verdadeiros poderes constitucionais de “defesa social”. A partir de então, sua atuação passou a ser eminentemente social, excetuando-se apenas a tutela individual nas hipóteses de indisponibilidade do direito. Este, em última análise, não deixou de ser fixado também no interesse social, na medida em que o “indisponível” é afetado de inegável interesse público.

Voltando-se à época das discussões, debates e votações da vigente Constituição, tem-se claramente que a nova feição do Ministério Público não é graça do Legislador Constituinte, vontade sua, imposição da soberana vontade popular, assentada nos representantes dos mais diversos segmentos.

O certo é que, num país de aproximadamente duzentos milhões de habitantes, cuja população se agigantou sem estrutura compatível, desorganizada e pobre, às vezes

<sup>8</sup> O tema “Direitos e interesses individuais homogêneos” é desenvolvido no capítulo 3, em tópico específico.

<sup>9</sup> Nery Júnior, Nelson, op.cit., pg.1.136.

<sup>10</sup> Mancuso, Rodolfo de camargo, op. cit., pg. 91.

<sup>11</sup> CF/88, Art. 127, caput, (in verbis): “O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.”

relegada, não seria crível (ou sensato) que esta sociedade, como corpo que é, não dispusesse de um agente constitucional imparcial, independente e forte para a defesa de toda sorte de agressão.

Vê-se, destarte, que o Ministério Público é mais que um órgão de defesa social, sim, de defesa social, mas também de equilíbrio da ordem social, da justiça social, do respeito social. E isto se particulariza nas atuações voltadas às mais diversas áreas das promotorias especializadas, defesa do consumidor, meio ambiente, patrimônio público, direitos humanos etc.

Após a edição das leis de criação e organização da instituição, tem-se como imperiosa a execução do mandamento legal, sob pena tornar-se inócua a inspiração legislativa, e relegar-se mais uma vez o verdadeiro titular do poder, o cidadão. Assim, indaga-se, o que fazer-se para dar efetividade à vontade social insculpida na Magna Carta? O que deve ser feito pelo *parquet* para desempenhar de forma satisfatória tão grave missão?

Primeiramente, todo e qualquer agente ministerial deve ter em mente que desenvolve suas funções para a sociedade; acreditar, de forma inabalável, ser um “agente inflexível do povo”, que, em última análise, é a sua última voz.

Daí decorre a necessidade de que o atendimento ao público se faça de forma ampla, evitando-se qualquer tipo de “seleção” ou preferência. Mesmo aquelas pessoas que buscam a Promotoria de Justiça, trazendo problemas cuja solução não está afeta ao Ministério Público, devem ser atendidas e encaminhadas aos outros órgãos públicos específicos (Defensoria Pública, Órgão Previdenciário etc.).

Deve o atendimento ser efetivado com urbanidade e educação, registrando-se

que, na maioria das vezes, as pessoas que procuram auxílio junto ao Ministério Público são aquelas mais necessitadas e menos esclarecidas. A grande massa dos excluídos, que não dispõem de advogado, condição econômica etc.

Importante, também, que o próprio Ministério Público se apresente à sociedade de forma mais democrática, fazendo-se com que suas funções e ações sejam mais bem conhecidas e, inclusive, controladas pelo povo, “*titular último da soberania*”, nos dizeres de Mazzilli.<sup>12</sup>

Sob tal aspecto, admissível alguma forma de “controle externo” das atividades Ministeriais.<sup>13</sup> Não o controle pregado por alguns dos “detentores do poder político” que desejam, na verdade, um órgão castrado e incapaz de promover ações no sentido de coibir os desmandos que infelizmente ocorrem com a coisa pública, mas um controle social voltado para a atuação de agentes que são detentores de cargos vitalícios.<sup>14</sup>

Concluindo, para que o Ministério Público desempenhe a contento sua missão de defensor do regime democrático, necessário que a própria instituição seja absolutamente democrática, colocando sempre à frente de suas ações os interesses sociais, principalmente daquelas classes menos favorecidas pela sorte.

Em última e rigorosa análise, não é a letra fria do texto constitucional que legitima o Ministério Público como instituição, aos olhos da sociedade, mas a sua atuação diária, constante, inflexível e intransigente em defesa da sociedade. Sem uma atuação séria e destemida, perde em sentido a Instituição. No mesmo diapasão, embora necessária, não é a simples aprovação em concurso público que legitima também o órgão de execução ministerial ante a sociedade, mas a sua

<sup>12</sup> Hugo Nigro Mazzilli, *op. cit.*, p. 45.

<sup>13</sup> Registre-se a existência de proposta de autoria da Deputada Zulaiê Cobra Ribeiro (PSDB-SP), para inclusão do tema no texto sobre a reforma do Poder Judiciário, conforme publicado no “O Estado de São Paulo”, edição de 19.9.1999, p. A4. Contudo, pelo noticiado, a reforma pretendida adentraria a análise sobre a viabilidade de algumas ações propostas pelo Ministério Público, o que é lamentável, vez que, o agente ministerial, para a propositura de ação civil pública, não pode estar manietado por nenhum outro poder senão aquele que ressalta da Constituição e, por conseguinte, do próprio povo.

<sup>14</sup> Em tal sentido, também seria oportuna a criação de órgão de controle externo da Magistratura brasileira.



atuação responsável e combativa pelas causas dos menos favorecidos.

### 1.3.2. As Promotorias Especializadas:

A imagem do Promotor de Justiça sempre foi a do acusador inflexível, ser desprovido de sentimentos na busca da justiça dos homens; intolerante contra os criminosos, tribuno implacável, eis a feição institucional ou função mais conhecida da sociedade: a de perseguidor dos fora da lei.

Embora de grande relevância a atuação do promotor criminal, com o crescimento da sociedade recrudesceram também os problemas sociais, as mazelas sociais atingiram níveis insuportáveis, donde foi necessário conferir a um órgão forte e independente a elevada missão de defesa social. Com a edição da Carta de 1988, confiou-se ao Ministério Público a tutela dos direitos sociais e individuais indisponíveis. O *parquet*, além do exercício privativo da ação penal pública, passou a “promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”.<sup>15</sup> Mais tarde, outras leis incumbiram ao Ministério Público outras tarefas, como: a proteção do consumidor, da infância e juventude, do patrimônio público, com a edição da “Lei de Improbidade Administrativa” etc.

Surgem, desse modo, as promotorias especializadas (prefere-se a denominação promotoria especializada em lugar de curadoria especializada, por melhor expressar e identificar o órgão de execução) do meio ambiente, consumidor, patrimônio histórico, artístico e paisagístico, patrimônio público, direitos humanos, controle externo da atividade policial, fundações, acidente do trabalho, enfim, promotorias, para a tutela de todo e qualquer interesse difuso, coletivo e individual indisponível.

Incumbem às promotorias especializadas a tutela dos respectivos inte-

resses ou direitos sociais protegidos. Por exemplo, ao Promotor de Justiça titular da promotoria de defesa do meio ambiente, cabe o poder/dever de instaurar inquérito civil público, instruí-lo através da colheita de informações documentais e testemunhais e, se for o caso, propor pertinente ação civil pública em defesa do meio ambiente; não dispondo de elementos de convicção, ou nas hipóteses de inexistência de agressão ambiental, deverá promover o arquivamento do inquérito civil e das peças de informações, submetendo-o ao Conselho Superior do Ministério Público.

A atuação do promotor de justiça nessas áreas especializadas não se restringe à repressão ou reparação de eventual dano. O representante do *parquet* deve pautar-se cotidianamente por uma atuação preventiva, que vale dizer: de esclarecimento, de organização e orientação da população diretamente interessada, nos seus mais diversos setores.

## CAPÍTULO II

### OS INTERESSES E DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

#### 2.1. Os interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos:

O Código de Defesa do Consumidor, Lei n.8.078 de 11.09.90, definiu, em seu artigo 81, Parágrafo Único, inciso I, os interesses ou direitos difusos como sendo: “os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por uma circunstância de fato”. No inciso II, conceituou os interesses ou direitos coletivos como: “os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base”. Finalmente, no inciso III, os interesses ou direitos individuais homogêneos: “os decorrentes de origem comum”.

<sup>15</sup> Art. 129, III, da Constituição Federal.



Em princípio, é bom salientar que boa parte da doutrina não faz qualquer distinção entre as expressões “interesses” e “direitos”, tratando-as como coisas semelhantes. Certamente não foi essa a intenção do legislador consumerista, mesmo porque seria uma total inutilidade e falta de técnica legislativa a inclusão de termos aparentemente próximos com idêntico significado. Parece mesmo existir certa gradação entre as expressões “interesses” e “direitos”. Nesse sentido, as expressões “interesses” e “direitos” não se equívalem. Em relação àquela, sirva de exemplo a hipótese de promover-se uma ação para que a coletividade não venha a ser lesada, como decorre da previsão do artigo 102, do Código de Defesa do Consumidor, tendo aí atribuída legitimidade aos órgãos elencados no artigo 82, do mesmo Diploma Legal. Diferentemente, tratando-se de responsabilidade civil objetiva, por danos, onde se verifica um autêntico “direito”, na verdade, um “direito subjetivo”, ainda que, no caso da “coletividade” por ela atomizadamente distribuído, tem-se um direito submetido a um tratamento coletivo ou difuso<sup>16</sup>.

Após a observação acima, oportuniza-se a definição do que vem a ser interesse ou direito difuso, coletivo e individual homogêneo. Interesses e direitos difusos, esclarecem Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery:

*“São direitos cujos titulares não se pode determinar, a ligação entres os titulares se dá por circunstâncias de fato. O objeto desses direitos é indivisível, não pode ser cindido. É difuso, por exemplo: o direito de respirar ar puro; o direito do consumidor de ser alvo de propaganda não enganosa e não abusiva”.*<sup>17</sup>

São transindividuais porque interessam naturalmente a uma pluralidade de

peçoas, a uma coletividade de pessoas, ou parcela indistinta dessa coletividade. O seu interesse vai além do individual. A natureza indivisível do objeto é outra característica do direito difuso, sendo certo que não se pode fracionar ou cindir o objeto deste direito. Trata-se, como leciona J. C. Barbosa Moreira, de uma “espécie de comunhão, tipificada pelo fato de que a satisfação de um só implica, por força, a satisfação de todos, assim como a lesão de um só constitui, *ipso facto*, lesão da inteira coletividade”.<sup>18</sup> É o caso, por exemplo, da instalação de uma usina nuclear em determinada região: o manejo de uma ação civil pública poderia, a um só tempo, beneficiar a todas as pessoas que eventualmente estivessem sofrendo ou na iminência de sofrer efeitos nocivos à saúde, moradoras ou não da região afetada.

De salientar-se, por relevantes, os ensinamentos de Kazuo Watanabe, quando esclarece que: “Na conceituação dos interesses ou direitos difusos (“ou essencialmente coletivos”), optou-se pelo critério da indeterminação dos titulares e da inexistência entre eles de relação jurídica-base, no aspecto subjetivo, e pela indivisibilidade do bem jurídico, no aspecto objetivo”.<sup>19</sup>

Interesses ou direitos coletivos, como define o Código de Defesa do Consumidor, “são os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica-base”. Também interesse de uma pluralidade de pessoas, contudo, passível de determinação, o que não ocorre com os interesses difusos. “Aqui os titulares são indeterminados, mas determináveis, ligados entre si, ou com a parte contrária, por relação jurídica-base. Assim como nos direitos difusos, o objeto desse direito também é indivisível. É coletivo, por exemplo: o direito dos alunos de determinada escola de ter as-

<sup>16</sup> Arruda Alvim, e outros, op. cit., pg. 364

<sup>17</sup> Nery Júnior, Nelson, e Andrade Nery, Rosa Maria, op. cit., pg. 1.394

<sup>18</sup> Mancuso, Rodolfo de Camargo, Interesses Difusos, op. cit., pg. 71

<sup>19</sup> Watanabe, Kazuo, e o outros, op. cit. pg.624.



segurada a mesma qualidade de ensino em determinada curso”.<sup>20</sup>

A exata compreensão e definição do interesse ou direito coletivo pressupõe a existência de uma relação jurídica-base entre as pessoas que compõem grupo, categoria ou classe, ligando-as entre si ou com a parte contrária. Esta relação jurídica-base, adverte Kazuo Watanabe, “é a preexistente à lesão ou ameaça de lesão do interesse ou direito do grupo, categoria ou classe de pessoas. Não a relação jurídica nascida da própria lesão ou da ameaça de lesão”. Cita, como exemplo, os interesses dos contribuintes do imposto de renda, lembrando que entre o fisco e os contribuintes já existe uma relação jurídica-base. Para Arruda Alvim, entretanto, a distinção entre os interesses ou direitos coletivos e difusos “reside especificamente no grau mais intenso de agregação, com teor maior, entre as pessoas pertencentes a um grupo, categoria ou a uma classe. O vínculo que aqui existe não é, normalmente, tão rarefeito, circunstancial ou ocasional, quanto o que existe nos interesses ou direitos difusos”.<sup>21</sup>

Finalmente, interesses e direitos individuais homogêneos, definidos textualmente como aqueles de origem comum. Trata-se de direito verdadeiramente individual cujo titular é perfeitamente identificável e o objeto é também divisível, o que não ocorre nas hipóteses de interesses difusos e coletivos. Aqui também não é possível falar-se em relação jurídica-base anterior, bastando tratar-se de direitos individuais e decorrentes de origem comum. E o exercício da ação por um dos legitimados a todos os interessados beneficia, bastando, ao final da ação, que cada qual promova a liquidação do *quantum debeatur*.

Nelson Nery Jr., e mesmo Kazuo Watanabe, advertem para uma questão interessante na classificação ou identificação do

interesse ou direito difuso, coletivo e individual homogêneo. Para esses eminentes doutrinadores, o que classifica o interesse ou direito “é o tipo de pretensão material e de tutela jurisdicional que se pretende quando se propõe a competente ação judicial”.<sup>22</sup> Nelson Nery Jr. vai além e afirma que da ocorrência de um mesmo fato, podem originar pretensões difusas, coletivas e individuais, e cita como exemplo o caso do *Bateau Mouche IV*. Segue o mestre:

*“a ação de obrigação de fazer movida por associação das empresa de turismo que têm interesse na manutenção da boa imagem desse setor da economia (direito coletivo), bem como a ação ajuizada pelo Ministério Público, em favor da vida e segurança das pessoas, para que seja interdita a embarcação afim de se evitarem novas acidentes (direito difuso). Em suma, o tipo de pretensão é que classifica um direito ou interesse como difuso, coletivo ou individual”.*

## 2.2. A Tutela do Consumidor:

### 2.2.1. A Relação de Consumo. Definição:

O Código de Defesa do Consumidor estabeleceu normas de “ordem pública e de interesse social”, consoante o artigo 1º, da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990, e reconheceu expressamente a vulnerabilidade do consumidor, de modo a dar efetivo equilíbrio às relações de consumo. Estabeleceu, portanto, regras que, comparadas ao direito privado comum, beneficiam ou procuram beneficiar o consumidor. São, portanto, normas de índole tutelar. Contudo, para a adoção dessas normas, é indispensável estar configurada hipótese de relação de consumo. À sua ausência, aplicam-se as regras comuns do direito das obrigações elencadas no Código Civil pátrio.

<sup>20</sup> Nery Júnior, Nelson. e outra, op. cit. pg. 1.394.

<sup>21</sup> Alvim, Arruda, e outros, op. cit., pg. 369.

<sup>22</sup> Nery Jr, Nelson, Cod. de Defesa Consumidor Comentado, op. cit., 778.



Impõe-se, assim, a definição conceitual de relação de consumo ante o Código de Defesa do Consumidor. “E relação de consumo é a relação jurídica, contratual ou extracontratual, que tem numa ponta o fornecedor de produtos e serviços e na outra o consumidor; é aquela realizada entre o fornecedor e o consumidor, tendo por objeto a circulação de produtos e serviços. Havendo circulação de produtos e serviços entre o consumidor e o fornecedor, teremos relação de consumo regulado pelo CDC”.<sup>23</sup> Para o Estatuto Consumerista, “Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. Trata-se de definição fundada essencialmente em critérios objetivos, bastando que o bem seja retirado para o consumo.

Já “Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços”; e “Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial”; finalmente, “Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária”.<sup>24</sup>

Destarte, como anotado, para a caracterização da relação de consumo, impõe-se a concorrência simultânea dos três elementos essenciais: o *fornecedor*, em um dos pólos desta relação jurídica de consumo; o *consumidor*; no outro pólo, como destinatário final de produtos e serviços; e o *produto ou serviço*, devidamente enquadrado na conceituação dos parágrafos 1º e 2º do artigo 3º do CDC.

Configurada, pois, hipótese de rela-

ção de consumo, têm inteira aplicação as normas elencadas na legislação específica, e supletivamente as demais regras do direito público e privado.

### 2.2.2. A Tutela Individual e Coletiva do Consumidor:

A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas pode ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.<sup>25</sup> Em princípio, verifica-se que o legislador consumerista equiparou as vítimas da relação de consumo ao consumidor, para efeitos de proteção em caso de eventual dano sofrido. É o que está expressamente previsto no artigo 17 do CDC. Vale dizer, se algum indivíduo, ainda que não tenha participado diretamente da relação primitiva de consumo, vier a sofrer danos, como nas situações de acidentes de trânsito, na utilização de agrotóxicos etc, poderá utilizar-se das normas protetivas do CDC.

A defesa individual dos direitos dos consumidor, como qualquer outra, faz-se perante a justiça comum. As legislações aplicáveis são o Código de Defesa do Consumidor e o Código de Processo Civil, e, naquilo que for cabível, Código Civil e Penal. Nos casos de menor complexidade, o consumidor pode optar - a seu critério - pelo juizado especial de pequenas causas, especializado ou não, desde que o valor da causa não ultrapasse a quarenta (40) vezes o salário mínimo, artigo 3º, I, da Lei n. 9.099/95.

A tutela coletiva tem lugar quando se tratar de interesses ou direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos. A definição desses institutos consta de capítulo acima, restando, em momento, apenas discurrir acerca das pessoas legitimadas para o seu exercício. O artigo 82 do CDC, de forma taxativa, relacionou os entes, pessoas e órgãos legitimados ativos para a tutela coletiva dos consumidores.

São, pois, legitimados, disjuntiva e

<sup>23</sup> Cavalieri Filho, Sérgio, op. cit., pg.36l.

<sup>24</sup> art. 2º e 3º do CDC.

<sup>25</sup> Artigo 81 do CDC.





concorrentemente, os Ministérios Públicos estaduais e federal, a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal; as entidades e órgãos da administração pública, direta e indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos pelo CDC; as associações legalmente constituída há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos pelo CDC.

Melhores considerações acerca do tema serão tecidas nos tópicos seguintes.

### CAPÍTULO III

#### O MINISTÉRIO PÚBLICO COMO AGENTE DE DEFESA DOS CONSUMIDORES

##### 3.1. A legitimidade Ativa do *Parquet* para

##### Tutela dos Consumidores

Dispõe expressamente o artigo 82 da Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, Código de Defesa do Consumidor, que o Ministério Público é parte legítima para propor as ações previstas no artigo 81, do mesmo Diploma Legal, tratando-se de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, em favor do consumidor. A legitimação vem prevista, ainda, e com maior relevo, na Constituição Federal, artigo 129, III, e na Lei de Ação Civil Pública, n. 7.347/85, artigos 1º, II, e 5º LACP).

Portanto, tratando-se de questões decorrentes de relação de consumo, direta ou por equiparação, nos casos de vítimas de consumo, que envolvam interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, compete ao Ministério Público a instauração de inquérito civil público e o manejo de pertinente ação coletiva de consumo.

Para José Geraldo Brito Filomeno:  
*“a norma fundamental acerca da participação do Ministério Público*

*é a do artigo 1º, do CDC, que estabelece que as normas de proteção e defesa do consumidor são de ordem pública e interesse social, nos termos dos artigos 5º, XXXII, 170, V e art. 48 das Disposições Transitórias. Do confronto entre o art. 1º, caput e o art. 127, da CF, verifica-se que o Ministério Público deverá intervir em todos os processos em que se discutam relações de consumo, em que controvertem fornecedores e consumidores”.*<sup>26</sup>

Vê-se, desse modo, que o interesse na tutela do consumidor tem marco constitucional, expresso no artigo 48 do ato das disposições constitucionais transitórias, que impôs ao legislador ordinário a incumbência de elaborar um *código de defesa do consumidor*. Por isso, não deixa de ter certa razão o ilustre juiz paulista, acima citado, quando afirma que as normas relativas aos direitos dos consumidores são de ordem pública e de interesse social, “o que equivale dizer que são inderrogáveis por vontade dos interessados”<sup>27</sup>, como regra, em razão do caráter tutelar.

Mas, com efeito, não parece correta a orientação proposta de que o Ministério Público deva intervir também nas demandas onde se discuta relação de consumo puramente individual. Tal assertiva, *data venia*, não encontra amparo legal, e também não se coaduna com o real perfil constitucional da Instituição, qual seja, o de velar pelos interesses sociais e individuais indisponíveis. Ademais, o direito do consumidor - particularizado - embora tenha regramento específico e tutelar, não deixa de ser direito individual disponível. Por isso, e por confrontar com a legitimação expressamente definida no artigo 82 do CDC, não cabe ao Ministério Público intervir em querelas do consumo puramente individual, exceto se figurar em um dos pólos da ação consumidor incapaz.

<sup>26</sup> Rios Gonçalves, Marcus Vinicius, Revista Direito do Consumidor. Pg. 63.

<sup>27</sup> Filomeno, José Geraldo Brito, op. cit., pg.23.



Tratando-se, contudo, de relação de consumo em que envolva interesse ou direito difuso, coletivo e individual homogêneo, o Ministério Público, se não propuser a ação civil (ou coletiva de consumo), deverá intervir obrigatoriamente como *custos legis*.<sup>28</sup> Ou seja, nas hipóteses de tutela coletiva, a presença do *Parquet* é sempre obrigatória, sob pena de nulidade do processo, dada a presença de flagrante interesse social.

A tutela desses interesses coletivos é efetivada pelos legitimados através do exercício da ação civil pública, regulada pela Lei n.7.347/85 (LACP) e Lei n. 8.078/90 (CDC). Há, inclusive, quem defenda a denominação “ação coletiva de consumo” em lugar de ação civil pública, quando a sua utilização veicular pretensão relativa a lides de consumo, em razão da especialidade da matéria e por melhor identificar o próprio objeto da ação<sup>29</sup>. Nada obstante acertada a tese dos ilustres promotores gaúchos, pouco importa a denominação adotada pelo autor legitimado, mas o seu correto manejo em prol dos consumidores.

Dentro dessa temática, é indispensável também alguns comentários acerca do inquérito civil público. Previsto como uma das funções institucionais do Ministério Público, artigo 128, III, do inquérito civil público tem natureza administrativa e serve de instrumento para a colheita dos elementos de convicção e fundamento da ação civil pública. Trata-se, pois, de procedimento administrativo instaurado e concluído sob a presidência exclusiva do *parquet*, onde são praticados os atos de autoridade necessários para a defesa dos interesses sociais, como, por exemplo, a expedição de notificações, requisição de documentos etc.

Concluídos os trabalhos apuratórios, esgotadas todas as diligências, havendo elementos ensejadores, o Ministério Público ajuizará pertinente ação civil pública em defesa dos interesses sociais, acos-

tando os autos à inicial; ou, caso contrário, promoverá o arquivamento dos autos por inexistência de fundamentos mínimos, *ad referendum* do Conselho Superior do Ministério Público.

## 3.2. Questões Controvertidas:

### 3.2.1. A tutela dos interesses e direitos individuais homogêneos:

Cumpra ao Ministério Público ainda a relevante missão de tutelar coletivamente o dano individualmente sofrido, como preceitua o artigo 91 do CDC: “Os legitimados de que trata o art.82 poderão propor, em nome próprio e no interesse das vítimas ou seus sucessores, ação civil coletiva de responsabilidade pelos danos individualmente sofridos, de acordo com o disposto nos artigos seguintes”.

Trata-se de norma processual inovadora, que possibilitou ao *parquet*, ao lado de outros legitimados, a defesa coletiva de direitos basicamente individuais, de origem comum e que interessam a uma pluralidade de pessoas eventualmente vítimas de relação de consumo, direta ou equiparadas pela lei.

Para regular o tema, o legislador brasileiro buscou inspiração no modelo americano da *class action*, fazendo inserir regra semelhante e reguladora dos direitos individuais homogêneos no Código de Defesa do Consumidor<sup>30</sup>. Mas, antes mesmo da edição desse diploma legal, já havia possibilitado a defesa dos interesses difusos e coletivos através da Lei n.7.347, de 24 de julho de 1985 (LACP), marco legislativo inicial “das tutelas coletivas” no sistema jurídico pátrio.

Contudo, foi com a promulgação da Lei n. 7.913, de 7 de dezembro de 1989, que o ordenamento jurídico brasileiro disciplinou pela primeira vez a tutela coletiva dos direitos individuais, “legitimando o Ministério Público a adotar as medidas judiciais ne-

<sup>28</sup> Textua o artigo 92 do CDC: “O Ministério Público, se não ajuizar a ação, atuará sempre como fiscal da lei”.

<sup>29</sup> Lipp João, Alexandre, e Rubin, Daniel Sperb, Tese 48, apresentada no 13º Congresso Nacional do Ministério Público, 1999, Curitiba.



cessárias para evitar prejuízos ou obter ressarcimento dos danos causados aos titulares de valores mobiliários e aos investidores do mercado”. Pois, “o artigo 2º da lei fala em *condenação*, devendo a importância dela resultante reverter aos investidores lesados, *na proporção de seu prejuízo*. E, por sua vez, o §1º do mesmo dispositivo trata da *habilitação* dos beneficiários para receberem a parcela que lhes couber”.<sup>31</sup>

O Código de Defesa do Consumidor criou a verdadeira *class actions* brasileira, denominando-a de ação civil coletiva e detalhando o seu procedimento a partir do artigo 91. Em vários aspectos, rompeu com a tradição do nosso direito processual, primeiramente, ao possibilitar que direitos inicialmente individuais - disponíveis - fossem tutelados coletivamente, de modo a melhor socorrer os interesses das vítimas de acidente em massa, e por prever forma de condenação genérica, regras de competência específicas, habilitação dos interessados em processo de liquidação de sentença etc.

Justamente por se tratar de interesses individuais disponíveis, algumas decisões judiciais passaram a negar a legitimidade ao *parquet* para o exercício de ação civil em prol dos interesses individuais homogêneos, sob o fundamento de que a Constituição Federal, em seu art. 129, III, só faz menção a direitos difusos e coletivos; ainda, que o art. 127 da Carta Magna outorgou à Instituição a defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis, taxando de inconstitucionais os dispositivos do CDC que regulam a matéria.

Tal posicionamento mereceu acentuada crítica da doutrina especializada. Autores renomados como Nelson Nery Júnior, Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e tantos outros defendem com lucidez a legitimação do Ministério Público para a tutela dos interesses individuais homogêneos, trazendo à colação regras da própria Carta

Política. Analisam a questão enfocando o artigo 129, IX, da CF, que autoriza expressamente o Órgão a “*exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com a sua finalidade*”. O dano que atinge uma pluralidade de pessoas é exemplo inequívoco de hipótese a ser tutelada coletivamente, portanto de interesse social.

Discorrendo acerca do tema, com a costumeira clareza e posição, textuam Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery: “*O Ministério Público pode mover qualquer ação coletiva, para a defesa de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. A CF no art. 129 III legitima o parquet para a ACP na tutela de direitos difusos e coletivos, mas não menciona os individuais homogêneos. A CF no art. 129, IX, autoriza a lei federal a atribuir outras funções ao Ministério Público, desde que compatíveis com o seu perfil institucional. A CF no art. 127 diz competir ao MP a defesa dos direitos e interesses sociais e individuais indisponíveis. Como as normas de defesa do consumidor (incluída aqui a ação coletiva *tout court*) são, ex vi legis, de interesse social (CDC art. 1º) é legítima e constitucional a autorização que o artigo 82, I, dá ao Ministério Público de promover a ação coletiva, ainda que na defesa de direitos individuais disponíveis. O cerne da questão é que a ação coletiva, em suas três modalidades, é de interesse social*”.<sup>32</sup>

A controvérsia chegou ao Supremo Tribunal Federal e foi examinada no RE 1663231-3-SP, em ação em que se discutia aumento de mensalidades escolares, tendo como relator o Ministro Maurício Corrêa. Por nove (09) votos a zero (0) o STF reconheceu a legitimidade do Ministério Público para o exercício da ação civil em defesa dos direitos

<sup>30</sup> Grinover, Ada Pellegrini, op. cit.,pg 670.

<sup>31</sup> Grinover, Ada Pellegrini, op. cit.,pg.671.



individuais homogêneos. A mesma orientação é seguida pelo Superior Tribunal de Justiça.<sup>33</sup> Ilustra-se, com parte do mencionado voto:

*“São nitidamente homogêneos porquanto nascidos de uma mesma origem, ou seja, mensalidade escolares cobradas abusivamente com um mesmo índice de aumento, aplicado a todos os usuários da escola; por conseguinte homogêneos, porque na verdade todos da mesma natureza/ e como homogêneos são uma subespécie de interesses coletivos, como antes abordei, legítima é a capacidade postulatória do recorrente” (RE n.163.231-3/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 26.2.97).*

Outra não poderia ser a posição do STF, senão a de afastar interpretações equivocadas e maléficas aos interesses da sociedade. Isso porque, como vem sendo acentuado pela doutrina moderna, é preciso que os operadores do direito do Segundo Milênio aparelhem-se jurídica e materialmente para a solução dos conflitos de massa. É preciso repensar a função social do processo, e nesse contexto a própria atuação dos aplicadores do direito. É necessário repensar o direito e aplicá-lo à luz das necessidades contemporâneas.

Contudo, para alguns, a utilização da ação civil pública nos casos de direitos individuais homogêneos seria restrita à hipótese de relevância social, que se identificaria com o teor da Súmula n. 7 do Conselho Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo:

*“O Ministério Público está legitimado à defesa de interesses individuais homogêneos que tenham expressão para a coletividade, como: a) os que digam respeito à saúde ou à segu-*

*rança das pessoas, ou ao acesso das crianças e adolescentes à educação; b) aqueles em que haja extraordinária dispersão dos lesados; c) quando convenha à coletividade o zelo pelo funcionamento de um sistema econômico, social ou jurídico”.*

Absolutamente pertinente, na oportunidade, a lição da professora Ada Pellegrini Grinover, pois, segundo a ilustre jurista, “a doutrina internacional e nacional já deixou claro que a tutela de direitos transindividuais não significa propriamente defesa de interesse público, nem de interesses privados, pois interesses privados são vistos e tratados em sua dimensão social e coletiva, sendo de grande importância política a solução jurisdicional de conflitos de massa”.<sup>34</sup>

Como mencionado alhures, nada obstante respeitáveis opiniões em contrário, sustentando que a legitimação na hipótese de defesa dos direitos individuais homogêneos seja a da figura de substituição processual, portanto de legitimação extraordinária, porque o artigo 91 do CDC fala expressamente em litigar em nome próprio e no interesse das vítimas ou seus sucessores, há quem defenda a tese da legitimação ordinária, sob o argumento de que “O titular não estaria defendendo direitos subjetivos individuais o que caracterizaria a substituição mas sim exercendo o poder que o ordenamento jurídico lhe confere para exigir o cumprimento de um dever jurídico de respeito a interesses tratados coletivamente”. *In casu*, a legitimação “é autônoma, porque derivada da lei, visando a imposição ao sujeito passivo de um dever jurídico de respeito ao referido interesse, não podendo ser confundida com a figura da substituição processual, adequada apenas quando se trate de conflitos envolvendo interesses individuais puros”.<sup>35</sup>

Já em relação aos direitos difusos e coletivos não existem maiores discussões,

<sup>32</sup> Nery, Nelson Nery, e, op. cit., pg. 1.396

<sup>33</sup> STJ., 4ª Turma, Resp. n.100.311-GO – Rel. Min. Cesar Asfor Rocha – j.22.04.1997.

<sup>34</sup> Grinover, Ada Pellegrini, op. cit. pg. 676.



estando assente o entendimento de que nessas situações o Ministério Público possui legitimação ordinária, decorrente da própria lei.

### 3.2.2. A Tutela em Matéria Tributária:

Outra questão polêmica e que tem despertado grande discussão nos meios doutrinário e jurisprudencial diz respeito à legitimidade do Ministério Público para o manejo de ação civil pública em matéria tributária.

O tema vem sendo debatido no meio jurídico, num ambiente de verdadeira indefinição, havendo razoáveis decisões a favor e contra a legitimidade do *parquet* na promoção da tutela em matéria tributária. Vozes em sentido contrário fundamentam que o Ministério Público não estaria autorizado a patrocinar direitos individuais privados e disponíveis, mesmo porque, embora haja certa afinidade, o conceito de consumidor não inclui o de contribuinte (STJ. Resp. n.168.415); outro ponderável argumento situa-se no campo de possível conflito (ou contato) entre a ação civil pública e a ação direta de inconstitucionalidade, sendo que, em razão dos efeitos *erga omnes*<sup>35</sup>, aquela poderia estar substituindo esta, e mais, subtraindo a competência do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais de Justiça dos Estados no controle da constitucionalidade das leis.

Da exposição acima, fácil notar que a questão é extremamente polêmica e intrincada, exigindo para a sua compreensão um estudo atento das bases constitucionais e dos textos infraconstitucionais que dão suporte legal e completam a feição institucional do Ministério Público, legitimando-o como órgão de defesa social.

#### 3.2.2.1. Enfoque Constitucional da Instituição:

Sob o prisma constitucional, “O Ministério Público é instituição permanente,

essencial à função Jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”. Este é o perfil constitucional que lhe foi atribuído pelo artigo 127 “*caput*” da vigente Constituição Federal.

Além das funções enumeradas no artigo 129 da CF – exemplificativamente, bom que se diga - compete ao Ministério Público defender “outros interesses difusos e coletivos” e “exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com a sua finalidade” (art. 129, incisos III e IX da CF). Ao criar um órgão de defesa social e dotá-lo dos elementos necessários para dar efetividade aos seus desideratos, por óbvio que o legislador não poderia prever todas as situações em que devesse atuar, e o fez, a par do seu perfil institucional, de forma exemplificativa, mesmo porque a Carta Política não se presta a tal serviço.

Nesse diapasão, a Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, a chamada “Lei da Ação Civil Pública”, que foi recepcionada pela vigente Constituição Federal, sofreu algumas modificações para adequar-se à nova realidade jurídica então introduzida no País. Merecem destaque as modificações implementadas por ocasião das edições das Lei 8.078/90 (CDC) e Lei n. 8.884/94 (Lei de Proteção da Concorrência).

Incluiu-se, portanto, quando da edição da Lei n. 8.078/90 (CDC), através de seu art. 110, o inciso IV ao art. 1º da Lei n. 7.347/85, com a seguinte redação: “a qualquer outro interesse difuso ou coletivo”. Assim, o campo de atuação da ação civil pública teve sensível ampliação, passando a servir de instrumento de tutela de todos os interesses difusos e coletivos, ainda que não enumerados nos incisos I a V, do art. 1º da LACP.

Numa profícua manobra legislativa, os autores do anteprojeto do Código de Defesa do Consumidor fizeram inserir o artigo

<sup>35</sup> Belinetti, Luiz Fernando, tese 40, apresentada 13º Congresso Nacional MP – Curitiba/PR, 1999.

<sup>36</sup> Art. 16, da Lei. 7.34785 (LACP).



21 na Lei 7.347/85 (LACP), com a seguinte redação: “Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da Lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor”, tornando, portanto, aplicáveis à ação civil pública todas as regras processuais inovadoras e tutelares contidas nos arts. 81 a 104 do CDC.

As regras da ação civil pública, a seu turno, aplicam-se também, no que couber, às ações propostas com fundamento no Código de Defesa do Consumidor, ante a previsão expressa do inciso II, do art. 1º, da Lei 7.347/85, a defesa do consumidor.

*“Há, por assim dizer, uma perfeita interação entre os sistemas do CDC e a LACP, que se completam e podem ser aplicadas indistintamente às ações que versem sobre direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais, observando o princípio da especialidade das ações sobre relações de consumo, às quais se aplica o Título III do CDC e só subsidiariamente a LACP. Esse interagir recíproco de ambos os sistemas (CDC e LACP) tornou-se possível em razão da adequada e perfeita compatibilidade que existe entre eles por força do CDC e, principalmente, de suas Disposições Finais, alterando e acrescentando artigos ao texto da Lei n. 7.347/85”.*<sup>37</sup>

Especificamente dentro do tema tributário, a Lei Complementar n.75, de 20 de maio de 1993, que dispõe sobre a organização, as atribuições e o Estatuto do Ministério Público da União, por sua vez, estabelece, em seu artigo 5º, I, e II, alínea “a”:

“Art. 5º São funções institucionais do Ministério Público da União:

I – a defesa da ordem jurídica, do regime democrático, dos interesses sociais e individuais indisponíveis, considerados, dentre outros, os seguintes princípios:

II – zelar pela observância dos princípios constitucionais relativos:

a) ao sistema tributário, às limitações do poder de tributar, à repartição do poder impositivo e das receitas tributárias e aos direitos do contribuinte”.

O artigo 6º do mesmo diploma legal vem complementar essas regras, instrumentalizando a atuação do Ministério Público da União, cujas normas são de aplicação subsidiária aos Ministérios Públicos dos Estados, por força do contido no artigo 80, da Lei n. 8.625/93.

A defesa “coletiva” dos contribuintes revela-se, inexoravelmente, um tema de elevada relevância social, na medida em que, por violação intencional ou não de preceito constitucional, ou infraconstitucional, o Estado/arrecadador submete a sociedade ao odioso constrangimento de satisfazer “obrigação” tributária indevida, com ou sem o seu prévio conhecimento.

A ofensa fiscal, de tal sorte, amolda-se perfeitamente à hipótese conceitual de direitos individuais homogêneos, por decorrer de origem comum e atingir diretamente todos os contribuintes em idêntica situação, ao estabelecer uma relação jurídica injusta, onde o mais fraco (o contribuinte), vítima habitual, quase sempre sucumbe à insensibilidade da Máquina Arrecadadora do Estado.

Ora, onde haverá então interesse social, se interesse social não for exatamente a garantia de uma “ordem tributária” justa e equilibrada? Ao homem de bem, que trabalha e cumpre com as suas obrigações (justas, legais e portanto devidas), os tribunais estão a exigir, em alguns casos, que o contribuinte proponha idêntica ação a outras milhares pelo País a fora, nada obstante a imposição de sacrifícios pessoais e do abarroamento do judiciário.

Nada mais equivocado...!

Mas, para o bem da Nação, há de prevalecer entendimento em sentido contrá-

<sup>37</sup> Nery Júnior, Nelson, Cód. Brasileiro de Defesa do Consumidor, op. cit., pg. 811



rio, que reconheceu (*reconheceu*, porque decorrente de lei expressa) a legitimidade ativa do Órgão de Defesa Social<sup>38</sup> para a tutela das violações fiscais. Ilustra-se com trecho do voto do Relator, o Ministro Demócrito Reinaldo, no Recurso Especial n. 49.272-6/RS, julgado em 21/09/94, 1ª turma do STJ, DJU 17/01/94:

*“Ao meu sentir, o acórdão abjurgado decidiu em descompasso com a lei n. 8.078/90 (art. 117), que, ao inserir no texto da Lei n. 7.347/85, o art. 21, incluiu, na proteção da ação civil pública, os interesses e direitos individuais homogêneos. A lei não distinguiu, ao mencionar direitos individuais homogêneos, se disponíveis ou não, se passíveis ou não de individualização. Averbando Ada P. Grinover, “que já no anteprojeto se buscava completar e aperfeiçoar o texto, aplicando-se a tutela jurisdicional a outros interesses difusos precisamente caracterizados e cuja ausência de solução a nível coletivo, via conflito de massa que constituem grave fato de perturbação social exemplificativa como interesses difusos, dentre outros, os sujeitos passivos de obrigações tributárias, de qualquer natureza” (Ação Civil Pública, pg. 42). Não vislumbro, portanto, como divisar incompatibilidade entre disposto no artigo 21 da Lei n. 7.347/85 e o título III, da lei n. 8.078/90 (arts. 81 a 104). O artigo 21, como se afirmou, acima, apenas acrescentou a legislação preexistente, mais uma hipótese de cabimento da ação civil, possibilitando por essa via, a defesa dos “interesses e direitos individuais homogêneos”. Tendo a feição de normal processual – de legitimação ex-*

*traordinária, através da substituição processual – não se contrapõe aos dispositivos da lei n. 8.078/90, que, também, tem a natureza de regras procedimentais, portanto, a lei é expressa (artigo 21), ao autorizar a proteção dos “direitos individuais homogêneos” por intermédio da ação coletiva “art. 81, III, da Lei n. 8.078/90”. Não há como se restringir a aplicação da lei sob o pretexto de que os titulares do direito uma vez passíveis de identificação, têm ação própria – caso em que ficaria excluída a ação do Ministério Público. A inaplicação da lei só é possível quando se declara a sua inconstitucionalidade, desiderato impossível no âmbito do recurso especial”.*

### **3.2.2.2. A Equiparação entre o Consumidor e o Contribuinte:**

Alguns acórdãos do Superior Tribunal de Justiça, menos acertados, bom que se diga, têm adotado o entendimento de que o consumidor não se equipara ao contribuinte, portanto o Ministério Público não teria legitimidade para a propositura de ação civil pública em matéria tributária.<sup>39</sup>

Tal orientação não sobrevive a detido exame dos dispositivos que compõem o microsistema consumerista. Assim, o artigo 6º do CDC define que “Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços”. O Poder Público, diretamente, ou então suas empresas públicas que desenvolvam atividade de produção, ou ainda as concessionárias

<sup>38</sup> Órgão de Defesa Social, terminologia adotada no 13º Congresso Nacional do Ministério Público, Curitiba, 1999, em referência à nova vocação institucional do Ministério Público, qual seja, a de defensor dos direitos inalienáveis da sociedade, dentro do contexto direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.



de serviços públicos são considerados fornecedores, sobrelevando-se salientar nesse aspecto que um dos direitos dos consumidores expressamente consagrados pelo art. 6º, mais precisamente no seu inc. X, é a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral.<sup>40</sup>

Não há como negar a qualidade de consumidor da coletividade de pessoas obrigadas perante o Fisco Fazendário, uma vez que produtos e serviços são colocados à disposição mediante o pagamento de tributos. “É forçoso concluir, a qualidade de contribuinte não exclui a de consumidor, pois os indivíduos, vivendo sob a soberania do estado, são consumidores de bens e serviços por ele prestados ou colocados à disposição, mediante a contraprestação cobrada na forma de tributos”.<sup>41</sup>

Ainda que se admitisse tal assertiva, permaneceria incólume a legitimidade ativa do *parquet* para a defesa de interesses envolvendo matéria tributária, isso porque, como anotado acima, por tratar-se de direitos individuais homogêneos perfeitamente tuteláveis via ação civil pública.

### 3.2.2.3 Da Não Substituição da Ação Direita de Inconstitucionalidade pela Ação Civil Pública:

Na esteira dos mesmos argumentos acima apresentados, revela-se também equivocado o argumento de que a ação civil pública estaria a substituir a ação direta de inconstitucionalidade, em razão de seu natural efeito *erga omnes* nas ações que buscassem a abstenção da cobrança de tributo indevido.

Destaca-se, aqui, em razão de sua preciosidade, trecho da brilhante tese defendida pelo Promotor de Justiça Voltaire de Freitas Michel, integrante do Ministério Público do Rio Grande do Sul, no 13º Congresso

Nacional do Ministério Público, ocorrido no mês de outubro de 1999, em Curitiba/PR, onde o seu autor sustenta que a “ação civil pública não pode ter como objeto/pedido, a declaração de nulidade da lei que, por exemplo, cria uma taxa para a cobrança de serviço público que não se enquadra no art. 145, inciso II, da Constituição Federal”. Isso porque, segundo o seu raciocínio, só é possível através da ação direta de inconstitucionalidade.

Todavia, admite o douto promotor o exercício útil da ação civil pública contra ofensa aos interesses dos contribuintes, não para buscar-se a declaração de inconstitucionalidade da lei viciada - *in abstracto* -, e retirá-la do ordenamento jurídico, mas incidentalmente, como questão prejudicial do pedido principal, o de obrigação de não fazer, ou seja, de não ser cobrado o tributo. Segue o autor:

*“Nada obsta que se pleiteie, na defesa dos interesses difusos, a suspensão dos atos materiais conducentes à cobrança de tributo (pedido), com base na sua inconstitucionalidade (causa de pedir). Ou seja, a mesma causa de pedir – inconstitucionalidade – pode ensejar a suspensão dos atos materiais conducentes à imposição tributária (através da ação civil pública) ou a declaração da inconstitucionalidade da lei que criou (no caso da ação direta de inconstitucionalidade).”*

A tese em questão segue com fidelidade a doutrina anteriormente sustentada pelos festejados processualistas Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery, adicionando que “São inconfundíveis os objetos da ação civil pública e da ação direta de inconstitucionalidade”. (op. cit., pg. 1016/1017, nota 7 ao art. 1º da Lei de Ação civil Pública).

<sup>39</sup> STJ. Recurso Especial 115.500-PR, 2ª turma, 26.1.1998, DJU 3.8.1998, seção 1, pg.182.

<sup>40</sup> Filomeno, José Geraldo Brito, Cód. Bras. Defesa Consumidor, op. cit. pg.36.

<sup>41</sup> Claro da Silva, Natalício, entendimento brilhantemente sustentado em ação civil pública movida contra a União Federal, junto à 1ª Vara da Justiça Federal, Maringá - Seção Judiciária do Paraná.





Por derradeiro, é perfeitamente legítima e constitucional a propositura de ação civil pública em defesa de transgressão de ordem fiscal, por revelar-se direito individual homogêneo, de largo interesse social.

### CONCLUSÃO

Ao cabo das pesquisas realizadas, constatou-se que o Ministério Público contemporâneo cresceu sobremaneira e alcançou um novo perfil constitucional, o de Órgão de Defesa Social. Destarte, com o advento da Magna Carta de 1988, outras relevantes tarefas foram-lhes confiadas pelo legislador constituinte nas mais diversas áreas de interesse social: consumidor, meio ambiente, patrimônio público, direitos humanos etc.

Vê-se, assim, que ao lado das tradicionais funções na área criminal foram conferidas ao *parquet* outras relevantes funções no cenário social, transformando-o em verdadeiro agente de tutela social.

Reportando-se especificamente ao tema central da pesquisa, “a Legitimidade Ativa do Ministério Público para Tutela dos Interesses e Direitos do Consumidor”, apurou-se de modo seguro que a instituição

enfocada possui legitimidade ativa para o exercício da ação civil pública para a defesa dos interesses e direitos difuso, coletivo e individual homogêneo, compreendida nesta assertiva a tutela também em matéria tributária.

Embora possam existir posicionamentos doutrinário e jurisprudencial nos dois sentidos, padecem de melhor acerto aqueles que pretendem negar ao Ministério Público a legitimidade ativa para a propositura das ações que digam respeito a interesses e direitos individuais homogêneos, bem como em matéria tributária. Pois, como sobejamente demonstrado no presente, a legitimação do *parquet* deflui diretamente de dispositivos constitucionais e infraconstitucionais expressos.

Conclui-se, por fim, que o Ministério Público possui legitimidade ativa para, a seu fundamentado critério, exercitar a ação civil pública em defesa dos direitos dos consumidores, nas hipóteses de interesses e direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, inclusive em matéria tributária, e que tal legitimação é absolutamente constitucional.

João Vicente Davina



**BIBLIOGRAFIA**

- ALVIM, A.; ALVIM, T.; MARINS, J. **Código do consumidor - comentado**. 2.ed. São Paulo: Rev. Tribunais, 1995. 577 p.
- CARVALHO, R. L. S., e outros. **Manual prático do promotor de justiça**. Belo Horizonte: Del Rey. 1997. 352 p.
- CAVALIERI FILHO, S. **Programa de responsabilidade civil**. 2. ed. São Paulo: Malheiros. 1998. 439 p.
- COELHO, F.U. **O empresário e os direitos do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1994. 308 p.
- \_\_\_\_\_. **Direito antitruste brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1995. 171 p.
- CUNHA, B.P. **Antecipação da tutela no código de defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1999. 196 p.
- DA SILVA, O. B. **Curso de processo civil**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. v. 1. 543 p.
- FILOMENO, J.G.B. **Manual de direito do consumidor**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 991. 411 p.
- GRECO FILHO, V. **Direito processual civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1996. 2.v. 464 p.
- GRINOVER, A. P. **Código brasileiro de defesa do consumidor**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998. 916 p.
- THEODORO JUNIOR, H. **Curso de direito processual civil**. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. v.1. 712 p.
- LEAL, R. P. **Teoria geral do processo**. Porto Alegre: Síntese. 1999. 219 p.
- Livro de teses. in: 13.º congresso nacional do ministério público. O ministério público social**. Curitiba-PR, 1999. v. 2. 622 p.
- MACHADO, A.C.C. **A intervenção do ministério público no processo civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva. 1989. 670 p.
- MANCUSO, R.C. **A ação civil pública**. 5 ed. São Paulo: Revista Tribunais, 1998. 356 p.
- \_\_\_\_\_. **Interesses difusos**. 2 ed. São Paulo: Revista Tribunais, 1991. 216 p.
- \_\_\_\_\_. **Manual do consumidor em juízo**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1998. 167 p.
- MARINONI, L. G. **Novas linhas do processo civil**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 1999. 279 p.
- MAZZILI, H.N. **O ministério público na constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1989. 192 p.
- \_\_\_\_\_. **Manual do promotor de justiça**. 2. ed. Rev. Amp. São Paulo: Saraiva, 1991. 663 p.
- \_\_\_\_\_. **O acesso à justiça e o ministério público**. 3. ed. Rev. Amp. Atualiz. São Paulo: Saraiva, 1998. 207 p.
- \_\_\_\_\_. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1990. 231 p.
- MILARÉ, E.. **A ação civil pública na nova ordem constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1990. 206 p.
- MUKAI, T. et al. **Comentários ao código de proteção do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1991. 403 p.
- NERY JUNIOR, N.; ANDRADE NERY, R.M. **Código de processo civil comentado**. 3. ed. Rev. Amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. 2.249 p.
- NUNES, L.A.R. **Manual da monografia jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1997. 207 p.
- OLIVEIRA, J.C. **Código de proteção e defesa do consumidor**. São Paulo: Ed. de Direito, 1998. 784 p.



# A TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA E O NEXO DE CAUSALIDADE NO DIREITO PENAL

Cláudia Aparecida Salge<sup>1</sup>

## EMENTA:

As inúmeras falhas na utilização da teoria da equivalência dos antecedentes adotada pelo art. 13, *caput*, do Código Penal, levam à reflexão acerca do problema do nexo de causalidade no âmbito do Direito Penal. Sobre o tema, a teoria da imputação objetiva enceta aspectos relevantes, que merecem um estudo mais acurado, a fim de promover soluções adequadas às situações fáticas não alcançadas pela denominada teoria da *conditio sine qual non*.

## Sumário

1 - Do posicionamento do nexo de causalidade no conceito analítico de crime. 2 - A teoria da equivalência dos antecedentes e o método da eliminação hipotética. 3 - Dos fundamentos históricos da teoria da imputação objetiva. 4 - Da moderna teoria da imputação objetiva. 4.1 - Da criação de um risco proibido. 4.2 - Do consentimento do

ofendido. 4.3 - Do resultado situado no âmbito do risco provocado pela conduta. 4.4 - Da posição Günther Jakobs. 5 - Da aplicação da teoria da imputação objetiva. 5.1 - Da análise crítica da teoria da imputação objetiva. 5.2 - Das consequências da aplicação da imputação objetiva in concreto.

### 1. Do posicionamento do nexo de causalidade no conceito analítico de crime

O crime, sob o aspecto analítico, pode ser fragmentado em três estratos distintos: tipicidade, ilicitude e culpabilidade, que são indispensáveis para que o fato tenha repercussão na seara do Direito Penal. Na realidade, o crime existe como um todo, como um fato único; apenas para efeito didático faz-se necessário o seccionamento do delito, a fim de facilitar o reconhecimento do fato humano passível de responsabilização criminal.

Considerado, de maneira singela, como fato humano que lesa ou expõe a perigo de lesão bens jurídicos penalmente tutelados, o crime pressupõe uma conduta comissiva (ação) ou omissiva (omissão). Por sua vez, a conduta humana, sob o prisma da teoria finalista elaborada por HANS WELZEL e

adotada pelo Código Penal Brasileiro, deve ser direcionada ao dano efetivo ao bem jurídico protegido pela norma penal, nos casos de delitos dolosos, ou para a causação de um resultado danoso, nas hipóteses de delitos culposos.

Em obediência ao princípio da legalidade, preconizado pela Constituição Federal Brasileira (art. 5º, inciso XXXIX) e pelo Código Penal (art. 1º), a descrição hipotética de uma conduta considerada criminosa constitui o fato típico, o qual, segundo DAMÁSIO E. DE JESUS, se decompõe nos seguintes elementos: a) conduta humana (dolosa ou culposa); b) resultado; c) o nexo de causalidade material entre a conduta comissiva e o resultado; d) enquadramento do fato material (conduta, resultado e nexo causal) a uma norma penal incriminadora (tipicidade).

<sup>1</sup> Juíza Federal Substituta da 2ª Vara da Subseção Judiciária de Uberaba. Docente da Universidade de Uberaba, no Curso de Direito, nas disciplinas Teoria Geral do Direito Penal I e II, no período de Agosto/2003 a Julho/2004.



Como elemento primário do fato típico, a conduta, para a teoria finalista da ação, trata da ação ou omissão humana, consciente e dirigida a uma determinada finalidade, ou seja, o resultado.

Encarado como objetivo precípua da conduta, o resultado pode ser analisado tanto sob o aspecto da teoria naturalística, considerado como uma modificação do mundo exterior provocada pelo comportamento humano; ou sob o aspecto da teoria jurídica, em que se tem a afetação de um interesse protegido pela norma penal, como, por exemplo, a vida, o patrimônio, a honra, dentre outros. Nesta última análise, todos os delitos possuem resultado, inclusive os crimes denominados formais, que não exigem a ocorrência do resultado naturalístico, e os de mera conduta, que não possuem resultado sob o aspecto físico.

O vínculo que liga um resultado a uma conduta é conhecido como nexo de causalidade, ou nexo causal, que se traduz em um elemento objetivo do tipo penal. Para a responsabilização do agente, é imprescindível a verificação do nexo de causalidade entre o resultado e o seu comportamento, sem o que não há que se falar em fato típico.

## 2. A Teoria da equivalência dos antecedentes e o método da eliminação hipotética

Para tratar da questão atinente ao nexo de causalidade, que nos interessa mais especificamente neste estudo, o Código Penal Brasileiro adotou, em seu art. 13, *caput*, a teoria da equivalência dos antecedentes, cuja finalidade, segundo PAULO JOSÉ DA COSTA JÚNIOR, é a de regular “os dois momentos da atividade do julgador: verificação do elo causal entre conduta-

*evento e valoração desse nexo em relação ao Direito”*.<sup>2</sup>

Consoante a teoria da *conditio sine qua non* (equivalência dos antecedentes), que considera como causa a ação sem a qual o resultado não teria ocorrido, para a verificação do nexo de causalidade faz-se necessária a utilização do método de eliminação hipotética elaborado por Thyren. Esse método impõe que, para se aferir se um fator é causa de um resultado, basta, mentalmente, de forma objetiva (sem qualquer valoração), excluí-lo da cadeia causal; se, com sua exclusão, o resultado ainda teria sido produzido, não pode ser considerado causa; ao contrário, se, com sua exclusão, o resultado desaparece, tal fator deve ser considerado causa.

Suponhamos que, arriados nas lições de DAMÁSIO E. DE JESUS, “*A tenha matado B. O fato típico do homicídio possui uma série de condutas antecedentes, como a fabricação do revólver, sua aquisição pelo comerciante, a compra pelo agente etc. Excluindo-se, p. ex., a fabricação da arma, o resultado não teria ocorrido. Logo, o fabrico da arma é considerado causa*”.<sup>3</sup>

Ora, não há plausibilidade nenhuma em se atribuir ao fabricante ou ao comerciante de armas de fogo a responsabilidade pelos atos ilícitos praticados com os aludidos artefatos, posto que esse raciocínio poderia levar, inclusive, à absurda responsabilização dos pais do assassino, pela sua concepção, mediante um inocente ato de amor.

A principal crítica levantada pelos estudiosos do Direito no tocante à aplicação da teoria da equivalência dos antecedentes é exatamente neste sentido, ou seja, a operação denominada *regressus ad infinitum*, segundo a qual se inserem na cadeia causal indivíduos que não contribuíram efetivamente para a ocorrência do resultado, como no exemplo

<sup>2</sup> Do nexo causal, São Paulo, Malheiros Ed., 1996, p. 102, lembrado por MIGUEL REALE JÚNIOR, Teoria do Delito, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998, p. 178, n. 2.4; citado por DAMÁSIO E. DE JESUS, in Imputação Objetiva, Ed. Saraiva, 2a edição, 2002, p. 6.

<sup>3</sup> In ob. cit., p. 6/7.



supramencionado, o fabricante e o comerciante da arma utilizada para a prática criminosa. Esses indivíduos somente são excluídos da responsabilidade penal pelo fato delituoso em face da aplicação do nexo normativo, qual seja, mediante a verificação da existência ou não de dolo ou culpa *stricto sensu* em suas condutas, operação esta que se efetua após a constatação do nexo objetivo. Ausente um dos elementos subjetivos da conduta (intencionalidade), afasta-se a responsabilidade criminal, evitando, assim, os absurdos jurídicos de chegar-se, até mesmo, a responsabilizar os pais do criminoso, assim como o fabricante de automóveis pelos delitos culposos no trânsito.

Na realidade, percebe-se que a teoria da equivalência dos antecedentes se constitui em mera constatação objetiva do liame existente entre o resultado e as suas respectivas causas, sendo que esse vínculo se fundamenta exclusivamente no campo das ciências físicas, como um raciocínio matemático, relacionado às ciências exatas, flagrantemente destoante da intencionalidade da conduta que requer a teoria finalista da ação elaborada por WELZEL e adotada pelo Código Penal Brasileiro.

Ademais, a teoria adotada pelo art. 13, *caput*, do Código Penal, por estabelecer uma relação meramente física entre a conduta e o resultado, deixa de regular os denominados crimes formais e de mera conduta, que independem da provocação de um resultado naturalístico.

Denota-se claramente que a teoria da *conditio sine qua non* possui um elo profundo com a teoria naturalista ou causal da ação, que exige, apenas, para a configuração da responsabilização penal, o vínculo objetivo entre a conduta do agente e o resultado, olvidando o elemento intencional da ação.

Apresenta-se, portanto, a teoria da equivalência dos antecedentes incapaz de solucionar questões complexas que povoam o mundo jurídico atual, tais como a dupla causalidade alternativa (autoria colateral); a dupla causalidade concomitante (em que nenhuma das condutas, sozinha, poderia provocar o resultado, mas somadas atingem o desiderato final); na hipótese em que o resultado ocorreria de qualquer modo (p. ex., o médico que desliga os aparelhos que mantêm vivo um paciente terminal, com danos cerebrais irreversíveis, acelerando a sua morte); os desvios dos cursos causais (p. ex., o ladrão principiante, trêmulo e inseguro que aponta um estilete para a vítima, um homenzarrão, e anuncia o assalto; a vítima se apavora, sofre um infarto e morre). Todas essas situações, bem lembradas por EDILSON MOUGENOT BONFIM e FERNANDO CAPEZ<sup>4</sup>, não conseguem ser solucionadas com a utilização do art. 13, *caput*, do CP, requerendo a evolução do pensamento jurídico no tocante ao nexo de causalidade.

### 3. Dos fundamentos históricos da teoria da imputação objetiva

Diante das constantes e justificadas críticas apontadas pelos estudiosos em relação ao absolutismo caracterizado pela utilização da *conditio sine qua non*, na Alemanha, logo após a Segunda Grande Guerra Mundial, foram lançadas as primeiras bases da teoria da imputação objetiva, cuja finalidade era a de substituir o nexo causal puramente material pela relação jurídica (normativa) entre a conduta e o resultado.<sup>5</sup> O que se pretende, portanto, com a teoria da imputação objetiva é, na realidade, abandonar a relação de causalidade, como único vínculo entre a ação e o resultado, e passar analisar o nexo causal também sob o aspecto jurídico.

Cumprido, todavia, lembrar que os

<sup>4</sup> Direito Penal – Parte Geral, São Paulo, Ed. Saraiva, 2004, p. 340/341.

<sup>5</sup> JESÚS, Damásio E. de, in ob. cit., p. 23.



pilares fundamentais da teoria da imputação objetiva vêm de tempos remotos, eis que, já na obra de PLATÃO, “A República”, é possível vislumbrar nuances relacionadas à matéria em comento. Na referida obra, o aspecto positivo das leis torna-se relevante na oportunidade que a lei deve exercer, especialmente no âmbito penal, uma função imperativa, função esta que se relaciona, sob o ponto de vista filosófico, com o início da noção de imputação (a lei como definidora da imputabilidade do ato). A imputação, então, passa a ter uma idéia de produção de algo de acordo com determinada norma.<sup>6</sup>

ARISTÓTELES, por sua vez, desenvolveu com maior clareza os princípios da imputação, tomando como cerne as categorias ontológicas (estrutura da ação humana). Segundo o seu raciocínio, uma conduta somente pode ser imputável se estiver no âmbito de controle de seu autor, do qual se poderia esperar um comportamento diverso. É o que denomina de “liberdade natural” ou “livre determinação de agir”. Somente os atos que estão sob o domínio da vontade podem ser suscetíveis de imputação.<sup>7</sup>

SAMUEL PUFENDORF, em seqüência aos trabalhos de Aristóteles, reelaborou a doutrina de imputação sobre as bases já lançadas. Os estudos por ele empreendidos levaram a um conceito de imputação, que pela primeira vez surgia na ciência do Direito Penal, ao afirmar que apenas os resultados que dependam da vontade humana ou que sejam domináveis por ela podem ser imputáveis ao homem como obra sua. Os principais fundamentos de sua teoria são no sentido de que o homem, como ser racional, diferente dos demais animais, é capaz de dominar e dirigir os seus

movimentos através de suas decisões. Por sua vez, essa capacidade encontra os seus limites nos princípios que regem a conduta humana, uma vez que o homem, ao integrar a natureza, pode intervir nos processos causais e conduzi-los de acordo com suas próprias intenções. Pufendorf utilizou-se de duas expressões, a saber: a *imputativitas* e a *imputatio*. A primeira (*imputativitas*) significa que a ação pertencerá ao agente quando representar a sua livre autodeterminação (consciência e vontade); enquanto que a segunda (*imputatio*) refere-se às operações judiciais realizadas para comprovar a ocorrência dos elementos que compõem a *imputativitas* e para proceder à valoração do evento. A valoração do ocorrido demanda a distinção dos *entia physica*, que se relacionam aos objetos de natureza física, regidos pela lei natural, dos *entia moralia*, que pertencem ao mundo da cultura, conferindo direção e sentido às ações livres do homem, ao estabelecer critérios para ajustar a liberdade de ação (juízo de valoração).<sup>8</sup>

No início do século XIX, GEORG HEGEL elaborou um princípio que serviu de fundamento para a moderna teoria da imputação objetiva, ao afirmar que um fato somente pode ser imputado como responsabilidade da vontade de seu autor. A dominação da vontade é pressuposto para a imputação, e o juízo de imputação trata de um juízo teleológico e não causal.<sup>9</sup> A inovação trazida por Hegel, em relação à doutrina desenvolvida por Pufendorf, é no sentido de que a imputação não se sobrepõe à responsabilidade, não se confundindo com a culpabilidade, ao contrário do que afirmava este último, que entendia a ação como vontade livre realizada por um sujeito

<sup>6</sup> PRADO, Luiz Régis e CARVALHO, Erika Mendes de, in Teorias da Imputação Objetiva do Resultado, São Paulo, Ed. RT, 2002, p. 18.

<sup>7</sup> MORALES, Diego Medina, Derecho y Libertad. La teoría de la imputabilidad em Aristóteles. Cuadernos de Política Criminal, n. 55, p. 134 e ss.; apud Luiz Régis Prado, in ob. cit., p. 19/20.

<sup>8</sup> WELZEL, Hans, La dottrina giusnaturalistica di Samuel Pufendorf. Um contributo alla storia delle idee dei secoli XVII e XVIII, p. 119 e ss., citado por Luiz Régis Prado, in ob. cit. P. 21/22.

<sup>9</sup> HEGEL, Georg, Princípios da filosofia do direito, p. 110; apud Luiz Régis Prado, in ob. cit., p. 27/30.



imputável. A deficiência encontrada no conceito de Hegel reside nos delitos culposos, cujos resultados não se encontram no âmbito da vontade do agente.

Em direção oposta aos estudos de Aristóteles, Punfendorf e Hegel, surge a doutrina de KARL LARENZ, que defende a tese de que o critério fundamental para atribuir um fato a alguém se encontra no denominado “juízo de imputação”, explicando que a imputação corresponde à tentativa de delimitar um fato próprio de um acontecimento puramente fortuito, servindo meramente para determinar se o acontecimento é obra ou não do sujeito.<sup>10</sup> Larenz busca, com sua teoria baseada em aspectos objetivos, englobar, além dos fatos conhecidos e desejados pelo sujeito (dolosos), também os que poderiam ser, mas não foram, abarcados por sua vontade (culposos). Para Larenz, a imputação se subsume na possibilidade de previsão e domínio dos cursos causais, e é designada objetiva porque a mencionada possibilidade de previsão não é considerada com base na capacidade e na ciência do sujeito ativo, *in concreto*, mas consoante um critério geral e objetivo, o do “homem inteligente e prudente” (homem comum).

Atualmente, na Espanha e Alemanha, a doutrina da imputação objetiva procura elaborar critérios normativos, cuja finalidade precípua é a de atribuir determinado resultado a uma conduta ativa ou omissiva. RICHARD HONIG é considerado o precursor desse pensamento jurídico, justificando a imputação objetiva não como imputação do comportamento, mas sim como imputação do resultado. Para Honig, não se trata de aferir a causalidade, mas de atribuir-lhe valor, sendo, portanto, imputáveis os resultados que podem ser finalmente vislumbrados por seu autor (finalidade objetiva).<sup>11</sup> A relevância para a imputação objetiva, sob os critérios de

Honig, é saber se o sujeito possuía condições de, com seu comportamento, realizar ou evitar o resultado, afastando, por conseguinte, os eventos produzidos fortuitamente (requer previsibilidade e direção da vontade humana).

#### 4. Da moderna teoria da imputação objetiva

Com o avanço dos estudos elaborados em torno da teoria da imputação objetiva, chegou-se, no início da década de 70, a uma concepção moderna sobre a matéria, elaborada por CLAUS ROXIN. Fundamentando suas conclusões em critérios normativos para responsabilização de delitos materiais (dolosos e culposos), Roxin pretendia contribuir para a reformulação da teoria da imputação objetiva desvinculada do dogma causal. A partir de então, formulou-se o princípio do risco, segundo o qual, para aferir a responsabilidade do agente pelo resultado, o importante é verificar se a conduta criou ou não um risco juridicamente relevante de lesão típica de um bem jurídico penalmente tutelado.<sup>12</sup>

Sustenta Roxin que somente é imputável ao agente o resultado que pode ser finalmente previsto e dirigido por sua vontade, pugnando pela realização de um curso causal dominável pelo elemento volitivo, em perfeita consonância com a teoria finalista da ação. A vontade, portanto, seria dirigida à criação de um risco juridicamente relevante a um bem jurídico protegido pela norma penal.

Partindo-se da premissa de que a teoria da imputação objetiva requer a criação de um risco juridicamente desaprovado, colige-se que, para a existência de um fato típico, fazem-se necessários os seguintes requisitos: a) conduta criadora de um risco para a ocorrência do resultado, e este risco deve ser proibido; b) o resultado naturalístico deve se encontrar no âmbito do risco

<sup>10</sup> MELIÁ, Cancio e GONZÁLEZ, Suárez, apud Luiz Régis Prado, in ob. cit., p. 30/31.

<sup>11</sup> Citado por Luiz Régis Prado, in ob. cit., p. 34/35.

<sup>12</sup> Idem, p. 64.



provocado pela conduta.

#### 4.1. Da criação de um risco proibido

Como seres humanos integrantes de uma coletividade, todos nós corremos, diariamente, riscos, que podem ou não provocar algum dano a bens jurídicos protegidos pelo Direito Penal. Entretanto, o risco ensejador da imputação objetiva de um resultado ao seu autor não trata de qualquer risco, excluindo-se do âmbito da norma penal os denominados riscos permitidos ou tolerados pelo convívio social.

Riscos toleráveis são os aceitos socialmente como normais e inerentes ao desenvolvimento da coletividade, tais como os veículos automotores que, embora perigosos se manejados de maneira inadequada, são necessários ao transporte de pessoas e objetos essenciais à sociedade. Não se pode, assim, atribuir ao fabricante de veículos a responsabilidade pelos acidentes e mortes provocadas pelo mau uso dos automóveis, pois tais infortúnios se consideram riscos tolerados. Sopesando, no caso em exame, os benefícios advindos com o uso dos automóveis e os perigos trazidos com sua utilização, num critério de custo-benefício, a sociedade é quem deve decidir pela tolerabilidade dos riscos, assumindo-os como imprescindíveis ao conseqüente progresso, ou pela assunção de menos perigo, mas com estagnação da evolução social.

Entrementes, segundo EDILSON MOUGENOT BONFIM e FERNANDO CAPEZ, “o que deve ser feito é cobrar de cada um de acordo com o papel social que representa, cujos limites serão estabelecidos pela aspiração geral dos membros da coletividade”.<sup>13</sup>

Se o autor, embora tendo provocado um resultado lesivo, se tiver conduzido de maneira a criar uma situação de risco tolerável

ou permitido, não há como se lhe imputar tal resultado. Ao contrário, se o autor, com sua conduta, tiver provocado um risco juridicamente proibido ou, ainda, se tiver aumentado o risco permitido, então o resultado poderá ser-lhe imputado.

A teor dos ensinamentos de GÜNTHER JAKOBS, a mera causação do resultado, mesmo na modalidade dolosa, não é suficiente para aferir a imputação ao agente, eis que, se “o Direito Penal tivesse por fim eliminar todo e qualquer risco resultante do contato social, mediante a prevenção geral e especial (previsão in abstracto e aplicação efetiva da sanção penal), a sociedade ficaria completamente paralisada”.<sup>14</sup>

Aqui se estabelece uma íntima ligação entre a teoria da imputação objetiva e o princípio da adequação social, elaborado por WELZEL, tomando-se por base a circunstância de que um fato socialmente adequado corresponde a um comportamento permitido e tolerado, não correspondendo a um risco proibido, o que leva à atipicidade da conduta adotada pelo agente.

O que fundamenta a aceitação social de determinadas condutas é o fato de se tratar de uma relação denominada “contatos sociais”, em que cada um dos envolvidos espera do outro o cumprimento de seu papel social. Distanciando-se de seu papel social, o agente engendra um risco proibido, não tolerado pela ordem jurídica.

Por outro lado, há que se verificar que as relações sociais se fundamentam no princípio da confiança, em que cada um dos membros da sociedade, ao adotar condutas em conformidade com as regras jurídicas de comportamento, mantendo-se em seu papel social, possui o direito de esperar do outro que proceda da mesma forma. Sob esse aspecto, ninguém é obrigado a fiscalizar o comportamento alheio, a fim de eliminar quaisquer riscos de lesão, cabendo a cada

<sup>13</sup> In ob. cit., p. 352

<sup>14</sup> Apud Edilson M. Bonfim e Fernando Capez, in ob. cit., p. 354.



um a responsabilidade por suas próprias condutas. É o que se depreende do exemplo mencionado por EDILSON BONFIM e CAPEZ: “*o médico confia que o auxiliar vá lhe passar um bisturi esterilizado; se isso não ocorre e o paciente morre por infecção, o cirurgião não criou um risco proibido, e não responderá, assim, pelo resultado*”.<sup>15</sup>

#### 4.2. Do consentimento do ofendido

Impende considerar, ainda, que a aquiescência do titular do bem jurídico ofendido em participar do evento danoso, aderindo ao comportamento do agente, é capaz de afastar a imputação objetiva do resultado.

Ao contrário do posicionamento adotado pela doutrina tradicional, que enfrenta a questão do consentimento do ofendido como causa supralegal de exclusão da ilicitude, atuando sobre o segundo elemento do crime, a teoria da imputação objetiva trabalha a matéria no âmbito do próprio tipo penal, tornando atípica a conduta do agente, por considerar que o resultado se origina de um risco permitido.

Ante o consentimento válido do ofendido, a ação passa a se desenvolver sob a égide de um risco perfeitamente tolerado pela sociedade, como representação do livre-arbítrio no contexto social, sendo incapaz de lesar o bem jurídico penalmente tutelado. Tal raciocínio se justifica pelo fato de que, segundo HIRSCH, “todo aquele que concorda com um comportamento perigoso assume conscientemente o risco de uma lesão, eliminando a antinormatividade da conduta do outro que, devidamente autorizado pelo interessado, realizou a conduta perigosa, a qual acabou por provocar a lesão a bem jurídico”.<sup>16</sup>

Para o fim de afastar a proibição do risco, o consentimento do ofendido não deve

necessariamente abranger a lesão, sendo suficiente que o titular do bem jurídico, consciente do perigo, consinta na adoção, por parte do agente, de um comportamento contrário às normas do dever de cuidado. Retorna-se, assim, ao cálculo do custo-benefício, em que o ofendido é capaz de sopesar os riscos e os benefícios advindos com a conduta do agente, optando pela situação de perigo.

Nessa linha de raciocínio, ao mencionarem o exemplo lembrado por ANTÔNIO LUIS CHAVES DE CAMARGO, *in* Imputação Objetiva, EDILSON BONFIM e FERNANDO CAPEZ estabelecem em que situações pode-se considerar o consentimento do ofendido como causa de exclusão do risco proibido, a saber: “O Tribunal Supremo alemão, no ano de 1984, num denominado caso de seringa, absolveu o autor de um crime culposo, porque havia cedido heroína a um viciado, que a injetou, causando-lhe a morte. Ficou patenteado que a heroína tem um risco intrínseco que é do conhecimento da vítima e esta se colocou em perigo, afastando a imputação do autor que lhe cedeu a droga para ser injetada”.<sup>17</sup>

Para alguns autores, como SCHAFFSTEIN, não importa se o bem jurídico se encontra ou não dentro da esfera de disponibilidade de seu titular, uma vez que este não está consentindo na lesão em si mesma, mas somente na situação criadora do risco. Neste sentido, é possível a disponibilidade da vida humana, consoante a citação de MANUEL DA COSTA ANDRADE.<sup>18</sup>

Há que se falar, inclusive, em situações nas quais a vítima deixa de adotar as cautelas devidas de autoproteção e, com seu comportamento descuidado, coloca-se em circunstâncias de perigo, afastando a responsabilidade do autor da conduta pelo resultado provocado. É o caso citado por

<sup>15</sup> *In*, ob. cit., p. 357/358.

<sup>16</sup> *Apud* Edilson M. Bonfim e Fernando Capez, *in* ob. cit., p. 359/360.

<sup>17</sup> *Idem*, p. 361.

<sup>18</sup> *In* Consentimento e acordo em Direito Penal, cit. Por Edilson Bonfim e Fernando Capez, *in* ob. cit., p. 359.

EDILSON BONFIM e CAPEZ, em que um lutador de judô, ainda não recuperado de uma lesão na vértebra, insiste em participar de uma competição e ao receber um golpe normal de seu adversário, sofre uma queda e vem a falecer em virtude das lesões sofridas.<sup>19</sup> Não há, portanto, que se falar em responsabilização penal do autor do golpe, que não criou e nem incrementou nenhum risco anormal para a vítima.

Urge assinalar, ademais, que, se o autor se comportou de forma a reduzir o risco de lesão, acaba por adotar um comportamento em conformidade com a norma, o que leva à atipicidade de sua conduta. É o que ocorre, portanto, com o agente que afasta uma pedra, que foi arremessada em direção à cabeça da vítima, projetando-a para o braço, diminuindo, com seu comportamento, a gravidade da lesão à integridade física do ofendido. Nesse caso, o agente não responde pela lesão, eis que a sua ação protegeu o bem jurídico tutelado pela norma penal.

#### 4.3. Do resultado situado no âmbito do risco provocado pela conduta

Em que pese à existência da provocação de um risco proibido, para a configuração da imputação objetiva é inexorável que o resultado naturalístico se encontre dentro da linha de desdobramento causal da conduta adotada pelo agente, estando sob o seu domínio causal.

Não se admitem, em sede de imputação objetiva, os denominados desvios causais, considerados como interferências não previstas no desenvolvimento da cadeia de causalidade, rompendo o nexo e a responsabilização do agente pelo resultado físico.

DAMÁSIO E. DE JESUS, referindo-se à questão como “âmbito ou extensão da tutela penal” ou “alcance do tipo”, fornece

exaustivamente exemplos de situações em que ocorre a ruptura do nexo causal em razão dessas interferências, citando, ainda, GÜNTHER JAKOBS, ao creditar o resultado ao “infortúnio da vítima” ou “*mala suerte*”. O Professor DAMÁSIO menciona, ainda, um exemplo fornecido por MANUEL CANCIO MELIÁ, em que “um motorista, conduzindo um caminhão por uma rodovia, recolhe uma jovem que estava fazendo *autostop*, propondo-lhe relações sexuais. A moça se nega. Ele insiste. Ela lhe pede que estacione o veículo, caso contrário vai jogar-se para fora do caminhão em movimento. Ele se nega. Ela abre a porta e se lança no asfalto, ferindo-se gravemente”<sup>20</sup>, sendo a hipótese correspondente a fatos reais.

As soluções possíveis são apresentadas por MANUEL CANCIO MELIÁ, que traça as seguintes recomendações, citadas por DAMÁSIO DE JESUS: a) na situação em que o comportamento da vítima se constitui em reação grosseira ante a conduta do motorista, que não colocava em risco sério a nenhum bem jurídico a ela pertencente, o agente não responde pelas lesões; b) ao contrário, se a conduta do motorista gerou uma situação de iminente risco sexual à vítima, ocorre a imputação objetiva do resultado ao agente.

Neste sentido, é possível a adoção do pensamento de CLAUS ROXIN, ao afirmar que a imputação objetiva vai além da atribuição do resultado naturalístico à conduta, buscando estabelecer os requisitos para unir o resultado jurídico (lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico) ao comportamento do agente, com a aferição da violação do interesse tutelado pela norma penal, o que pode ser aplicado tanto nos crimes materiais (com resultado naturalístico), como nos formais e de mera conduta, os quais, embora dispensem o resultado físico, possuem resultado normativo.

Mediante a constatação da criação,

<sup>19</sup> In ob. cit., p. 361.

<sup>20</sup> In ob. cit., p. 91.

por parte do agente, de uma situação de risco proibido, bem como de uma afetação do bem jurídico tutelado pela norma penal situado no âmbito do risco provocado pelo comportamento, apura-se a existência de imputação objetiva. Somente depois é que se passa à segunda fase da apuração do nexo de causalidade, a partir do que se verifica a presença de dolo ou culpa na conduta do agente (nexo normativo).

É forçoso, assim, concluir que a teoria da imputação objetiva passa a significar o enquadramento da conduta ao tipo legal, sob o aspecto objetivo (V. GOMEZ BENITEZ, Causalidad, imputación objetiva y delitos cualificados por el resultado, apud EDILSON BONFIM e FERNANDO CAPEZ).<sup>21</sup>

#### 4.4. Da posição de Günther Jakobs

Dentre os estudiosos da moderna teoria da imputação objetiva, GÜNTHER JAKOBS adota um posicionamento peculiar, entendendo-a como uma teoria do tipo objetivo. No contexto elaborado por Jakobs, o Direito Penal se ocupa da interação das relações sociais, concebendo o injusto como expressão de sentido (perturbação social) incompatível com a norma.<sup>22</sup> Neste aspecto, só é possível determinar a conexão entre uma conduta não permitida e o seu respectivo resultado se a hipótese se configurar uma modificação planificada do mundo, isto é, como algo planejado pelo agente.

A partir da dogmática de Jakobs, o princípio específico da imputação objetiva consiste na ordenação normativa do mundo, fundado em relações de competência, em que a representação de cada comportamento depende de seu contexto social, ou seja, torna-se mister traçar os limites entre as condutas socialmente adequadas e os comportamentos reprovados pelo meio social.

Sob este prisma, a imputação objetiva passa a consistir na interpretação de um comportamento, sendo definida com base em critérios eminentemente objetivos, considerando-se que apenas os comportamentos perigosos *ex ante* podem ser penalmente valorados. As normas funcionam como modelos ou, consoante a designação de Jakobs, “standards” de comportamento que servem para orientar as condutas dos membros da sociedade, e a valoração das condutas se faz mediante a análise do cumprimento ou não por parte do sujeito do seu papel social. O conteúdo axiológico dos comportamentos depende, em qualquer hipótese, da finalidade atribuída ao Direito Penal em um determinado contexto social, e não de categorias pré-jurídicas.

A finalidade principal da imputação objetiva do comportamento consiste em imputar ao respectivo agente os desvios de sua atuação com relação às expectativas que se inserem ao portador de um papel social. Isso quer dizer que não interessam as capacidades pessoais de quem atua, mas sim as capacidades (em potencial) do portador de um papel, cuja acepção se resume em um sistema de posições delimitadas de maneira normativa, ocupadas por indivíduos aos quais Jakobs denomina “intercambiáveis”.<sup>23</sup>

No primeiro nível da análise, ou seja, acerca da imputação de comportamentos, Jakobs propõe quatro critérios básicos, a saber: a) o risco permitido (estado normal de interação social, respeitados os limites individuais de liberdade estatuídos coletivamente); b) o princípio da confiança; c) a proibição de regresso (limitadora do âmbito de participação punível a teor da imputação objetiva com base em critérios objetivo-normativos); e d) a competência da vítima.

Quanto à imputação do resultado, que corresponde ao segundo estrato de sua

<sup>21</sup> In ob. cit., p. 365.

<sup>22</sup> Apud Luiz Regis Prado, in ob. cit, p. 109.

<sup>23</sup> JAKOBS, Günther, A imputação objetiva no Direito Penal, Trad. André Luis Callegari, RT., 2000, p. 20.

análise, Jakobs não obteve o mesmo êxito experimentado no primeiro nível de seus estudos. A sua definição de risco corresponde ao conjunto de condições explicativas de um acontecimento, o que visa vincular a realização de riscos ao nível de imputação do comportamento. Por sua vez, a função que todo sistema de imputação penal deve cumprir na sociedade é no sentido de possibilitar a orientação no mundo social, organizando e garantindo que cada um de seus membros adote comportamentos essenciais.<sup>24</sup>

Jakobs pugna, ainda, por uma concepção extensiva de autoria, considerando que tanto autores quanto partícipes se apresentam como criadores de uma mesma unidade de sentido, adotando um critério quantitativo e não qualificativo, posto que a responsabilidade de todos os intervenientes no fato delituoso seria idêntica.<sup>25</sup>

Sinteticamente, pode-se concluir que a relevância jurídico-penal de um comportamento, sob o enfoque de Jakobs, manifesta-se através do denominado “tipo objetivo”, expressando uma vertente objetiva do injusto mediante a constatação de uma perturbação social.

Sérias críticas se insurgiram em relação à teoria da imputação objetiva como teoria do tipo objetivo, erigida por Jakobs, e dentre as mais contundentes se destaca a argumentação de que seu fundamento teórico se estabelece na teoria do sistema social. HANS HIRSCH, um estudioso cético com relação à questão da fundamentação da culpabilidade sobre fins preventivos gerais, como pretende Jakobs, salienta que “dentro dessa concepção, a pena estaria a serviço do ‘exercício de fidelidade ao Direito’, ou seja, teria como fim a chamada prevenção geral positiva”.<sup>26</sup>

<sup>24</sup> Idem, p. 113.

<sup>25</sup> JAKOBS, Günther, Prólogo à obra *La imputación objetiva em Derecho Penal*, p. 11, apud Luiz Régis Prado, in ob. cit., p. 112.

<sup>26</sup> HIRSCH, Hans Joachim, *El desarrollo de la dogmática penal después de Welzel*, Obras completas, t. I, p. 28-29, apud Luiz Régis Prado, in ob. cit., p. 120.

<sup>27</sup> In ob. cit., p. 34.

ROXIN, por seu turno, observa que a teoria de Jakobs (funcionalismo sistêmico) parte de um pressuposto básico, qual seja, o de que as sociedades devem estar organizadas funcionalmente. Se tal desiderato se concretiza na realidade, a função do Direito Penal se encontra claramente definida. Ao contrário, nas sociedades estruturadas de modo disfuncional, a missão do Direito Penal deve ser estabelecida.

## 5. Da aplicação da teoria da imputação objetiva

Para DAMÁSIO E. DE JESUS, “imputação objetiva significa atribuir a alguém a realização de uma conduta criadora de um relevante risco juridicamente proibido e a produção de um resultado jurídico”.<sup>27</sup>

Segundo, ainda, o renomado Professor, no futuro, a teoria da imputação objetiva poderá ser aplicada em todos os tipos de delitos, sejam dolosos ou culposos, e de qualquer natureza (materiais, formais ou de mera conduta). Todavia, ressalta que, na atualidade, a imputação objetiva é utilizada pela doutrina e pela jurisprudência estrangeira apenas em relação aos delitos de ação e resultado.

A opinião do Professor Damásio traduz-se na adequação da teoria da imputação objetiva para solucionar problemas relativos a: a) crimes contra as relações de consumo, em que se constata a responsabilidade penal pelo produto, o livre comércio e a criação de risco juridicamente proibido recaindo sobre bens jurídicos do consumidor, dentre outros; b) crimes de trânsito: bem jurídico, direção normal e anormal em estado de embriaguez, direção normal sem habilitação legal, “racha” com resultado de morte ou lesões corporais, participação da vítima como excludente da



tipicidade; c) armas de fogo: princípio da ofensividade, guarda e posse sem registro no âmbito da residência particular; d) transmissão de doenças, como a AIDS; e) crimes de tóxicos: objetividade jurídica, princípio da ofensividade, fornecimento de entorpecente com resultado letal (overdose), porte e posse de droga para o próprio consumo; f) delitos relativos à atividade médico-cirúrgica: problemas concernentes ao dever de cuidado, limites da liberdade científica do médico, consentimento do paciente ou de seus familiares, erro médico, erro profissional; g) crimes contra as relações de trabalho: responsabilidade penal do empregador (segurança do trabalho); h) delitos ocorridos nas dependências carcerárias: responsabilidade dos agentes penitenciários em relação aos detentos; i) responsabilidade hospitalar (infecções hospitalares); j) crimes tributários provocados por conduta criadora de risco relevante e juridicamente desaprovado no interior da empresa; l) violência policial; m) crimes comuns contra a honra (tipos penais definidos no Código Penal e na Lei de Imprensa).<sup>28</sup>

### 5.1. Da análise crítica da teoria da imputação objetiva

Conforme se depreende da concepção finalista, assim como dos doutrinadores clássicos, a teoria da imputação objetiva apresenta pontos críticos, que obstam a sua utilização prática, merecendo um estudo mais profícuo, a fim de sanar as suas deficiências.

Segundo a corrente doutrinária divergente, a teoria da imputação objetiva carece de determinação de conceitos, tais como o “risco desaprovado”, “realização de risco” e “fim” ou “âmbito de proteção”, o que fere o garantismo penal, por

desobediência ao princípio da legalidade (*lex certa*).

A teoria da imputação objetiva, para os críticos, atribui uma excessiva relevância ao desvalor do resultado, ocupando, inclusive, o espaço destinado ao dolo. O que se argumenta a propósito é que, estando o dolo presente na conduta como elemento subjetivo implícito, e conseqüentemente inserido no tipo penal, a sua ausência já conduz à atipicidade da conduta, não havendo necessidade de se recorrer à imputação objetiva para excluir a tipicidade do fato. Diante de tal raciocínio, é possível inferir que a consideração da ausência do dolo resolve determinados problemas que a teoria da imputação objetiva remete ao terreno do risco, como ocorre nos denominados perigos normais da vida social.<sup>29</sup>

Faltariam, também, na teoria da imputação objetiva, conceitos adequados ao crime culposo, posto que a imputação objetiva não fez mais do que, ao mencionar a denominada “criação de risco juridicamente proibido”, adotar o critério da “inobservância do dever de cuidado objetivo necessário”, o que corresponde ao elemento normativo da figura típica do delito na modalidade culposa.

Por fim, assinala-se que a conversão do risco em resultado jurídico é questão relacionada à ilicitude e não à tipicidade, eis que a afetação jurídica do bem protegido pela norma penal, através da lesão ou ameaça de lesão, é matéria afeta à ilicitude do fato, e não ao tipo penal.

Diante das críticas formuladas, os defensores da teoria da imputação objetiva insurgiram-se contra os argumentos ventilados em seu desfavor, primeiramente, no que concerne à ausência de conceitos claros e precisos. Neste ponto, aduzem que expressões como “risco permitido”, “risco proibido ou juridicamente desaprovado”,

<sup>28</sup> In ob. cit., p. 157/158.

<sup>29</sup> FRISCH, Wolfgang, Tipo penal e imputación objetiva, Madrid, Colex, 1995, p. 64, apud Damásio E. de Jesus, in ob. cit., p. 158/159.



“âmbito de proteção da norma”, revelam, na realidade, os elementos normativos do tipo, como já adotado pela doutrina clássica e finalista (“mulher honesta”, “fraudulentamente”, “indevidamente”, dentre outros). Ressaltam estes estudiosos que o dolo do tipo jamais recebeu tratamento uniforme, alertando que a culpa *stricto sensu* (inobservância do cuidado objetivo) cuida de um conceito aberto, que necessita de uma valoração a ser apreciada pelo julgador, mediante a comparação entre a provável atuação do chamado “homem médio” na mesma situação fática em que se encontra o autor do fato delitivo.

Afastam, em seguida, a alegação de que a teoria da imputação objetiva estaria ocupando o espaço do dolo, esclarecendo que a imputação objetiva não cuida especificamente do dolo, bastando a representação do sujeito ativo em relação à situação concreta para o fim de se enquadrar a conduta provocadora do risco juridicamente proibido em determinado tipo penal. A verificação da presença ou não do dolo resta postergada, portanto.

Refutam a idéia de que toda afetação jurídica pertence à ilicitude, posto que, se assim fosse, a simples criação do risco tornaria típica qualquer conduta, mesmo que se tratasse de risco permitido, livrando o agente da persecução penal somente quando da análise do segundo elemento integrante do crime (ilicitude). Assim, condutas socialmente aceitas, tais como furar as orelhas, fazer uma tatuagem, as práticas desportivas, dentre tantas, seriam consideradas típicas, demandando a constatação da ilicitude para serem consideradas crimes ou não.

## 5.2. Das conseqüências da aplicação da imputação objetiva *in concreto*

Consoante os ensinamentos do Professor DAMÁSIO<sup>30</sup>, arrimado nos

estudos de MANUEL A. ABANTO VÁSQUEZ, CARLOS SUÁREZ GONZÁLEZ e MANUEL CANCIO MELIÁ, inserem-se inúmeras vantagens com a aplicação da teoria da imputação objetiva.

Inicialmente, enfatiza que o dogma de causalidade (teoria da equivalência dos antecedentes) utilizado pelo Código Penal abarca somente os denominados delitos materiais, que possuem um resultado naturalístico, deixando de regular os crimes formais e de mera conduta. Ao contrário, a imputação objetiva, por estar relacionada à ocorrência de um resultado jurídico (lesão ou exposição de perigo a lesão a bem jurídico protegido pela norma penal), é passível de aplicação em qualquer espécie de delitos, porquanto todos possuem resultado normativo.

Outro aspecto a ser objeto de crítica no tocante à relação de causalidade material se apresenta quando a questão se refere à tentativa e aos crimes omissivos, aos quais os conceitos atuais não se encontram adequados, posto que se ocupam apenas de um vínculo causal entre a conduta do agente e o resultado material. Por outro lado, a imputação objetiva pode ser amplamente utilizada no âmbito dos delitos consumados ou tentados, comissivos ou omissivos (em que não existe ação positivamente considerada, mas apenas um “deixar de agir” quando lhe era devido). Servem, ainda, as regras da imputação objetiva para regular a ocorrência dos delitos culposos, bem como a matéria atinente ao concurso de pessoas, mais especificamente, a participação.

A aplicação da teoria da imputação objetiva possibilita que, ausente o nexo de causalidade material, o fato seja considerado atípico, impedindo, dessa forma, a instauração desnecessária de um inquérito policial e o conseqüente ajuizamento da ação penal, o que traria inúmeros benefícios à Polícia e aos órgãos do Poder Judiciário, desonerando-os de procedimentos e

<sup>30</sup> In ob. cit., p. 160.



diligências dispensáveis.

Argumenta, ainda, o Professor DAMÁSIO, no que tange a questões tais como o risco permitido, o consentimento e a participação do ofendido (ações a próprio risco), a violência esportiva, as intervenções médicas e cirúrgicas, os ofendículos, as quais na doutrina clássica possuem solução na seara do exercício regular de direito ou de causa excludente da ilicitude, que são consideradas pela imputação objetiva como situações de atipicidade da conduta, liberando o agente *prima facie*.

Registre-se que a imputação objetiva permite que somente as condutas que, ex ante, se mostram perigosas sejam consideradas desvaloradas perante o Direito Penal, ao contrário do que ocorre com relação à doutrina clássica, em que essa apreciação é levada a efeito em momento posterior (*ex post*).

Por fim, salienta DAMÁSIO que a adoção da imputação objetiva não significa que a teoria finalista da ação, desenvolvida por WELZEL, esteja relegada ao esquecimento, sustentando que ambas podem perfeitamente coexistir, uma vez que muitas regras, métodos e critérios da imputação objetiva possuem fundamentação no finalismo, como é o caso da inobservância do dever de cuidado objetivo, que equivale à realização de conduta criadora de um risco juridicamente desaprovado.

LUIZ RÉGIS PRADO, por sua vez, aduz que, “por fixar os seus critérios apenas no âmbito do tipo objetivo –, a exemplo da concepção causal da ação”<sup>31</sup>, a imputação objetiva não logra aferir o sentido social do fato submetido à sua apreciação, haja vista que, somente após constatar a realização do tipo objetivo, preocupa-se em investigar a presença ou não do elemento subjetivo do tipo, ou seja, do dolo.

Alerta o renomado autor que a imputação objetiva poderia servir como uma

forma de ampliação da punibilidade, cujo alcance seria ainda maior do que a criticada causalidade. Uma das críticas mais contundentes formuladas por LUIZ RÉGIS PRADO é no sentido da utilização do critério instituído por GÜNTHER JAKOBS, ao estabelecer que o que confere sentido social a um comportamento é a função concretamente desempenhada pelo indivíduo no meio social.<sup>32</sup> Pondera que, na conduta, não se pode prescindir do elemento cognitivo, pois o que modifica a valoração de um comportamento é precipuamente o conhecimento, de maneira que o dolo (consciência e vontade) é o elemento que atribui um sentido social a uma ação.

Abstraindo-se de críticas e argumentos favoráveis à aplicação da teoria da imputação objetiva, certo é que, como qualquer teoria na esfera do Direito Penal, enseja o desenvolvimento de novos estudos no sentido de adequar os seus conceitos e institutos ao ordenamento jurídico brasileiro antes de sua efetiva utilização.

Não se pode abandonar o finalismo, consoante o entendimento do Professor DAMÁSIO, porque o Direito Penal lida com comportamentos humanos, e, como tal, não há como relegar a segundo plano o elemento subjetivo da conduta, qual seja, o dolo (conhecimento e vontade) e a culpa *stricto sensu* (previsibilidade e ausência de dever de cuidado objetivo na causação de um resultado danoso).

Ademais, cumpre ressaltar que, conforme se extrai das lições de LUIZ RÉGIS PRADO, não se vislumbra coerência ao admitir que, por exemplo, um taxista que leva o seu cliente a um banco, sem ter ciência de que ele irá promover um assalto, receba o mesmo tratamento penal que um outro taxista que conduz o seu cliente até uma instituição bancária, tendo conhecimento de suas intenções criminosas.<sup>33</sup>

Criticando a postura de JAKOBS,

<sup>31</sup> *In ob. cit.*, p. 159.

<sup>32</sup> *In ob. cit.*, p. 160.



LUIZ RÉGIS PRADO afirma que, no exemplo supracitado, em que pese ambos os taxistas estejam cumprindo as suas respectivas funções normativas (papel social), os seus comportamentos devem sofrer tratamento distinto, uma vez que “o sentido social de uma conduta depende, fundamentalmente, da concorrência de dois fatores, a saber: em primeiro lugar, o sujeito, fazendo uso de sua capacidade intelectual, deve ter aceitado o possível sentido que os elementos objetivos-causais apresentam no mundo físico; em segundo lugar, deve ter apreendido o sentido ético-social do ato e, através de suas capacidades volitivas externas, dirigido sua ação nesse sentido” (Luis Gracia Martin, Proyecto Docente y de Investigación en Derecho Penal, p. 245).<sup>34</sup>

Outrossim, é forçoso reconhecer que a teoria da equivalência das condições,

adotada pelo art. 13, *caput*, do Código Penal, é ineficaz para solucionar várias modalidades de crimes, em especial os delitos formais, de mera conduta, os omissivos, os tentados, dentre outros, reclamando uma premente mudança na matéria relacionada ao nexo de causalidade na seara criminal.

Resta concluir que o Direito Penal encontra-se em constante evolução, a fim de acompanhar o desenvolvimento do ser humano e de seu meio social, e, por este motivo, a teoria da imputação objetiva não deve ser olvidada, mas, sim, aprimorada, para a sua adaptação ao ordenamento jurídico vigente e adequação de seus institutos, com vistas a auxiliar a Ciência Penal no cumprimento de seu papel primordial, qual seja, o de regular o comportamento do homem, como forma de controle social.

## 6. Bibliografia

- BONFIM, Edilson Mougenot e CAPEZ, Fernando. Direito Penal – Parte Geral, Ed. Saraiva, 2004, São Paulo.
- JAKOBS, Günther. A Imputação Objetiva no Direito Penal, Tradução de André Luís Callegari; Ed. RT, 2000, São Paulo.
- JESUS, Damásio E. Imputação Objetiva, Ed. Saraiva, 2ª edição, 2002, São Paulo.
- PRADO, Luiz Régis e CARVALHO, Érika Mendes de. Teorias da Imputação Objetiva do Resultado – Uma aproximação crítica a seus fundamentos, Ed. RT, 2002, São Paulo.

<sup>33</sup> In ob. cit., p. 160.

<sup>34</sup> In ob. cit., p. 162.





# A UNIÃO ESTÁVEL NO DIREITO SUCESSÓRIO

## A vantagem e as desvantagens na nova legislação

André Menezes Delfino<sup>1</sup>

### EMENTA

É cada dia mais comum um homem e uma mulher, sem se casarem, unirem-se e formarem uma família. Essa informalidade é hoje protegida, inclusive, em nível constitucional. Contudo, com o advento do atual Código Civil, o companheiro teve seu direito sucessório colocado em posição de extrema inferioridade quando comparado ao do cônjuge. Em alguns casos, o desamparo é absoluto.

**Palavras-chave:** Companheiro. União estável. Meação e herança. Direitos. Concorrência com os parentes do falecido. Retrocesso do novo código em relação ao cônjuge. Direito real de habitação. Omissão da legislação.

### ABSTRACT

It is becoming more and more common the fact that couples start living together and form a family without getting married. Nowadays this informality is protected in constitutional level. Nevertheless, in the new civil Code the partners had their inheritance rights put in inferior position compared with the couples that are married. In some cases, there is extreme abandonment.

**Keywords:** Partner. Stable union. Halving and inheritance. Rights. Retrogression of the new code. Habitation right. Omission.

Uma das mais expressivas modificações do livro V do Código Civil é dotada de falhas. O companheiro, que no âmbito do Direito de Família é enaltecido de forma veneranda, tem, via de regra, posição acanhada frente ao cônjuge no Direito Sucessório. Não se pretende, aqui, esgotar o assunto, até porque, em se tratando de interesses patrimoniais – direitos hereditários, sobretudo –, não faltarão acaloradas contendas, sempre embasadas nas mais variadas correntes.

Tratar-se-á tão-somente da chamada sucessão legítima, ou seja, aquela em que o autor da herança faleceu sem deixar

testamento ou se, existindo disposição de última vontade, esta for julgada nula ou não compreender todos os bens que compõem o acervo hereditário.<sup>2</sup> Aí se limitará em razão da possibilidade que o testador tem de poder contemplar, da forma que melhor lhe convier,<sup>3</sup> o cônjuge ou o companheiro através do testamento. A falta de testamento remete à lei; é ela que estabelece qual parcela do patrimônio vai para qual herdeiro.<sup>4</sup> Da mesma forma, não se tratará da efetiva divisão da herança, ou seja, o estudo será limitado a considerações acerca da tentativa da lei de dispensar igual tratamento a cônjuges e companheiros, com resultados que indicam,

<sup>1</sup> Advogado, professor universitário, pós-graduado em Direito Civil e em Direito Processual Civil, mestrando em Direito das Relações Econômico-empresariais.

<sup>2</sup> Art. 1.788, CC.

<sup>3</sup> Respeitado o limite da parte disponível do patrimônio.

<sup>4</sup> Art. 1.829/1.850, CC.

na verdade, manifesta desigualdade.

É certo que a Constituição Federal de 1988 conferiu direitos quase semelhantes ao cônjuge e ao companheiro. O Código Civil de 2002, no entanto, contrapôs-se a essa semelhança ao dispor sobre matéria sucessória.

### BREVE RETROSPECTO

Numa sumária passagem pela legislação revogada, vê-se o cônjuge ocupando, como herdeiro legítimo, o terceiro posto na ordem da vocação hereditária.<sup>5</sup> Não detinha, naquela época, a qualidade de herdeiro necessário,<sup>6</sup> o que se traduzia, conforme o caso, no mais completo desamparo.<sup>7</sup> Após a Lei 4.121, de 27 de agosto de 1962, mais conhecida como Estatuto da Mulher Casada, o cônjuge teve instituído, a seu favor, o usufruto e o direito real de habitação.<sup>8</sup>

Já o companheiro era abertamente rechaçado pelo código anterior. Entretanto, é de conhecimento geral que a evolução da família constituída fora do casamento foi, nos últimos tempos, um aspecto marcante do direito pátrio. Aos poucos as famílias extramatrimoniais ganharam reconhecimento social,<sup>9</sup> sendo (correta e finalmente) acolhidas pela Constituição Federal de 1988, passando os companheiros à condição de entes familiares e desfrutando, por conseguinte, até de proteção estatal. É verdade que seus direitos sucessórios só foram reconhecidos com o advento da Lei 8.971/94 (e fortalecidos pela Lei 9.278/96),<sup>10</sup>

mas em determinado momento da história, aos companheiros atribuíam-se determinados benefícios que não eram extensivos aos cônjuges.<sup>11</sup>

### DIREITO ATUAL

Regressando à situação dos efetivamente casados, têm eles, no novo ordenamento, a condição de herdeiros necessários,<sup>12</sup> bem como a deferência de direitos sucessórios jamais experimentados. Os artigos 1.829 e 1.831 põem às claras esses direitos:

*Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: I – aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casados este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (Art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares; II – aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge; III – ao cônjuge sobrevivente; IV – aos colaterais.*

*Art. 1.831. Ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar.*

Vê-se, portanto, que a posição do cônjuge foi vigorosamente fortalecida: a (nova) qualidade de herdeiro necessário,<sup>13</sup> a sua concorrência com descendentes ou

<sup>5</sup> Art. 1.603, CC/1916.

<sup>6</sup> Aqueles que, via de regra, não podem ser privados de uma parcela mínima da herança.

<sup>7</sup> A título exemplificativo, pode-se vislumbrar uma mulher casada pelo regime da separação total de bens: se o casal tivesse filhos, a mulher, por força desse regime, não seria meeira (pois não havia patrimônio comum e, conseqüentemente, meação) nem herdeira (vez que, no código revogado, os descendentes herdavam antes do cônjuge sobrevivente). Em suma, não levaria um bem sequer.

<sup>8</sup> Art. 1.611, §§ 1º e 2º, CC/1916.

<sup>9</sup> RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil: direito das sucessões*. v. 7, p. 116.

<sup>10</sup> Embora já tivesse sido apresentada a Emenda 358, de autoria do senador Nelson Carneiro, que visava remediar a deficiência do projeto do atual Código Civil. É que em meados da década de 80, o projeto do novo código tramitava no Senado sem, no entanto, possuir nenhum dispositivo que regulasse a sucessão entre companheiros. Acrescida de subemendas, foi aprovada no Senado e é, hoje, o artigo 1.790 do Código Civil.

<sup>11</sup> Por exemplo, o usufruto e o direito real de habitação, que eram concedidos ao companheiro sobrevivente independentemente do regime de bens adotado, enquanto ao cônjuge eram facultados apenas em determinados regimes.

<sup>12</sup> Cf. art. 1.845, CC, seguindo as esteiras dos códigos português (art. 2.157) e italiano (art. 536).



ascendentes<sup>14</sup> e a certeza do direito real de habitação nos mostram isso. Salta aos olhos a evolução.

Direção diversa foi seguida pelo legislador ao tratar da sucessão dos companheiros. O progresso, aí, foi bem mais tímido – se é que se pode chamar de progresso. É necessário esclarecer que a emenda que, em linhas gerais, resultou no atual artigo 1.790 foi apresentada em uma época em que a realidade era outra, onde nem mesmo a Constituição Federal de 1988 estava em vigor.<sup>15</sup> Entretanto, isso não justifica a resistência em se estabelecer um equilíbrio entre cônjuges e companheiros dentro do Direito das Sucessões. Enuncia-se:

*Art. 1.790. A companheira ou companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes: I – se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma cota equivalente à que por lei for atribuída ao filho; II – se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles; III – se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a 1/3 (um terço) da herança; IV – não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.*

As dificuldades se iniciam no sofisma do legislador ao tratar de meação e herança. Para um melhor entendimento, crê-se ser necessária a distinção, mesmo que superficial, entre ambas. Meação é o instituto pertencente ao consorte em razão do regime de bens adotado no casamento. O cônjuge é

dono de sua parte ideal<sup>16</sup> mesmo antes da morte do outro consorte.<sup>17</sup> Nos regimes da comunhão universal de bens, da comunhão parcial e da participação final dos aqüestos temos a meação, ao passo que no regime da separação total de bens não há a incidência desse instituto. Já a herança é aquela porção idêntica à meação do cônjuge sobrevivente acrescida, dependendo da situação, dos bens particulares<sup>18</sup> do falecido. É, pura e simplesmente, o patrimônio só do autor da herança.

Transposta essa questão, observa-se que a participação do cônjuge sobrevivente como herdeiro fica, dependendo do caso, vinculada à escolha do regime de bens. Na sucessão do companheiro isso não acontece, mas, diante do surpreendente preceito do artigo 1.790, não nos resta outra conclusão senão a de que o direito sucessório do companheiro se limita aos bens adquiridos de forma onerosa<sup>19</sup> na vigência da união estável.<sup>20</sup> Em outras palavras, na ausência de patrimônio superveniente à união, o companheiro supérstite nada herda, e, da mesma forma, se houver patrimônio que sobrevenha à união, será necessário, para que o companheiro seja chamado como herdeiro, que os bens tenham sido onerosamente adquiridos.<sup>21</sup>

É certo que, relativamente ao cônjuge, ainda pairam dúvidas no que toca ao objeto da sucessão. Parece-nos mais acertado que, veneradas algumas ilustres vozes em contrário,<sup>22</sup> quando o cônjuge sucedido falece deixando bens particulares e bens comuns, o consorte sobrevivente deve

<sup>13</sup> Na dicção de Zeno Veloso, “herdeiro necessário privilegiado”. Do direito sucessório dos companheiros. In *Direito de família e o novo código civil*, p. 246.

<sup>14</sup> Substituindo-se, portanto, o antigo usufruto pela garantia de uma cota no patrimônio do falecido.

<sup>15</sup> VELOSO, Zeno. Do direito sucessório dos companheiros. In *Direito de família e o novo código civil*, p. 249.

<sup>16</sup> Formada pelo patrimônio comum.

<sup>17</sup> VELOSO, Zeno. Do direito sucessório dos companheiros. In *Direito de família e o novo código civil*, p. 250-251.

<sup>18</sup> Bens que não se comunicam no casamento.

<sup>19</sup> Sobre os quais o companheiro já é meeiro, conforme o artigo 1.725, CC, inspirado no artigo 5º da Lei 9.278/96: *Na união estável, salvo convenção válida entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens.*

<sup>20</sup> Cf. RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil: direito das sucessões*. v. 7, p. 117.

<sup>21</sup> Por exemplo, os bens constantes no rol do artigo 1.659, CC.



ser chamado para herdar sobre aqueles primeiros. Se assim não é, crê-se não haver sentido no fato de alguém ser herdeiro de bens sobre os quais já tem meação.<sup>23</sup> Com o companheiro, como visto, isso não acontece.

Diante disso, mostra-se evidente a desigualdade entre a família formal e a informal. Essa evidência fica patente ao se imaginar uma mesma situação para ambas – aliás, uma das pouquíssimas em que o cônjuge fica em posição inferior ao companheiro: um caso em que nem o homem nem a mulher possuem bens particulares, mas constroem, em conjunto, grande patrimônio. Vigora o regime da comunhão parcial de bens e há, vale dizer, a presença de um filho comum do casal.

Se o homem e a mulher forem casados, quando um deles falecer, o outro receberá metade daquele patrimônio adquirido de forma onerosa<sup>24</sup> a título de meação. Entretanto, nada receberá como herança, visto que não foram deixados bens particulares pelo falecido.<sup>25</sup> Em suma: daquele patrimônio existente, a metade será concedida ao cônjuge sobrevivente, cabendo a outra metade ao filho do casal.

A mesma situação, entretanto, não perdurará num caso de união estável. Metade do patrimônio será outorgada ao companheiro (ou companheira) por força de meação, mas, conforme o inciso I do artigo 1.790, a ele será ofertado mais 50% (cinquenta por cento) do patrimônio ainda remanescente, ou seja, da herança. O resultado prático é que o companheiro sobrevivente será agraciado com 75% (setenta e cinco por cento) do patrimônio do casal. Essa, repita-

se, é uma das raríssimas possibilidades de a figura do companheiro ser mais beneficiada que a do cônjuge.<sup>26</sup>

Também é merecedor de atenção um caso de direção antagônica, mas com a mesma base: um homem financeiramente abastado que inicia um romance com uma mulher e acaba por ter um filho com ela. Aqui, homem e mulher não adquirirão patrimônio comum. Se se casarem, por exemplo, pelo regime da comunhão parcial de bens, quando esse homem falecer a mulher não terá direito à meação, haja vista a inexistência de patrimônio adquirido após o casamento. Será, isso sim, chamada como herdeira.<sup>27</sup> Porém, se o mesmo caso for aplicado a uma família informal (leia-se união estável), à mulher não será concedida nem meação nem herança, justamente pelo mesmo fato de não haver bens adquiridos a qualquer título na vigência da união. Em suma, a companheira ficará à mercê do convivente para que seja beneficiada (por testamento) com algum patrimônio.

O problema se torna mais grave ao se atentar para a questão do direito real de habitação sobre o imóvel destinado à moradia da família, benefício instituído pelo artigo 7º, parágrafo único, da Lei 9.278/96. Aqui, há tormentosas discussões sobre ter ocorrido ou não a revogação tácita do preceito. Como o Código foi totalmente omissivo, há quem entenda que o artigo da lei supra foi revogado,<sup>28</sup> enquanto outros entendem que não.<sup>29</sup>

De qualquer maneira, o fato é que as injustiças não param por aí. Se se traçar

<sup>22</sup> Há quem entenda que a parcela herdada deva recair sobre os bens comuns do falecido e, ainda, quem entenda que deva recair tanto sobre os bens comum quanto sobre os bens particulares.

<sup>23</sup> A título exemplificativo, se um sujeito, com filhos e casado pelo regime da comunhão parcial de bens, falece deixando duas casas, uma como bem particular e outra como patrimônio comum, seu cônjuge já terá a meação sobre a casa que formava o patrimônio comum, não fazendo sentido ser herdeiro sobre esse mesmo bem. Deverá, isso sim, ser herdeiro (em concorrência) da casa que compõe os bens particulares.

<sup>24</sup> Art. 1.660, I, CC.

<sup>25</sup> Art. 1.829, I, parte final, CC.

<sup>26</sup> Mesmo preferindo conceder tratamento superior aos efetivamente casados, o legislador acabou sendo traído pela falta de zelo.

<sup>27</sup> Exceto para a corrente que defende que o chamamento será sobre a parcela dos bens comuns, como explicitado na nota 21.



um paralelo entre os artigos concernentes à sucessão do cônjuge e do companheiro,<sup>30</sup> observar-se-á que este só será herdeiro universal<sup>31</sup> quando não concorrer com nenhum, absolutamente nenhum, parente sucessível<sup>32</sup> do convivente morto, ao passo que o cônjuge herdará a totalidade do patrimônio se não houver descendentes e ascendentes do consorte falecido.<sup>33</sup>

O professor Zeno Veloso<sup>34</sup> mostra, de forma magnífica, a discrepância adotada pelo legislador:

“Na sociedade contemporânea, já estão muito esgarçadas, quando não extintas, as relações de afetividade entre parentes colaterais de 4º grau (primos, tios-avós, sobrinhos-netos). Em muitos casos, sobretudo nas grandes cidades, tais parentes mal se conhecem, raramente se encontram. E o novo Código Civil brasileiro, que vai começar a vigorar no Terceiro Milênio, resolve que o companheiro sobrevivente, que formou uma família, manteve uma comunidade de vida com o falecido, só vai herdar, sozinho, se não existirem descendentes, ascendentes, nem colaterais até o 4º grau do *de cuius*. Temos de convir: isto é demais! Para tornar a situação

mais grave e intolerável, conforme a severa transcrição do caput do artigo 1.790, que foi analisado acima, o que o companheiro sobrevivente vai herdar sozinho não é todo o patrimônio deixado pelo de cujus, mas, apenas, o que foi adquirido na constância da união estável. Haverá alguma pessoa neste país, jurista ou leigo, que assegure que tal solução é boa e justa? Por que privilegiar a este extremo vínculos biológicos, ainda que remotos, em prejuízo dos vínculos do amor, da afetividade? Por que os membros da família parental, em grau tão longínquo, devem ter preferência sobre a família afetiva (que em tudo é comparável à família conjugal) do hereditando?”

Toda essa desigualdade se converte, ainda, em outro disparate: o problema da *totalidade da herança*. É que para alguns<sup>35</sup> essa totalidade se traduz nos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável e também nos bens particulares do falecido, enquanto que para outros<sup>36</sup> esses bens de propriedade exclusiva, não havendo parentes sucessíveis, iriam para o Poder Público.

<sup>28</sup> José Luiz Gavião de Almeida, *Código civil comentado: direito das sucessões*, v. 18, p. 221; Washington de Barros Monteiro, *Curso de direito civil: direito das sucessões*, v. 6, p. 101; Francisco José Cahali, *Curso avançado de direito civil*, v. 6, p. 233; Mário Roberto Carvalho de Faria, *Direito das sucessões: teoria e prática*, p. 146; Arnoldo Wald, *Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões*, p. 82; Sebastião Luiz Amorim e Euclides Benedito de Oliveira, *Inventários e partilhas: direito das sucessões*, p. 167. Entendendo pela não revogação: Sílvio de Salvo Venosa, *Direito civil: direito das sucessões*, v. 7, p. 121; Maria Helena Diniz, *Direito civil brasileiro: direito das sucessões*, v. 6, p. 117; Guilherme Calmon Nogueira da Gama, *Direito civil: sucessões*, p. 129; Eduardo de Oliveira Leite, *Comentários ao novo código civil: do direito das sucessões*, v. 21, p. 228.

<sup>29</sup> DINIZ, Maria Helena. *Direito civil brasileiro: direito das sucessões*. v. 6, p. 117.

<sup>30</sup> 1.829 e 1.790 do CC, respectivamente.

<sup>31</sup> Aquele que recebe toda a herança.

<sup>32</sup> Até o 4º grau, ou seja, primos, tios-avós ou sobrinhos-netos.

<sup>33</sup> Art. 1.829, III, e 1.838 do CC.

<sup>34</sup> Do direito sucessório dos companheiros. In *Direito de família e o novo código civil*, p. 254-255.

<sup>35</sup> José Luiz Gavião de Almeida, *Código civil comentado: direito das sucessões*, v. 18, p. 169; Washington de Barros Monteiro, *Curso de direito civil: direito das sucessões*, v. 6, p. 101; Maria Helena Diniz, *Direito civil brasileiro: direito das sucessões*, v. 6, p. 117; Mário Roberto Carvalho de Faria, *Direito das sucessões: teoria e prática*, p. 152; Eduardo de Oliveira Leite, *Comentários ao novo código civil: do direito das sucessões*, v. 21, p. 64; Nelson Nery Júnior, Rosa Maria de Andrade Nery, *Código civil anotado e legislação extravagante*, p. 784.

<sup>36</sup> Salomão de Araújo Cateb, *Direito das sucessões*, p. 101; Francisco José Cahali, *Curso avançado de direito civil: direito das sucessões*, v. 6, p. 231; Guilherme Calmon Nogueira da Gama, *Direito civil: sucessões*, p. 47; Sílvio Rodrigues, *Direito civil: direito das sucessões*, v. 7, p. 119; Sebastião Luiz Amorim e Euclides Benedito de Oliveira, *Inventários e partilhas: direito das sucessões*, p. 171.



Entende-se assistir razão à primeira corrente, haja vista parecer inadmissível a idéia de colocar o Poder Público em posição de primazia, em detrimento, assim, do companheiro. Essa idéia ganha reforço, inclusive, no artigo 1.844<sup>37</sup> da atual legislação. Além do mais, é certo que a legislação exterioriza com clareza sua predileção pelo modelo de família formalmente constituída,<sup>38</sup> mas o propósito do legislador foi, sem dúvida, o de tratar o companheiro como herdeiro legítimo.<sup>39</sup>

### CONCLUSÃO

Diante do exposto, tem-se que a atual legislação vertente sobre a situação do companheiro sobrevivente é por demais iníqua. Mesmo considerando, como visto, a preferência pelo casamento, o legislador acabou por prejudicar o instituto da união estável, porquanto retirou uma proteção anteriormente dada aos conviventes (Leis 8.971/94 e 9.278/96). Essa proteção deve ser entendida como revogada por ser incompatível com a nova lei. Mesmo que o artigo 1.790 não se traduza em pura exteriorização de justiça, nele se encontram evidentes os sinais que determinam a participação do companheiro supérstite na sucessão.<sup>40</sup>

Não se defende, aqui, a soberania da união informal sobre a formal, e sim o inverso – até porque, se assim não fosse, seriam insustentáveis algumas idéias ora esboçadas. Ocorre, contudo, que com o advento do Código Civil atual os direitos sucessórios conferidos aos companheiros caminham na contramão dos avanços anteriores. É patente a necessidade de uma nova reforma no que concerne à sucessão dos que convivem em união estável.<sup>41</sup> A indispensável mudança,<sup>42</sup> entretanto, deverá vir sem as deficiências presentes na legislação vigente, em especial no que concerne ao direito assistencial (direito real de habitação) eventualmente conferido ao companheiro e à parcela da herança a ele deferida quando não concorrer com parentes sucessíveis do falecido.

Verdadeiramente, não se está de acordo com a igualdade de direitos sucessórios entre cônjuges e conviventes,<sup>43</sup> mas discorda-se, ainda com mais afinco, que esses direitos se tornem tão divergentes. Se no âmbito do Direito de Família a legislação dispõe de mínimas vantagens ao cônjuge, não há por que na seara do Direito Sucessório a legislação ser tão díspar. Falta de bom-senso, no mínimo.

André Menezes Delfino.

<sup>37</sup> Artigo 1.844. *Não sobrevivendo cônjuge, ou companheiro, nem parente algum sucessível, ou tendo eles renunciado a herança, esta se devolve ao município ou ao Distrito Federal, se localizada nas respectivas circunscrições, ou à União, quando situada em território federal.* A expressão *companheiro* foi introduzida no Código Civil de 2002, o que, acredita-se, traduz-se na incontestável vontade do legislador em deferir a totalidade da herança (bens comuns e bens de propriedade exclusiva do falecido) ao convivente supérstite.

<sup>38</sup> Como mostra a própria Constituição Federal de 1988: Artigo 226, § 3º. *Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar; devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento.*

<sup>39</sup> Não obstante a sua absoluta impropriedade técnica em colocar o dispositivo que cuida do direito sucessório do convivente dentro do Título I (Da Sucessão em Geral), quando deveria fazê-lo no Título II (Da Sucessão Legítima).

<sup>40</sup> Há participação apenas sobre os bens adquiridos de forma onerosa na vigência da união estável, mas não há que se falar em direito real de habitação nem em usufruto. Como tais direitos são formas de participação na sucessão e a lei atual é totalmente omissa, entende-se, respeitadas as ilustres vozes em contrário (nota 27), que a sua não concessão foi intencional.

<sup>41</sup> Não obstante esse seja o quarto regime jurídico diferente em duas décadas.

<sup>42</sup> A mudança certamente virá, mas, até lá, a omissão do Poder Legislativo se traduzirá, por certo, em tormentosas questões a serem enfrentadas pelos já abarrotados tribunais.

<sup>43</sup> Aliás, ao se admitir a equiparação, desapareceria por completo a diferença entre casamento e união estável.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALMEIDA**, José Luiz Gavião de. *Código civil comentado: direito das sucessões*, v. 18. São Paulo: Atlas, 2003.
- AMORIM**, Sebastião Luiz; **OLIVEIRA**, Euclides Benedito de. *Inventários e partilhas: direito das sucessões*. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2003.
- CAHALI**, Francisco José; **HIRONAKA**, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Curso avançado de direito civil: direito das sucessões*, v. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- CATEB**, Salomão de Araújo. *Direito das sucessões*. São Paulo: Atlas, 2003.
- DINIZ**, Maria Helena. *Direito civil brasileiro: direito das sucessões*, v. 6. São Paulo: Saraiva, 2003.
- FARIA**, Mário Roberto Carvalho de. *Direito das sucessões: teoria e prática*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- GAMA**, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito civil: sucessões*. São Paulo: Atlas, 2003.
- GONÇALVES**, Carlos Roberto. *Direito das sucessões*, v. 4. São Paulo: Saraiva, 2003.
- HIRONAKA**, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Comentários ao Código Civil: da sucessão em geral, da sucessão legítima*, v. 20. São Paulo: Saraiva, 2003.
- LEITE**, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao novo código civil: do direito das sucessões*, v. 21. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- MONTEIRO**, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito das sucessões*, v. 6. São Paulo: Saraiva, 2003.
- NERY JÚNIOR**, Nelson; **NERY**, Rosa Maria de Andrade. *Código civil anotado e legislação extravagante*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- PACHECO**, José da Silva. *Inventários e partilhas na sucessão legítima e testamentária*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- PEREIRA**, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direito das sucessões*, v. 6. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- RODRIGUES**, Sílvio. *Direito civil: direito das sucessões*, v. 7. São Paulo: Saraiva, 2002.
- VELOSO**, Zeno. Do direito sucessório dos companheiros. In *Direito de família e o novo código civil*. Coord. Maria Berenice Dias e Rodrigo da Cunha Pereira. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- VENOSA**, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito das sucessões*, v. 7. São Paulo: Atlas, 2003.
- WALD**, Arnoldo. *Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2002.







# A TRIBUTAÇÃO NO MERCADO VIRTUALE O DIREITO DA CONCORRÊNCIA

Carlos Eduardo do Nascimento\*

## RESUMO

Hodiernamente, a tributação tem onerado em muito a aquisição de produtos pelos consumidores. Isto tem gerado o surgimento da economia informal, promotora da evasão tributária, levando a uma suposta concorrência desleal.

A globalização do comércio, através da quebra de fronteiras reais pelo mercado virtual e a criação de novos mercados relevantes geográficos, baseados nesta nova situação, leva-nos à análise a seguir.

A tributação dos tangíveis comercializados no mercado virtual e a impossibilidade de tributação dos intangíveis negociados através da internet conduzem à criação de novos paradigmas e situações contrastantes, que afetam sobremaneira o que poderia ser considerado, em outros tempos, concorrência desleal, pois tais produtos não teriam agregada aos seus custos a carga tributária, tão onerosa para o contribuinte brasileiro.

**Palavras-chave:** Tributação. Globalização. Mercado Virtual. Concorrência Desleal.

## ABSTRACT

Nowadays taxes have made consumption more expensive. This has generated illegal economic practices due to evasion of taxes, which leads to a supposed disloyal competition.

Commerce globalization by the falling of barriers in the internet market and the creation of new geographical relevant markets in this brand new situation are the reason of our following analysis.

The taxation over goods in real and in virtual market and the impossibility of taxation over intellectual work commercialized in the internet institutes new paradigms and contrasting situations which immensely affect what could be judged before as uncompetitive practices, as products involved would not have taxes included in their costs, that are so high for brazilian consumers.

**Keyword:** Taxation. Globalization. Ecommerce

## INTRODUÇÃO

Como todos os campos do Direito, o Direito da Concorrência também passou a sofrer diversos reflexos oriundos das atividades desenvolvidas, mercadorias e serviços disponibilizados na Internet.

O Direito da Concorrência, a exemplo das demais ramificações do Direito, ainda não se posicionou, ou mesmo percebeu a existência das novas e diversas questões

jurídicas que surgiram, e podem surgir, em virtude das relações comerciais, econômicas, financeiras, jurídicas e sociais estabelecidas virtualmente.

Podemos então dizer que, é claro, muito será discutido, criado e adaptado no campo jurídico para acomodar a chamada realidade virtual. No entanto, são os institutos existentes na nossa realidade tradicional que serão aplicados para a referida acomodação.

\* Advogado e Consultor Tributário, Professor Titular de Direito Constitucional na Faculdade Atenas de Paracatu, Professor do Centro Jurídico Dominis em Uberaba e Uberlândia das disciplinas Direito Tributário e Processo Tributário e Professor de Direito Tributário no UNIPAM – Centro Universitário de Patos de Minas



É sabido que, hodiernamente, a Internet tem conquistado para as empresas que a utilizam como meio de divulgação e comercialização de seus produtos uma grande fatia de mercado, quer pela comodidade, quer pela segurança ou até pela rapidez com que os produtos podem ser localizados, comprados e recebidos nos domicílios dos consumidores. Com isso, aquelas pequenas empresas, que antes não poderiam disputar, nem tampouco conquistar qualquer fatia de mercado, por menos expressiva que poderia ser, hoje se tornam altamente competitivas, pela não tributação através deste tipo de comércio.

Diante destas novas tendências, como fica a concorrência entre essas empresas, sendo que a tributação constitui fator incisivo para a competitividade dos produtos e serviços?

Quais devem ser as medidas tomadas em esfera internacional para garantir a concorrência longe das práticas concentradas viciosas?

Detectar esses problemas e contribuir para sua possível solução é o objetivo primordial deste trabalho, que passa a ser exposto nas páginas seguintes.

### 1- O Mercado Relevante

Para estudar os efeitos jurídicos que a Internet provocou no mercado concorrencial, mister se faz entendermos melhor o que é mercado relevante e sua relação com práticas e concentrações anticoncorrenciais, pois sabe-se que alguns desses conceitos deverão ser repensados para se adequarem à nova realidade virtual imposta pela Internet e pelo comércio eletrônico.

O termo *mercado relevante* foi introduzido no Brasil pela Lei 8.884/94, e deve ser entendido, em linhas gerais, como sendo

o mercado no qual são verificadas as relações de concorrência e onde atua o agente econômico cujo comportamento está sendo analisado.<sup>1</sup>

Não é possível definir regras nem fórmulas para a delimitação de um determinado mercado relevante. Entretanto, alguns métodos poderiam ser utilizados para se atingir esta delimitação, ou pelo menos se chegar próximo dela. Dentre os métodos mais utilizados, destaca-se a divisão de um mercado relevante em duas esferas, complementares e indissociáveis, quais sejam, a geográfica e a material, esta última (*material*) também chamada de mercado relevante do produto ou serviço.

A esfera geográfica de um determinado mercado relevante diz respeito à área na qual o agente econômico está localizado e oferece, ou é capaz de oferecer, seus produtos e serviços, cuja delimitação dependerá não só das naturezas desses produtos e serviços, mas também da natureza do ato de concentração ou conduta analisada. Nesse sentido, o tamanho do mercado relevante geográfico depende da natureza do produto e dos agentes que o compram e vendem.

A definição de mercado relevante geográfico e de alguns dos princípios e métodos utilizados para sua delimitação são formulados no Anexo V da Resolução n.º 5 do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, de 19 de agosto de 1998<sup>2</sup>, que assim simplifica:

*Um mercado relevante geográfico compreende a área em que as empresas ofertam e procuram produtos/serviços em condições de concorrência suficientemente homogêneas em termos de preços, preferências dos consumidores, características dos produtos/*

<sup>1</sup> FORGIONI, Paula A. . **Os fundamentos do antitruste**. São Paulo: Ed. Revista dos tribunais, 1998. p. 200.

<sup>2</sup> O conceito de mercado relevante coube, antes da consolidação desta Resolução, no Brasil, esforços diversos eram despendidos pelos estudiosos da concorrência, como estudo desenvolvido pela, à época, Conselheira do CADE, Lúcia Helena Salgado. **O conceito de mercado relevante**. In: Revista de Direito Econômico, Brasília, set./dez., 1997.



*serviços. A definição de um mercado relevante geográfico exige também a identificação dos obstáculos à entrada de produtos ofertados por firmas situadas fora dessa área. As firmas capazes de iniciar a oferta de produtos/serviços na área considerada após uma pequena mas substancial elevação dos preços praticados fazem parte do mercado relevante geográfico. Nesse mesmo sentido, fazem parte de um mercado relevante geográfico, de um modo geral, todas as firmas levadas em conta por ofertantes e demandantes nas negociações para a fixação dos preços e demais condições comerciais na área considerada.*

Para a inclusão de um determinado mercado de produtos ou serviços em um determinado mercado relevante é necessário que os produtos ou serviços ofertados no primeiro sejam idênticos ou substituíveis em relação àqueles ofertados no segundo. Para tanto, são consideradas, dentre outras, as seguintes características: qualidade, durabilidade, resistência, prazo de entrega, etc. É necessário, ainda, que as condições de concorrência em ambos os mercados sejam suficientemente homogêneas no que se refere, dentre outros, aos preços praticados, formas de pagamento, preferências dos consumidores, etc., bem como à disposição destes consumidores em se deslocarem para outro mercado para adquirir produtos ou serviços, idênticos ou substituíveis àqueles que encontram no mercado no qual estão localizados.

Conseqüentemente, para o fim da análise antitruste, a área de atuação de um determinado agente econômico não deve ser confundida com o seu mercado relevante, que são conceitos, embora complementares, diferentes. A área geográfica de atuação

delimitar-se-á pela distância percorrida pelos consumidores para **adquirir** produtos de um agente econômico específico. A área geográfica do mercado relevante delimitar-se-á, por seu turno, pela distância que os consumidores estarão dispostos a percorrer para **evitar adquirir** produtos daquele agente econômico específico.

Deve-se, sempre, levar em conta a identificação dos obstáculos à entrada de produtos ou serviços ofertados por agentes econômicos situados fora da área geográfica do mercado relevante. Na hipótese de as referidas barreiras revelarem-se intransponíveis para novos agentes econômicos que desejarem entrar no mercado relevante, o mercado no qual esses agentes atuam pode ser considerado um mercado distinto, dado não ser afetado pela concorrência externa, mesmo que potencial.

Outros fatores úteis para a delimitação de um determinado mercado relevante geográfico são os custos do transporte, no caso de produtos, ou os custos de locomoção dos prestadores, no caso de serviços.

A análise logística é, portanto, um dos pontos cruciais para a delimitação de um mercado relevante do ponto de vista geográfico. Ordinariamente, esta questão está intimamente ligada aos custos de transporte e distribuição. Sabemos que este é também um ponto importantíssimo para o desenvolvimento do comércio eletrônico. DRUCKER<sup>3</sup> afirma que a logística será o diferencial entre as empresas que se estabelecerão e as que sucumbirão nesta nova modalidade de comércio.

Isso posto, como definir o mercado relevante na Internet?

Poder-se-ia dizer que, com o advento da Internet, passa-se agora a dois mercados relevantes, um real e o outro “virtual”?

Deve-se ter em mente que esse mercado virtual não precisa,

<sup>3</sup> DRUCKER, Peter. **O e-commerce vai entregar?** Revista Exame. The Economist. 22/12/1999.



necessariamente, ser considerado independente, pois nada impede que o mercado relevante de um determinado produto ou serviço tenha dois segmentos, quais sejam, o **físico** e o **virtual**, e que esses mercados também não precisem ser conexos. Decisões recentes da Comissão Européia apontaram, justamente, neste sentido. Uma destas decisões diz respeito à autorização daquele órgão para a formação de uma *joint venture* entre a empresa AMADEUS, controlada pela AIR FRANCE, IBÉRIA e LUFTHANSA, operadora de um sistema computadorizado de reservas aéreas, e a Empresa TERRA, subsidiária da TELEFÔNICA para a Internet. No Brasil, a Terra apresentou ao CADE uma série de operações relativas à aquisição das carteiras de clientes de diversos provedores de acesso à Internet. Isso posto, pode-se afirmar que, no tangente ao mercado relevante geográfico, há que se investigar e delimitar, conforme exposto, as fronteiras dentro das quais as condições de concorrência entre os agentes provedores de acesso à Internet são suficientemente homogêneas.

No entanto, a questão passa a ser um pouco mais complexa quando o serviço ou produto **virtual** torna-se objeto da análise antitruste. Seria um exagero considerar, neste caso, que o mercado relevante deste produto, ou serviço, do ponto de vista geográfico seria o mundo, pelo só fato de um determinado *site*, disponibilizado na Internet e hospedado em qualquer país, poder ser acessado de qualquer local na face da Terra que possua as condições de informática necessárias.

A partir destes conceitos, mister é entender que o instituto mercado relevante seria de menor aplicação para o mercado relevante material e maior para o mercado relevante geográfico. Com efeito, a inclusão de outras áreas geográficas em um determinado mercado relevante geográfico<sup>4</sup> tende a diluir a participação dos produtos ou

serviços de um agente econômico no mercado relevante investigado, diminuindo ou diluindo, com isso, o poder de mercado desse agente e, portanto, a possibilidade de abuso de posição dominante por meio de práticas anticompetitivas. Em sentido contrário, restringindo-se o mercado relevante geográfico, os efeitos concorrenciais da atuação de um determinado agente econômico serão sentidos de forma mais aguda.

Daí tem-se a importância da delimitação do mercado relevante, em suas esferas geográfica e material, também no âmbito da Internet. No entanto, torna-se necessário não só delimitar e mensurar o mercado relevante, mas também analisar sua estrutura, com vistas à correta identificação dos casos em que existe real poder no mercado, bem como a estrutura desse poder e as condições da demanda. Só depois, poderá, então, a investigação antitruste agregar em um só mercado os mercados relevantes tradicional e virtual, considerando os segmentos do mesmo mercado relevante ou mercados relevantes totalmente distintos.

## 2-O PRINCÍPIO DA TERRITORIALIDADE

No artigo 2º da Lei 8.884/84, um problema para aplicação desta norma neste novo mundo virtual se faz mostrar, como se segue:

*Art. 2º. Aplica-se esta Lei, sem prejuízo de convenções e tratados de que seja signatário o Brasil, às práticas cometidas no todo ou em parte no território nacional ou que nele produzam ou possam produzir efeitos.*

*§ 1º Reputa-se domiciliada no Território Nacional a empresa estrangeira que opere ou tenha no Brasil filial, agência, sucursal, escritório, estabelecimento, agente*

<sup>4</sup> Ou seja, a disposição, via Internet, de produtos de concorrentes, passíveis de serem adquiridos virtualmente.



*ou representante. (Parágrafo acrescentado pela Lei n.º 10.149, de 21.12.2000, DOU 22.12.2000)*

*§ 2º A empresa estrangeira será notificada e intimada de todos os atos processuais, independentemente de procuração ou de disposição contratual ou estatutária, na pessoa do responsável por sua filial, agência, sucursal, estabelecimento ou escritório instalado no Brasil. (Parágrafo acrescentado pela Lei n.º 10.149, de 21.12.2000, DOU 22.12.2000)*

Nota: Assim dispunha a redação anterior:

*Parágrafo único. Reputa-se situada no Território Nacional a empresa estrangeira que opere ou tenha no Brasil filial, agência, sucursal, escritório, estabelecimento, agente ou representante.*

Temos, então, neste artigo um grave problema para a correta interpretação do princípio da territorialidade no âmbito do direito virtual, quando o legislador diz: “Reputa-se domiciliada no Território Nacional a empresa estrangeira que opere ou tenha no Brasil filial, agência, sucursal, escritório, estabelecimento, agente ou representante.”

Então, o que seria filial, agência, sucursal, escritório, estabelecimento, agente ou representante no mundo virtual? Temos a convicção de que este artigo, pela interpretação literal, não poderia ser corretamente aplicado às relações envolvendo empresários que comercializem produtos no âmbito da Internet, pois nesse tipo de transação não existem fronteiras para que seja determinada a exata localização dessa empresa.

Hodiernamente, uma empresa pode estar em apenas um lugar no mundo “real”, e, no entanto, estar também em todos os lugares

ao mesmo tempo. Através da Internet e dos recursos que esta proporciona, isto é possível. Daí a razão da grande preocupação do operador do direito em geral e do que lida com as normas de direito da concorrência em especial. Como se identificar a qual legislação, a qual País, a análise de qual mercado estaria sujeita essa empresa.

É sabido que o mundo, da maneira que está, e as normas, da forma que ainda se encontram, não acompanharam o real desenvolvimento das relações de comércio, pois, do início destas para cá, muitas coisas mudaram no antigo Direito Comercial, hoje, Direito Empresarial, pois leis foram instituídas para regular estas relações. Entretanto, a era dos computadores não deixou mais que as alterações no ordenamento jurídico e, sobretudo, nas relações de comércio se firmem acerca de uma legislação equânime e “justa”<sup>5</sup>.

Hoje, o conceito de domicílio de uma empresa deve ser interpretado de outra forma, de uma maneira mais moderna, de acordo com esta nova realidade virtual, onde não existe a fronteira real, pois esta já foi quebrada por aquela.

O Direito Virtual deve ser encarado como uma nova matéria, em que as relações jurídicas ainda não estão devidamente definidas, e isto influi diretamente em todos os ramos do Direito nos quais aquele possa afetar, direta ou indiretamente.

Assim, não espanta a razão pela qual aos organismos encarregados da defesa da concorrência cabe a análise dos atos que, embora tenham sido realizados fora do território nacional, acarretem efeitos no mercado interno. Outros problemas, todavia, contribuem para dificultar a ação dos entes nacionais, como se segue.

### **3-A Tributação como Influência na Concorrência**

Outra questão a ser minuciosamente

<sup>5</sup> “Justa”, no sentido de garantir as mesmas oportunidades aos competidores, fator essencial num sistema que adota a livre iniciativa.



analisada é a das relações de consumo e a tributação, pois pode-se efetuar, hoje, a compra de um determinado produto em qualquer parte do mundo, onde a tributação seja mais benéfica, ou até mesmo em outro Estado-membro, no caso da federação brasileira, pois a legislação tributária permite a guerra fiscal, como se passa a exemplificar a seguir.

Um consumidor quer adquirir um CD (*compact disc*), podendo fazê-lo através da Internet em qualquer Estado onde o ICMS (Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços) seja cobrado a uma alíquota menor, vez que a atual legislação tributária brasileira permite que existam diferenças de alíquotas entre os diversos Estados da Federação.

É claro que o consumidor deverá analisar se essa diferença ser-lhe-á benéfica, pois haverá outras despesas, tais como frete ou postagem.

Não resta qualquer dúvida de que esse tipo de comércio influencia diretamente o direito da concorrência, embora existam doutrinadores de peso que têm opinião diversa, tal como o Professor Marco Aurélio Greco, que, em palestra proferida durante o VI Simpósio do Instituto de Estudos Tributários, realizado em Porto Alegre/RS, nos dias 16 e 17 de novembro de 1998, argumentou o seguinte:

*... neutralidade da tributação, ou seja, a tributação não pode se transformar em elemento que distorça a concorrência dos agentes econômicos no mercado. Não posso ter, entre aspas “concorrência desleal” porque alguém paga um imposto menor do que o outro. A concorrência tem de se dar por outros instrumentos: competência, qualidade, eficiência, etc., mas não porque se tenha um determinado mecanismo de redução da carga*

*tributária, lícito, mas que implique vantagem diferencial no momento da competição.*

Não se pode descartar a tributação dos fatores que influenciam a concorrência, como quer o Professor Greco, uma vez que ela integra o preço final de qualquer tipo de produto, virtual ou não. Hodiernamente, integram o preço de determinado produto os seguintes itens:

- a) matéria-prima;
- b) custos de industrialização:
  - mão-de-obra;
  - tributação incidente sobre a mão-de-obra;
  - distribuição aos pontos atacadistas;
  - *marketing*;
  - outros custos sociais.
- c) tributação do produto;
- d) retiradas de pró-labore dos sócios.

Partindo da premissa de que esses custos são indissociáveis, como se poderia falar que a tributação não influenciaria a concorrência, uma vez que no preço do produto estão atreladas de forma indissociável os tributos incidentes sobre o mesmo? Desta forma, discordamos do Professor Marco Aurélio, por acreditarmos que sua argumentação, neste aspecto, não considera os dados, entre “a” e “d”, acima expostos. Em corrente contrária, mas à qual se filia, há o pensamento do Professor Heleno Tórres<sup>6</sup>:

*Contudo, paralelamente formou-se uma espécie de concorrência fiscal internacional marcadamente agressiva, desprovida de qualquer ética diplomática, praticada como forma de atração de investimentos, com erosão fiscal das próprias receitas públicas, mediante subvenções públicas, financiamentos vantajosos e todo tipo de incentivos fiscais, num verdadeiro modelo de tax*

<sup>6</sup>TÓRRES, Heleno. **Direito tributário internacional**: planejamento tributário e operações transnacionais. São Paulo: Editora RT, 2001. p. 69.



*dumping, guardadas as devidas ressalvas quanto à importação desse conceito do direito econômico. Pela série de malefícios que traz, essa é a concorrência fiscal internacional ‘má’, ‘danosa’, ‘prejudicial’, ‘desleal’, ou ‘guerra fiscal internacional’, como se queira, cuja forma mais grave é representada pelos chamados ‘paraísos fiscais’, ou países com tributação favorecida propriamente ditos.*

Isso posto, deve-se entender que a tributação pode servir para que algumas empresas tenham o tratamento diferenciado e, com isso, possam tornar-se mais competitivas, quer no mercado interno, quer no mercado internacional.

Existem, atualmente, no mundo três tipos de países com regime de tributação favorecida:

- a) os *low tax system*<sup>7</sup>, onde as alíquotas efetivas são objetivamente inferiores àquelas de outros Estados, mas sem caracterizar algo fortemente prejudicial;
- b) os *preferential tax system*<sup>8</sup>, nos quais o regime tributário em vigor usa de alíquotas muito reduzidas ou nulas;
- c) os *tax havens*<sup>9</sup>, ou paraísos fiscais, com tributação favorecida, propriamente ditos.

Deve-se ressaltar, no entanto, que apenas nos dois últimos modelos de tributação há, realmente, a concorrência fiscal prejudicial, pois no caso dos *low tax system*, encontram-se países que, para atraírem fatores de alavancagem econômica, investimentos e poupanças, criam mecanismos de incentivos fiscais mitigados, sem sacrifícios do próprio orçamento, o que

configura uma espécie de concorrência aceitável.

Surge, assim, da análise deste tipo de tratamento, outra questão. Como identificar esses países com tributação favorecida? Alguns critérios que podem ser elencados, tais como:

- a) revelação de total ausência de impostos ou que o sistema seja dotado de impostos nominais<sup>10</sup> ou muito reduzidos, tanto para residentes quanto para não-residentes (como as Ilhas Cayman);
- b) existência de impostos “normais” para os fatos jurídicos tributários constituídos internamente (para os residentes), mas aplicados com alíquotas muito reduzidas aos rendimentos ou investimentos de fontes externas, sobre não-residentes (como o Panamá);
- c) estabelecimento de privilégios ou incentivos fiscais especiais para certas categorias de pessoas, rendas ou operações (como Luxemburgo).

Mas além desses critérios tributários, outros há que auxiliam na identificação desses *tax havens*, tais como:

- a) demonstração de segurança com respeito à manutenção de isenções e garantias contra possíveis impostos futuros por períodos muito largos;
- b) inexistência de convenções para troca de informações ou assistência administrativa (mesmo que em acordos de dupla tributação);
- c) respeito ao segredo bancário ou inexistência de leis que imponham a confidencialidade dos dados relativos às operações comerciais, com a previsão de sanções severas para agentes públicos ou do sistema

<sup>7</sup> Sistema de Baixa Tributação.

<sup>8</sup> Sistema Preferencial de Tributação.

<sup>9</sup> Paraísos Fiscais.

<sup>10</sup> Sistema completamente diverso do brasileiro, em que cada contribuinte tem um tratamento diferenciado. Alguns irão pagar menos do que outros e ainda haverão alguns que nada recolherão, nem nacionais, nem estrangeiros. O Estado tem outras fontes principais de receita, tais como as empresas estatais.



- financeiro que revelem informações;
- d) ausência de controle de câmbio;
  - e) possibilidade de negociar com as autoridades fiscais o nível da base de cálculo ou a alíquota aplicável (*rulings*);
  - f) presença de títulos anônimos ou de ações ao portador;
  - g) falta de transparência fiscal;
  - h) legislação sobre sociedades flexível (não obrigatoriedade de publicação de dados contábeis, regimes de ações ao portador, etc.).

Neste aspecto, o Brasil tem estabelecido normas para tentar evitar esse tipo de evasão tributária, desde a implantação da Lei 9.430/96, e, posteriormente, as Leis 9.779/99 e 9.959/00, que ampliaram a incidência do Imposto de Renda das diversas formas de remessas ao exterior, que passaram as alíquotas de 0% para 15% ou 25%, conforme o caso.

Lucio Velo<sup>11</sup>, em recente publicação, enumerou de forma clara a grande maioria dos paraísos fiscais e além disso ainda os separou por regiões e tipos de refúgios fiscais:

Paraísos Fiscais com Taxação Moderada; Países Baixos, Luxemburgo e Suíça.

Importantes Paraísos Fiscais da Europa; Liechtenstein, Andorra, Chipre, Gibraltar, Ilhas do Canal, Madeira, Malta Principado de Mônaco.

Importantes Paraísos Fiscais no Caribe e na América Central; Panamá, Névis, Antilhas Holandesas – Aruba, Anguilla, Barbados, Bahamas, Antígua e Barbuda, Belize, Bermudas, Ilhas Virgens Britânicas, Ilhas Cayman.

Outros Paraísos Fiscais no Mundo; Hong Kong, Ilhas Maurício, Ilhas Cook,

Uruguai, Libéria, Vanuatu, Labuan, Dubai.

O tipo de enfoque dado por esse autor é importante para remeter a outro aspecto fundamental: a distribuição desses paraísos por todo o globo, de forma a facilitar o acesso a quem quer que seja, e mostrar que não existe a concentração destes em alguns pontos isolados, como pensa a maioria das pessoas.

Partindo-se de uma outra abordagem, pode-se notar que, em cerca de 90%<sup>12</sup> desses paraísos fiscais, existem os cassinos, reconhecidamente um dos meios mais utilizados para a transformação de *Black Money* em *No Black Money*<sup>13</sup>, ou seja, a lavagem de dinheiro.

É claro que existem ainda alguns motivos para que alguns investidores queiram efetuar a migração de seus capitais para alguns desses paraísos fiscais, como por exemplo:

*Os investidores internacionais podem planejar onde desenvolver suas atividades comerciais, financeiras ou bancárias, protegidos pela legislação especial desses paraísos fiscais.*

*Esta é a razão pela qual os paraísos fiscais têm se estabelecido pelo mundo, cada qual oferecendo suas próprias vantagens. Exemplificando: o reino das holdings é a Holanda, os impérios do trust são Jersey e Bermudas, o ‘Eldorado’ dos fundos comuns de investimento são as Ilhas Cayman, a força da tradição e do sigilo bancário é a Suíça, a pátria das Fundações de Família é Liechtenstein, enquanto Mônaco é o paraíso das pessoas físicas não sujeitas ao imposto de renda.<sup>14</sup>*

<sup>11</sup> VELO, Lucio. **O mundo dos paraísos fiscais financeiros**. São Paulo: Editora Manole Ltda. 2001.

<sup>12</sup> Este número foi obtido pelo autor através de regra de três simples, utilizando-se os dados constantes da obra de Heleno Tôrres, já citado em outros momentos neste trabalho.

<sup>13</sup> *Black Money* é aquele dinheiro havido através de ilícitos e *No Black Money* é aquele que ainda não pagou os impostos, mas que poderá fazê-lo e tornar-se lícito.

<sup>14</sup> VELO, Lucio. **O mundo dos paraísos fiscais financeiros**. São Paulo: Editora Manole Ltda. 2001. p. 14.





Outro fator a ser considerado é que, tal como ocorre no comércio tradicional, os serviços usufruídos e as mercadorias adquiridas através da Internet podem ser pagos por qualquer dos meios conhecidos, como, por exemplo, cheque, depósito em conta corrente, transferência bancária, pagamento em dinheiro, utilização de cartão de crédito. A escolha da forma a ser utilizada dependerá, certamente, das características da atividade, da forma de distribuição do produto, do volume de negócios da empresa.

É preciso, então, entender que são de especial interesse os mecanismos de pagamento que envolvam um intermediário, ou seja, uma terceira pessoa que participe do pagamento. Isto decorre de uma razão óbvia: é esse terceiro que poderá ser escolhido como responsável tributário (se presente, evidentemente, o indispensável vínculo com o respectivo fato gerador do tributo).

É verdade que a legislação brasileira utiliza com frequência o próprio autor do pagamento como responsável tributário. Isto, contudo, somente é viável do ponto de vista da eficácia da arrecadação quando o pagamento é feito por pessoa jurídica. Não há, é verdade, impedimento legal algum para a escolha da pessoa física como sujeito passivo indireto. Esta opção, no entanto, esbarraria num excessivo e indesejável ônus burocrático que talvez não pudesse ser suportado pela pessoa física. Tal medida, possivelmente, acabaria por dificultar a fiscalização do cumprimento das obrigações tributárias em vez de simplificá-las. Prova disso é que a legislação tributária, na maioria das vezes, impõe a condição de responsável tributário à pessoa jurídica, reconhecendo nela, portanto, um melhor nível organizacional, condição indispensável à eficaz utilização do instituto.

A escolha da fonte pagadora como responsável tributário, porém, não seria satisfatória no caso do comércio eletrônico, tendo em vista sua preponderância no

atendimento da demanda de consumo das pessoas físicas. Se é verdade que parte do comércio eletrônico está voltada à demanda empresarial (o chamado *business-to-business*), é certo também que a situação mais crítica seria a parte voltada às pessoas físicas (*business-to-consumer*). De qualquer modo, a tributação do volume de operações dirigidas às pessoas físicas não restaria assegurada no caso de escolha da fonte de pagamento como responsável tributário, pois como poderia ser assegurada a fiscalização dessas pessoas físicas ?

Identificam-se, no Brasil, inicialmente, três agentes que teriam alguma participação no comércio eletrônico, ainda que de forma indireta, enquanto intermediários do pagamento das operações. São eles:

- a) os bancos, em relação às operações pagas por meio de boleto bancário gerado no próprio *site* da empresa vendedora no momento da aquisição dos produtos e serviços na Internet;
- b) a Empresa de Correios e Telégrafos (Correios), ou outra empresa qualquer que disponibilize o serviço de reembolso postal, quando este for o meio de pagamento utilizado;
- c) as empresas administradoras de cartões de crédito, no tocante às operações quitadas por meio deste mecanismo.

Hodiernamente, em razão da maior representatividade, deve-se concentrar este estudo nos pagamentos efetuados por meio de cartão de crédito.

Deve-se levar em conta que a solidariedade em matéria tributária é exigida através de um vínculo, como bem enfatiza o artigo 128 do Código Tributário Nacional - CTN, *verbis*:

*Art. 128. Sem prejuízo do disposto neste Capítulo, a lei pode atribuir de modo expresso a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa,*



*vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação.*

De fato, deve existir entre o terceiro e o contribuinte original uma relação econômica pertinente ao tributo. Assim, por exemplo, apesar de haver certa relação entre dois vizinhos (relação social), esta não autoriza a eleição de um como solidário em relação ao tributo devido pelo outro.

Desta análise, pode-se concluir que uma situação semelhante ocorre em relação à administradora de cartões de crédito. Seu vínculo com o prestador de serviços é apenas comercial, exaurindo-se na intermediação do respectivo pagamento. Não há qualquer vínculo da administradora diretamente com o serviço prestado pelo seu filiado, o qual constitui o fato gerador do ISS. Neste sentido, a eleição da administradora como responsável pelo ISS é tão absurda quanto a eleição do morador do primeiro andar como solidário ao imposto devido pelo seu vizinho.

Diante do exposto, pode-se chegar às seguintes conclusões:

Um dos maiores problemas trazidos pelo comércio eletrônico em relação ao Direito Tributário consiste na dificuldade de fiscalização das prestações de serviços e vendas de mercadorias concluídas por meio de *download* na Internet, tendo em vista a não existência de circulação física de mercadorias e, por vezes, a dificuldade de localização do prestador de serviços.

Neste contexto, o instituto da responsabilidade tributária<sup>15</sup> poderia ser um instrumento útil no auxílio da arrecadação dos tributos incidentes sobre o comércio eletrônico, fazendo a regulamentação e

fiscalização devidas.

Em se tratando de pagamento no comércio eletrônico via cartão de crédito, sabe-se que as empresas administradoras de cartões de crédito, no entanto, não possuem, com a prestação de serviços nem com a venda de mercadorias realizada pelos seus filiados, o mencionado vínculo exigido pelo artigo 128 do CTN. Sua relação com seus filiados é tão-somente comercial, limitando-se à intermediação do pagamento. Não podem, desta forma, ser escolhidas pela lei tributária como responsáveis pelo ISS – Imposto Sobre Serviços ou ICMS – Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços, devidos por seus filiados em razão dos serviços prestados e das mercadorias vendidas no comércio eletrônico, qualquer que seja a modalidade de responsabilidade.

#### 4- O *Trust* e o *Truste*

Existem inúmeras formas de planejamentos patrimoniais para a preservação de bens, com cuidados para não prejudicar herdeiros, cônjuges ou bens de família valiosos, como são as cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e restrições. Ocorre, todavia, que essas formas de garantia não são oponíveis ao Fisco. Daí o planejamento tributário internacional para a proteção de ativos contemplar a figura do *trust*, com as diversas vantagens que este oferece do ponto de vista patrimonial.

O *trust* (confiança) é uma das figuras mais originais do *common law*, sendo a sua definição uma das grandes dificuldades da doutrina especializada, principalmente para aquela de formação romanística. A salvo dos preconceitos e das incompreensões que recaíram sobre ele no passado, tende a ser um instituto muito difundido e ampliado nas suas possibilidades, principalmente, pelas

<sup>15</sup> “Responsabilidade tributária”, nestes termos, é nome genérico usado para designar a sujeição passiva indireta na relação tributária, dividindo-se em substituição e transferência. Esta, por sua vez, subdivide-se em solidariedade, sucessão e responsabilidade *stricto sensu*. O Código Tributário Nacional exige dois requisitos para a instituição de casos de responsabilidade tributária: previsão legal expressa (exceção feita somente aos casos regulados nos artigos 129 a 135 do Código, aplicáveis a todos os tributos independentemente de previsão na legislação específica) e vínculo do terceiro com o respectivo fato gerador do tributo.



formas simplificadas que admite na administração de riquezas individuais de terceiros.

Consiste o *trust* numa forma de atribuir bens ou direitos para outras pessoas (beneficiários) sem transmitir para essas o direito de propriedade, e sem que se realize qualquer forma de comunhão, configurando-se, para cada um dos sujeitos, uma espécie típica de titularidade de situações jurídicas.

Sua noção mais aproximada talvez seja a de uma relação fiduciária em virtude da qual um determinado sujeito, o *settlor*, proprietário dos bens ou patrimônio (*trust fund*), transfere-o a um outro sujeito, o fiduciário (*trustee*), que passa a ter, sobre tais bens ou direitos, a propriedade formal (*trust-ownership, legal state* ou a titularidade, com a obrigação de custodiá-los ou administrá-los, para atribuir os ganhos ou rendimentos a um ou mais beneficiários (*beneficiaries*). Assim, o beneficiário deterá a propriedade substancial – “econômica”- (*beneficiary ownership, equitable estate*), podendo o *trust* servir a um ou mais beneficiários ou a uma finalidade própria.

Temos aqui uma estrutura triádica de relações jurídicas de natureza fiduciária, nas quais um sujeito (*settlor*) atribui a um outro sujeito (*trustee* – pessoa física ou instituição financeira de confiança) a legitimação (*legal title*) para cumprir determinados atos sobre específicos bens ou direitos (que constituem a *trust property*), com a obrigação de mantê-los e administrá-los, de acordo com as determinações contidas no contrato de *trust* firmado por ambos, no interesse de um ou mais beneficiários (*beneficiary* ou *trust*) titulares de um *equitable interest* (identificados no contrato de *trust*).

Em outros termos, o *trust* permite dividir a propriedade de um bem (ou cindir a titularidade de um mesmo direito) entre dois sujeitos, dos quais um, o *trustee*, é legitimado a exercer grande parte das faculdades comumente inerentes ao direito de

propriedade, e o outro, o *beneficiary* (*cestui que trust*), é o sujeito que gozará das vantagens do exercício de poder do *trustee* sobre o bem de sua propriedade (que pode ser o próprio *settlor*).

A segregação (separação do patrimônio), referida ao *trust*, deve ser vista de duas perspectivas: uma, em face do disponente, e a outra, em face do *trustee*. Quanto à primeira, o *trust* nasce por um ato de disposição e pela fidúcia: o disponente não tem qualquer ação contra o *trustee* caso eventualmente este se torne inadimplente. Isto quer dizer que: aquilo que o disponente põe no *trust* é, para ele, definitivamente perdido. Quanto à segunda, o *trustee* exerce a responsabilidade sua sobre os bens objetos do *trust*, e ele responde, pessoal e ilimitadamente, pela obrigação assumida. Credor das prestações é o beneficiário do *trust*, caso exista; na falta, será o sujeito, privado ou público, legitimado para pretender do *trustee* que ele cumpra as respectivas obrigações para atender os fins do *trust* que administra. Como se pode ver, o enquadramento e a compreensão do instituto giram em torno do conceito de *dual ownership*, típico dos sistemas anglo-saxões: à propriedade jurídica do *trustee* (segundo o *common law*) contrapõe-se a propriedade econômica dos beneficiários (com base no *equity law*).

Para a válida constituição de um *trust* (que não carece de contrato típico) é necessário que o *settlor* se despoje, a título definitivo, da propriedade dos bens que forem objeto do *trust* (*trust property* ou *trust fund*), que serão transferidos ao *trustee* em benefício de um terceiro sujeito, dito beneficiário, que terá direito a perceber determinados lucros ou ganhos, em conformidade com os termos do ato institutivo do *trust*, ou para atingir determinados fins.

O reconhecimento e o direito aplicável ao chamado *trust* internacional encontram-se previstos em convenção



internacional: *Convention on the law applicable to trusts and on their recognition*, celebrada em Haia, em 1º de julho de 1985, que vem acompanhada de importantes comentários sobre cada disposição. O Brasil não ratificou essa convenção e não há, no direito brasileiro, uma lei específica sobre o *trust*. Esta Convenção define o *trust*, no seu artigo 2º, como: “*the legal relationships created – inter vivos or on death – by a person, the settlor, when assets have been placed under the control of a trustee for the benefit of a beneficiary or for a specified purpose*”<sup>16</sup>.

Então para que serve o *trust*? Para efeitos fiscais, o *trust* é normalmente usado para evitar a incidência de tributos ou apenas uma alíquota mais gravosa sobre o patrimônio. É o caso de transmissões de patrimônio *mortis causa*, ao estabelecer, o *settlor*, que com a sua morte deva o *trustee* transferir os determinados bens às pessoas indicadas no contrato (beneficiários). Como esses bens não estarão arrolados no testamento<sup>17</sup>, dificilmente o Fisco alcançará essa transmissão patrimonial. Outro exemplo de utilização dos *trusts* para afastar a incidência tributária encontra-se na proteção de ativos a certos tributos e a controles cambiais, como um negócio, dinheiro, bens imóveis, valores mobiliários e títulos do mercado financeiro.

Já a figura do *truste* (consórcio, associação) está prevista na Lei n.º 8.884, de 11 de junho de 1994, que transformou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE em Autarquia, dispondo ainda sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, dando outras providências.

Esse tipo de associação tem origem

nos Estados Unidos da América, na tentativa de o governo incentivar o povoamento do oeste, tendo sido banidos pelo *Sherman Act*, de 1890 – por isso conhecida como Lei Antitruste, quando os mercados envolvidos nesse tipo de concentração passaram a abusar de sua posição dominante.

Hodiernamente, várias são as formas de concentração para cooperação, o que não quer dizer, num primeiro momento, que sejam malélicas à concorrência. Isto, porque um dos princípios regentes da lei brasileira de defesa à concorrência é o da possibilidade das concentrações, pela classificação de Giorgio Bernini<sup>18</sup> e pela interpretação do artigo 54.<sup>19</sup>

Como no Brasil as práticas aparentemente restritivas à concorrência não são consideradas abusivas *per se*, num misto das regras norte-americanas e europeias, determinadas formas de concentração são perfeitamente aceitas, tendo em vista a eficiência, o que leva autores portugueses a denominarem determinadas concentrações de cooperação interempresarial.

*A cooperação assume normalmente a forma contratual. Estes contratos desempenham funções, ora a montante do processo produtivo (como os contratos de transferência de tecnologia ou os contratos de investigação e desenvolvimento), ora no interior do processo produtivo (como a subcontratação e o partenariat), ora na fase de distribuição (como a distribuição exclusiva ou selectiva), ora em vários desses momentos (como a franquia, a joint venture, os agrupamentos complementares de empresas e os agrupamentos europeus de interesse económico).*<sup>20</sup>

<sup>16</sup> Em tradução livre: as relações jurídicas criadas – *inter vivos* ou *causa mortis* – por uma pessoa, o *settlor*, quando bens tenham sido colocados sob o controle de um *trustee* para o benefício/garantia de um beneficiário ou para um propósito específico.

<sup>17</sup> Sistema diverso do brasileiro, adotado apenas nos Estados Unidos da América.

<sup>18</sup> FONSECA, João Bosco Leopoldino da. Apostila fornecida em 03 de julho de 2000 aos intercambistas do CADE.

<sup>19</sup> Para um estudo mais pormenorizado, vide FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Admissibilidade de atos que limitam a concorrência**. In: Revista de Direito Econômico, Brasília, set./dez. 1997.

<sup>20</sup> SANTOS, António Carlos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão. **Direito económico**. 3.ed. Coimbra: Almedina, 1999. p. 320.



Inobstante a nobreza dos objetivos formalizados nos contratos que institucionalizam a cooperação, perfeitamente avalizada pelos entes de defesa da concorrência, nada impede o desvirtuamento de seus objetivos num tempo futuro, justificando, neste caso, a intervenção estatal, mostrando que em seara de concorrência não existe coisa julgada quanto a atos de concentração aprovados, até mesmo porque as práticas abusivas constituem infrações, sendo legitimamente reprimidas a cada nova adequação aos tipos elencados nos artigos 20 ou 21 da Lei 8.884/94.

Isto porque a destinatária da defesa da concorrência não consiste na resumida classe empresarial, mas sim a coletividade consumidora, diretamente afetada pelas práticas mercadológicas.

### 5- A Cartelização no Comércio Eletrônico

Outro aspecto importante a ser abordado no presente trabalho é o problema da cartelização. Como definir o que poderia ser a formação de cartel no âmbito da Internet?

Os cartéis, como práticas restritivas, são proibidos pelas legislações de defesa da concorrência. Se, de um lado, a posição dominante é aceitável, porque decorrente de esforços em relação a pesquisa, trabalho, tecnologia, *marketing*, o abuso, ou mau uso, como a própria origem do vocábulo demonstra, é totalmente proibido pelas legislações nacionais, regionais e mundial.

Prudente, pois, examinar o que vem a ser abuso de posição dominante, mesmo porque, pela lei brasileira, ainda que reprimida pelo artigo 20, de forma aberta, não é definida, falha também encontrada no artigo 66º, nº 7, do Tratado CECA, no âmbito da atual União Européia.

Derivada, pois, do abuso do direito, o abuso da posição dominante nada mais

consiste, sob inúmeras formas, do que o impedimento da efetivação dos princípios e fundamentos norteadores de toda ordem econômica, quais sejam a livre iniciativa, a livre concorrência, entendida como praticável, e a defesa do consumidor. Isto descarta a existência da posição dominante em si, como ressalta Forgioni,<sup>21</sup> embora se entenda que isto se refira somente ao seu abuso.

Como qualquer concentração destinada a práticas abusivas, dificilmente são os cartéis justificáveis, o que torna a clareza de sua existência quase impossível, uma vez que as empresas envolvidas não se dispõem a documentar uma operação no sentido de burlar a lei, subsumindo-se em uma, algumas ou todas as práticas estabelecidas exemplificadamente no artigo 21 da Lei 8.884/94.

As práticas elencadas naquele dispositivo legal (Lei 8.884/94) coincidem com as citadas pela maioria dos autores, nacionais e estrangeiros, pelos claros resultados que provocam no mercado.

De forma mais abrangente, consistem na limitação da produção, distribuição ou desenvolvimento técnico em prejuízo dos consumidores, como forma abusiva<sup>22</sup>, constituindo-se em vários tipos, como:

- acordos de fixação de preços;
- para fraudar licitações – *bid rigging*;
- de divisão de territórios e/ou consumidores;
- de restrição de produção.

Portanto, se são terríveis os efeitos dos cartéis em nível nacional, posto que ensejam práticas monopolistas, imagine-se os problemas causados por fornecedores que têm como veículo principal de divulgação e compra de seus produtos/serviços o computador, propiciando o acesso de

<sup>21</sup> FORGIONI, Paula A. **Posição dominante e seu abuso**. In: Revista de Direito Econômico. Brasília, set./dez. 1997. pp. 124-131.

<sup>22</sup> VAZ, Manuel Afonso. **Direito econômico**: a ordem econômica portuguesa. 4.ed. revista e atualizada. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. p. 309.



qualquer local do planeta.

Deve-se, então, analisar com cautela a interpretação, em seara nacional, dos artigos 20 e 21 no âmbito do Direito Virtual para que possamos fazer uma correta aplicação destes nas relações comerciais efetuadas através do comércio eletrônico.

Deve-se lembrar que a legislação pátria foi criada em uma época que o mundo inteiro já atentava para o fato de que o comércio eletrônico seria um forte aliado das empresas que pretendiam investir neste ramo. Entretanto, o legislador brasileiro foi omissivo no tratamento do assunto, não reservando a este qualquer menção. Assim, tem-se hoje uma norma recente, porém obsoleta, que não atende as situações criadas por um mundo globalizado e informatizado.

A Internet veio abrir novas possibilidades ao mercado real, uma vez que conseguiu agregar a este novas perspectivas que até então não eram possíveis, pois colocou no mercado mundial pequenas empresas que não poderiam sem a utilização desta jamais competir com as grandes corporações, quer pela oferta de seus produtos nos mercados externos, quer pela facilidade de divulgação de seus produtos por este novo veículo.

Se, por um lado, a Internet trouxe para o comércio convencional novas perspectivas e uma inovadora forma de divulgação, e, poder-se-ia dizer até, propagação em todos os segmentos de mercado do mundo, por outro, como controlar a organização de cartéis no mundo virtual, como poderia ser exercida tal fiscalização?

Portanto, deve-se ter em mente que, embora alguns países, dentro das deficiências de suas leis, tentem coibir a cartelização, isto se faz impossível não só pela expansão agressiva do mercado mundial, mas pela natureza mesma do comércio eletrônico, se

esforços da comunidade internacional integrada não forem tomados acerca deste problema, capaz de dismantlar toda a economia de um ou mais países, esta nova modalidade de comércio<sup>23</sup> tornará impraticável qualquer forma de fiscalização ou controle em nível mundial.

Por outro lado, felizmente, as atividades ligadas ao comércio eletrônico estão fortemente relacionadas com as regras sobre o comércio de bens e serviços negociados e acordados pela OMC – Organização Mundial do Comércio<sup>24</sup>. Dentre as áreas mais importantes podem ser citadas (WTO – World Trade Organization, 1998, WTO Agreements and Electronic Commerce, WTIGCIW190, SICIW168):

- Acesso à Internet – que significa maior disponibilidade de utilização da infra-estrutura. Tal disponibilidade pressupõe acesso ao fluxo de informações através do necessário *hardware*<sup>25</sup> e *software*<sup>26</sup>, e do necessário acesso às redes de comunicação. A OMC está estabelecendo regras nessa área através de dois acordos. O primeiro é o Acordo sobre Tecnologia da Informação, que objetiva reduzir as tarifas de produtos essenciais ao comércio eletrônico; e o segundo é o GATS – Acordo Geral sobre o Comércio de Serviços, que inclui compromissos nas áreas de acesso a mercados, tratamento nacional e princípios de regulamentação no setor de telecomunicação básica. O anexo sobre telecomunicação garante o acesso e uso de redes públicas de telecomunicação e seus serviços.
- Acesso a mercados e comércio eletrônico – que introduz a discussão de onde lidar com os temas de

<sup>23</sup> O comércio virtual.

<sup>24</sup> THORSTENSEN, Vera. *As regras do comércio internacional e a nova rodada de negociações multilaterais*. São Paulo: Edições Aduaneiras Ltda, 2001.

<sup>25</sup> Parte física do computador.

<sup>26</sup> Programas inseridos no computador.



comércio eletrônico, ou seja, no GATT – General Agreements on Tariffs and Trade (bens), no GATS - General Agreements on Tariffs and Services (serviços) ou em ambos. Alguns membros da OMC estão apresentando propostas para negociação, através de painéis, pois é esta a forma que as mesmas devem ser apresentadas. Dentre elas, a proposta dos EUA de que os membros da OMC mantenham a atual prática de não impor direitos ou tarifas sobre transações eletrônicas, uma vez que os governos não consideram as transmissões eletrônicas como importações para fins de imposição de direitos aduaneiros. O foco da proposta é sobre a transmissão de informação digitalizada, e não sobre bens distribuídos por meios físicos depois de adquiridos pela Internet.

- Liberalização do comércio via GATS – que implica uma nova categorização dos serviços e levanta questões de como estão sendo tratados no GATS. Tais categorias são as seguintes: setores que suportam o comércio eletrônico como telecomunicações, computação e serviços relacionados; setores que permitem a entrega eletrônica dos serviços como negócios, diversão, serviços financeiros; setores complementares ao comércio como correios, serviços de entrega e transportes; e setores que se beneficiam do fluxo das informações eletrônicas como serviço de busca rápida, transmissão de dados e processamento eletrônico de modelos administrativos.
- Facilitação do comércio – que surge como consequência da expansão do comércio eletrônico e melhora substancialmente as oportunidades de acesso a mercados. O uso do comércio eletrônico para facilitar o

comércio e a administração aduaneira tem implicações importantes nos custos do comércio e podem representar o dismantelamento de inúmeras barreiras. A OMC está discutindo o tema facilitação do comércio em seus diversos comitês sob a coordenação do Conselho sobre o Comércio de Bens.

- Comércio eletrônico e compras governamentais – que pode causar importante impacto no processo de aquisição pública através de propaganda eletrônica, qualificação, processo de licitação, seleção, pagamento e entrega do produto ou serviço. Significativos são os impactos em termos de transferência e eficiência do processo. O tema está em discussão no Comitê sobre Compras Governamentais.
- Propriedade Intelectual – que atinge a área do comércio eletrônico em duas frentes principais: a proteção do direito do autor e a proteção de marcas, ambos cobertos pelo Acordo de TRIPs e pelas convenções assinadas no âmbito da OMPI – Organização Mundial de Propriedade Intelectual. Outra importante questão diz respeito aos nomes de domínio (*domain names*) usados da Internet e se eles pertencem ou não à empresa que explora a marca.

Durante a Conferência Ministerial de Genebra de maio de 1998, foi acordada a Declaração sobre Comércio Eletrônico que determina que (WTO, 1998, *Geneva Ministerial Declaration*):

- o Conselho Geral deve estabelecer um programa de trabalho para examinar todos os temas de comércio relacionados ao comércio eletrônico global. O programa de trabalho deve envolver todos os órgãos pertinentes da OMC, levar em consideração as necessidades econômicas e



financeiras e de desenvolvimento dos membros em desenvolvimento, e levar em consideração o trabalho já desenvolvido por outras organizações internacionais;

- o Conselho Geral deve produzir um relatório sobre o progresso do programa de trabalho e recomendações para um plano de ação a ser submetido à Conferência Ministerial na sua terceira sessão, a ser realizada em Seattle<sup>27</sup>;
- os membros da OMC continuarão com as suas práticas correntes de não impor direitos aduaneiros sobre transmissões eletrônicas. O Conselho Geral deverá rever essa declaração, e seu alcance será decidido por consenso, levando-se em consideração o andamento do programa de trabalho.

O tema comércio eletrônico também tem sido discutido dentro dos trabalhos de preparação para uma nova rodada de negociações, iniciados pela Conferência Ministerial de Genebra de 1998. Várias propostas de recomendações estão sendo discutidas dentro do item *outras medidas* propostas pelos membros, relacionadas às relações multilaterais de comércio.

Dentre os pontos que merecem atenção (WTO, 1999, Checklist of Issues):

- importância de se estabelecer um programa de trabalho sobre comércio eletrônico que inclua a identificação dos dispositivos já existentes dentro da OMC, ou a necessidade de se desenvolverem novos dispositivos;
- melhor entendimento sobre as implicações dos aspectos do comércio eletrônico relacionados ao comércio em diferentes níveis: nacional, bilateral, regional e global, com base nos trabalhos já desenvolvidos em

outros órgãos internacionais;

- avaliação dos impactos do comércio eletrônico sobre os direitos e obrigações dos membros dentro dos acordos da OMC;
- ênfase deve ser dada ao trabalho sobre comércio eletrônico na dimensão do desenvolvimento, incluindo temas como exigência de infra-estrutura, capacitação humana e institucional;
- ênfase deve ser dada à consideração de meios e modos de se fortalecer o comércio dos países em desenvolvimento na eletrônica; garantia de que o acesso a mercado e oportunidades de negócios dos países em desenvolvimento não sejam excluídos com a substituição dos meios tradicionais de comércio;
- garantia de que os países em desenvolvimento terão acesso irrestrito às últimas tecnologias, incluindo as de encriptografia e computadores de alto desempenho, sobre uma base não discriminatória e sobre a importância da neutralidade tecnológica;
- consideração de temas relacionados ao comércio eletrônico como receitas tarifárias e outros aspectos fiscais, bem como impactos sobre as atividades das aduanas.

Diante de questões de tal atualidade e importância, é de se esperar que o tema comércio eletrônico assumira um papel de destaque nas próximas negociações.

É sabido que existem outros institutos de direito da concorrência aplicáveis à Internet, tais como: a elasticidade da oferta e da procura, elasticidade cruzada, custo marginal, monopólio, oligopólio, monopsonio, oligopsonio, poder econômico, posição dominante, etc.

<sup>27</sup> Por motivos protecionistas, nada foi definido, embora tal fato tenha sido atribuído às manifestações antiglobalização durante o evento.





Fato é que a Internet, considerada uma realidade virtual, bem como as relações que cria, ocupa cada vez maior espaço no mundo físico, tradicional. A cada dia, as empresas e indivíduos tendem a dedicar a ela maior porção de seus tempos, facilitando suas atividades e relações ordinárias.

Esta invasão ocorre também no Direito, em todas as suas ramificações. As preocupações das autoridades “antitruste”, relativas ao mercado relevante no âmbito da Internet e à possibilidade de configuração de cartéis em determinados “sites” B2B<sup>28</sup>, são bastante atuais e relevantes.

As evidências da existência de um mercado relevante puramente “virtual”, bem como de cartéis na Internet por intermédio de “sites” B2B, não são até o presente momento totalmente palpáveis. Só o futuro e a investigação antitruste continuada é que poderão dizer se as questões levantadas serão procedentes, face uma realidade que, dadas a magnitude e a velocidade das evoluções tecnológicas, tende a ser cada vez menos “virtual”.

### Conclusão

Uma coisa, todavia, é certa: a praticabilidade da concorrência ver-se-á afetada caso os Estados não insiram tributo, em seus ordenamentos jurídicos internos incidente sobre o comércio eletrônico. Se o mal já ocorre internamente, a não adoção geral do mesmo via consenso internacional acarretará a quebra de Estados em detrimento do enriquecimento privado dos beneficiados fiscais.

A Internet veio implementar novas formas de concorrência, e estas serão usadas sobremaneira nesta economia globalizada, uma vez que as barreiras físicas e econômicas deixam de existir.

A mesma rede mundial que proporciona novas oportunidades para

muitas empresas poderá afetar negativamente uma imensidão de outras, e isto é motivo de preocupação para a estabilização de inúmeras destas no mercado nacional/mundial.

Em um momento em que inúmeras economias têm tentado reduzir sobremaneira o tamanho e o peso de suas máquinas estatais, pode parecer controverso falar em tributação da Internet, mas à medida que existe uma grande migração de empresas da economia convencional, para esta economia “virtual”, isto torna-se “real” e emergencial.

Diante de todo o exposto, o que propomos é a criação de uma legislação e programas de controle que efetivamente funcionem, como é o caso do ECF, Emissor de Cupom Fiscal.

Outro exemplo que podemos citar é o do Instituto E-Cobra, que inaugurou em seu *site* a seção de provedores de serviços, um catálogo de fornecedores para a economia digital. A intenção do E-Cobra é gerar novas parcerias para a implementação de negócios na internet. Esse instituto é uma organização sem fins lucrativos, criada pelas empresas Itaú, Intel, Itautec, McKinsey, Bol e Uol, que está realizando a primeira competição de negócios em *e-commerce* no Brasil.

Embora esse *site* tenha sido criado por empresas de interesses em comum na Internet – o lucro –, o exemplo serviria de parâmetro para estudos mais aprofundados dos Estados que queiram gerir esse tipo de comércio.

É cediço que a legislação para gerir o comércio eletrônico deve partir de acordos internacionais firmados entre todos os países que participem efetivamente<sup>29</sup> da rede mundial, já que alguns não participam, ou por terem precárias condições de telecomunicações, ou mesmo por não terem ainda energia elétrica em todo o seu território. Essa legislação controlaria a remessa e o recebimento de produtos e serviços e faria a

<sup>28</sup> B2B quer dizer *Business to Business*.

<sup>29</sup> Efetivamente, pois, alguns não dispõem sequer de meios de comunicação eficazes para a transmissão destes dados.



tributação dos mesmos, bem como compensações, quando forem necessárias.

Não seria também muito complicado criar um sistema para tributar a *e-commerce* no mundo, pois, em tempos de economia globalizada, deveríamos considerar o globo como um todo. Partindo dessa premissa, seria criado um *site* no qual todo consumidor interessado em comprar em algum site deveria fornecer dados pessoais que permaneceriam armazenados para os fornecedores, caso necessitassem conferir para vender com segurança (usando-se de uma analogia grotesca, como uma Associação Comercial). Nesse *site* os consumidores, após preencherem dados pessoais, receberiam um número que seria como um “CPF Mundial Digital”, valendo como cadastro para compras na Rede Mundial, sendo

acompanhado de uma senha pessoal e intransferível. Já para o fornecedor/vendedor da rede mundial, o processo seria um pouco diferente, mas este também deveria se cadastrar. Entretanto, obteria nesse *site* um programa (similar ao ECF – Emissor de Cupom Fiscal) que traria aos Estados a segurança de tributação de todas as transações efetuadas através da rede, sob pena de severas sanções aos que desrespeitassem as normas impostas por essa “Legislação Internacional Tributária”. Bem entendido que esta legislação seria criada, tão-somente, para atender as operações feitas através da Internet, não afetando diretamente as operações internas de cada Estado.

#### REFERÊNCIAS

**DRUCKER, Peter.** O e-commerce vai entregar? *Revista Exame. The Economist.* 22/12/1999.

**FONSECA, João Bosco Leopoldino da.** Admissibilidade de atos que limitam a concorrência. *In: Revista de Direito Econômico, Brasília, set./dez. 1997.*

**FORGIONI, Paula A.** Os fundamentos do antitruste. São Paulo: Revista dos tribunais, 1998.

**FORGIONI, Paula A.** Posição dominante e seu abuso. *In: Revista de Direito Econômico. Brasília, set./dez. 1997.*

**SANTOS, António Carlos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão.** Direito económico. 3.ed. Coimbra: Almedina, 1999.

**THORSTENSEN, Vera.** As regras do comércio internacional e a nova rodada de negociações multilaterais. São Paulo: Edições Aduaneiras Ltda, 2001.

**TÓRRES, Heleno.** Direito tributário internacional: planejamento tributário e operações transnacionais. São Paulo: Editora RT, 2001.

**VAZ, Manuel Afonso.** Direito económico: a ordem económica portuguesa. 4.ed. rev.atual. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

**VELO, Lucio.** O mundo dos paraísos fiscais financeiros. São Paulo: Manole Ltda, 2001.



# ARMA DE BRINQUEDO E TIPIFICAÇÃO PENAL

Cláudio Júlio Fontoura<sup>1</sup>

## Resumo

O presente texto enfoca a adoção de mais um mecanismo típico da legislação emergencial pelo direito brasileiro. Em tom crítico, expõe a incongruência sob a perspectiva da vítima do delito de roubo. Na conclusão, utiliza-se esta visão, confrontada inclusive com a jurisprudência brasileira, para abstrair a diferença jurídica no uso de arma real e de brinquedo no delito de roubo circunstanciado.

**Palavras-chave:** Direito Penal; interpretação e aplicação; roubo circunstanciado; arma de fogo; arma de brinquedo.

## Abstract

This text focuses the adoption to the Brazilian penal procedure of a typical mechanism of “exceptions rules”. Throw a critical perspective exposes the incongruence between those rules and the robbery’ victim perspective. Finally, with this new perspective, the author analyzes the solutions given by the brazilian jurisprudence for the hypotheses of distinction between detailed robbery by use of real and firearm copy.

**Keywords:** Criminal Law; interpretation and application; detailed robbery; firearm; firearm copy.

Na atualidade por vezes se legisla como se o poder de normatização resolvesse todas as celeumas sociais. O casuísmo muitas vezes impera a iniciativa dos congressistas, na cadência de uma melodia monótona e autófaga. Assim a gênese da Lei dos Crimes Hediondos. No controverso tema da arma de fogo e suas cópias (armas de brinquedo), o reporte não poderia ser díspar.

O Estatuto Repressivo dispõe, no preceito secundário do Art.157, pena de 4 a 10 anos de reclusão.<sup>2</sup> O parágrafo terceiro impõe o aumento da pena de um terço até a metade se, dentre outras razões, a violência ou ameaça é exercida com o emprego de arma.(Inciso I).

Mas no que concerne à análise presente: emprego de arma de fogo real ou cópia bem feita de brinquedo?

A resposta parece singela. Basta atentar para a perspectiva ontológica, ou algo é uma coisa ou não. Arma é a arma em-si, real. Arma de Brinquedo é cópia lúdica, brinquedo. Na hermenêutica penal não se utiliza raciocínio de construção extensiva em normas incriminadoras. Quisesse o legislador agravar com o mencionado aumento de pena, teria expressamente consignado a expressão “entende-se como arma também o simulacro...”.

Entretanto esse pensar deve ser reduzido a uma postura possível, nominada como teoria objetiva. É dizer,

<sup>1</sup> Advogado, Professor da UNIPAM (Universidade de Patos de Minas), agregada à UEMG (Universidade Estadual de Minas Gerais), e do CTSP (Curso Técnico em Segurança Pública) da PMMG (Polícia Militar de Minas Gerais).

### Notas de remissão:

<sup>2</sup> Roubo: Art. 157. Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência à pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência:

Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos, e multa.

§ 2º. A pena aumenta-se de um terço até metade:

I - se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma;



fenomênicamente, pela percepção sensorial, arma de fogo se revela em toda sua funcionabilidade, instrumento apto a emitir em cínese um projétil, após eclosão de espoleta, traduzindo em compressão de gases. O simulacro de brinquedo, por mais que se aproxime externamente do original, não possui operatividade para o lançamento de projéteis. Ou seja, arma de fogo é arma de fogo. Arma de brinquedo é arma de brinquedo. Logo, arma de fogo não é arma de brinquedo. A este raciocínio digno de Gertrude Stein (*Rosa é uma rosa é uma rosa é uma rosa*)<sup>3</sup> aderiu a maioria da doutrina e jurisprudência, por todos estes, Damásio de Jesus<sup>4</sup> e Sepúlveda Pertence:

Trecho de voto do Exmo. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, HC 69515 / RJ, D.J. 12.03.93: “De minha parte, confesso que jamais logrei me convencer da orientação da jurisprudência - avalizada, faz algum tempo, pelo Tribunal -, que enxerga a mesma agravante especial do roubo na utilização pelo agente da arma de brinquedo”.

A esse raciocínio, é contraposto o fato de que o núcleo do delito de roubo é regido por ‘constranger alguém mediante violência ou grave ameaça’. O legislador vindicou aumento de pena para a situação da vítima que se submete ao sujeito ativo pela grave ameaça presente na exibição de uma arma. O raciocínio deve ser torneado pela percepção da vítima da revogação de sua esfera de liberdade. Aos olhos desta, a intimidação ganha contornos mais fortes com a vista da arma. Tudo o que se exige é que o simulacro seja apto a atemorizar, *id est*, que a cópia seja bem feita. Nesta ordem, por uma perspectiva subjetiva, arma de fogo é o objeto, com finalidade lúdica ou de emissão de projéteis – pouco importa – com idoneidade para hipertrofiar, agigantar o calibre da grave

ameaça, ao remeter simbolicamente a idéia de revólver, pistola...

Expressa Damásio encobrando e capeando o raciocínio ao asseverar que “caso contrário, por coerência lógica, o porte de revólver de brinquedo constituiria o crime do Art.13 da Lei 10.826/03 (porte ilegal de arma)”.<sup>5</sup>

Ora, o porte ilegal de arma é delito de categoria jurídica absolutamente diferente do crime de roubo com a pena agravada pelo porte da arma. O primeiro, delito de mera conduta em que inexistente alteração no resultado naturalístico, fenomênico. O segundo, delito material com evidente resultado naturalístico. A categorias diversas não se impõe o mesmo tratamento axiológico. A única semelhança é o vocábulo arma. Quando se verbaliza “arma” no delito de porte ilegal, o intérprete apreende o conceito de modo distinto quando a regência do mesmo verbo se refere ao roubo. Nesse crime contra o patrimônio individualiza-se o sujeito passivo, que não pode ser abstraído. A vítima sente o constrangimento e exatamente por isso possibilita a coloração do fenômeno na matiz subjetiva. Já o porte ilegal de arma apresenta na sujeição passiva a coletividade, inexistindo como óbvio a vítima apta a perceber o delito atemorizada. Seguir o raciocínio do famoso doutrinador é chegar à conclusão absurda de que os partidários da corrente subjetiva teriam por imperativo lógico de admitir a prisão em flagrante daquele que for encontrado com uma arma de brinquedo na cintura brincando com seu filho...

Escamoteia ainda mais a seriedade da discussão ao questionar: “Se revólver de brinquedo fosse arma, haveria roubo agravado pelo concurso de pessoas se o assaltante estivesse acompanhado, em seu carro, de um boneco inflável?”<sup>6</sup>

<sup>3</sup> Stein, Gertrude. No original “Rose is a rose is a rose is a rose.” in “Sacred Emily” (1913), poema incluído em “Geography and Plays”. Boston: Four Seas Co., 1922. Páginas 178-188. Reedição: University of Nebraska Press, 1993. Página 178.

<sup>4</sup> Jesus, Damásio E. de. “Código Penal Anotado” 15ª ed. 2004. São Paulo. Editora Saraiva. Páginas 591 e 592.

<sup>5</sup> Jesus, Damásio de. “Código Penal Anotado” 15ª ed. 2004. São Paulo. Editora Saraiva. Páginas 592.

<sup>6</sup> Jesus, Damásio de. Cancelada a Súmula n. 174 do Superior Tribunal de Justiça: Agravado da Pena em Face do Emprego de Arma de Brinquedo na Execução do Crime de Roubo. São Paulo: Complexo Jurídico

Damásio de Jesus, nov.2001. Disponível em: [www.damasio.com.br/novo/html/frame\\_artigos.htm](http://www.damasio.com.br/novo/html/frame_artigos.htm)



A esse argumento é recusado o aporte de qualquer observação. Seria, no dizer de Santo Agostinho em sua obra *De agone Christino*, 5,5, *Adversus aerem certare*, lutar contra o ar, pelega inútil onde inexistem argumentos sérios.

A objeção séria à corrente subjetiva é de índole motivacional. Ao se aplicar a mesma pena para aquele que utiliza arma verdadeira e para quem usa arma de brinquedo, não se estaria incentivando, via dosimetria penal, o manejo da arma propriamente dita?

A adoção da teoria subjetiva é a perspectiva mais coerente possível a uma ciência penal que se aplica a seres humanos, e não a abstrações desprovidas de conteúdo emocional, como querem alguns teóricos a pretexto de coerência com dada teoria. Neste sentido, colaciona-se a brilhante análise do profundo conhecedor das motivações humanas, o criador da psicanálise, Sigmund Freud:

Pois “é completamente incompreensível como os fatores psicológicos podem ser desprezados, ali onde o que está em questão são as reações dos seres humanos vivos; (...) apenas sob o domínio dessas condições é que os homens conseguem pôr em execução seus impulsos instintivos originais — seu instinto de autopreservação, sua agressividade, sua necessidade de serem amados, sua tendência a obter prazer e evitar desprazer.”<sup>7</sup>

O Superior Tribunal de Justiça sumulou sob o número 174 o seguinte verbete: “no crime de roubo, a intimidação feita com arma de brinquedo autoriza o aumento da pena”, adotando nitidamente a corrente subjetiva. Entretanto, em 20 de fevereiro de 1997, a Lei nº 9.437, em seu art. 10, § 1º, II, tipifica a conduta de “utilizar arma de brinquedo, simulacro de arma capaz de atemorizar outrem, para o fim de cometer

crimes”, conduta a que comina a pena de detenção de um a dois anos.

Presente nesta situação óbice intransponível à corrente subjetiva. Ilustre-se a situação pela pena mínima na escala temporal:

1 – Antes da Lei 9.437/97

Roubo com utilização de arma ‘própria’: 5 anos e dois meses

(Do *caput* do Art. 157: 4 anos, com acréscimo pelo §2º da terça parte: 1 ano e dois meses)

Roubo com utilização de ‘simulacro’: 5 anos e dois meses

(Do *caput* do Art. 157: 4 anos, com acréscimo pelo §2º da terça parte: 1 ano e dois meses)

2 – Depois da Lei 9.437/97

Roubo com utilização de arma ‘própria’: 5 anos e dois meses

(Do *caput* do Art. 157: 4 anos, com acréscimo pelo §2º da terça parte: 1 ano e dois meses)

Roubo com utilização de ‘simulacro’: 6 anos e dois meses

(Do *caput* do Art. 157: 4 anos, com acréscimo pelo §2º da terça parte: 1 ano e dois meses e 1 ano pelo Art. 10, §1º, II da Lei 9.437/97)

É claro que é ilógico e absurdo (i) a pena ser maior quando se usa a réplica de brinquedo, violando o princípio Constitucional da proporcionalidade das penas, (ii) utilizar-se em duplicidade a presença da arma de brinquedo para agravar o delito do roubo e tipificar a conduta pela lei extravagante. Violação do clássico brocardo latino “*Ne bis in idem*”. Desta feita, teríamos, para escaparmos a dupla tarifação penal, de entender que a lei extravagante deixou a súmula inaplicável. A corrente subjetiva, portanto, restou impossibilitada de utilização por obra desta nova lei. Em 06 de novembro de 2001 o STJ cancela sua súmula.<sup>8</sup> DJU

<sup>7</sup> Freud, Sigmund. “Novas Conferências Introdutórias Sobre Psicanálise”. Conferência XXXV: A Questão De Uma Weltanschauung. Edição Eletrônica das Obras Psicológicas Completas. São Paulo. Imago. Págs não numeradas.

<sup>8</sup> DJU 06.11.2001, p. 229



06.11.2001, p. 229). Contemporizando portanto:

1 – Antes da Lei 9.437/97

Roubo com utilização de arma ‘própria’: 5 anos e dois meses

(Do *caput* do Art. 157: 4 anos, com acréscimo pelo §2º da terça parte: 1 ano e dois meses)

Roubo com utilização de ‘simulacro’: 5 anos e dois meses

(Do *caput* do Art. 157: 4 anos, com acréscimo pelo §2º da terça parte: 1 ano e dois meses)

2 – Depois da Lei 9.437/97

Roubo com utilização de arma ‘própria’: 5 anos e dois meses

(Do *caput* do Art. 157: 4 anos, com acréscimo pelo §2º da terça parte: 1 ano e dois meses)

Roubo com utilização de ‘simulacro’: 5 anos

(Do *caput* do Art. 157 4 anos, com acréscimo de 1 ano pelo Art.10,§1º,II da Lei 9.437/97)

Nas peripécias por essa verdadeira odisséia legislativa brasileira, em 23.12.2003 surge a Lei 10.826, revogando em seu Art.36 a Lei 9.437/97, e suprimindo o delito autônomo de ‘utilizar arma de brinquedo, simulacro de arma capaz de atemorizar outrem, para o fim de cometer crimes’.

O que se pretende firmar, ao contrário do que alguns doutrinam, é que a consequência é uma *abolitio criminis* no que tange ao delito **autônomo** do uso de arma de brinquedo com o fim de incutir terror a terceiro, e não uma impossibilidade de autorizar o mencionado aumento de pena ao crime de roubo de forma **relativa** na terceira fase dosimétrica.

Nem se mencione o cancelamento da súmula 174 pelo STJ de forma a impedir o gravame na pena. As súmulas, apesar de cristalizarem entendimentos pacíficos dos Tribunais, **não vinculam** a ordem jurídica nem quando editadas, ou a raciocínio contrário quando canceladas. Em outras palavras, no

presente não há mais óbice à teoria subjetiva. Entretanto, insiste a quinta turma do STJ:

116034796 – PENAL – ROUBO QUALIFICADO – ARTIGO 157, § 2º, INCISOS I E II, C/C – o emprego de arma de brinquedo no delito de roubo não se presta para fazer incidir a causa especial de aumento de pena prevista no tipo do crime. Cancelamento da Súmula 174 desta corte. (STJ – HC 29944 – SP – 5ª T. – Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca – DJU 13.10.2003 – p. 00395) JCP.157 JCP.157.2.IJCP.157.2.II JCP.70 JCP.69.

De forma que é importante explicitar a seguinte situação:

1 – Após a Lei 10.826/03:

Roubo com utilização de arma ‘própria’: 5 anos e dois meses

(Do *caput* do Art. 157: 4 anos, com acréscimo pelo §2º da terça parte: 1 ano e dois meses)

Roubo com utilização de ‘simulacro’: 5 anos e dois meses

(Do *caput* do Art. 157: 4 anos, com acréscimo pelo §2º da terça parte: 1 ano e dois meses)

Esta pode não ser a melhor solução possível, uma vez que num primeiro olhar iguala a situação de quem se utiliza de simulacro ou arma verdadeira para cometer o delito de roubo, como que incentivando o uso de arma real, mas é situação superior a se zera o elemento motivacional da conduta humana abstraindo o cerne do delito de roubo com aumento de pena, que é a grave ameaça com o emprego de arma sob a perspectiva da vítima.

Em adição ao defendido, se acompanharmos a evolução da antiga contravenção penal do porte ilegal de arma convertida em crime, assistiremos a inequívoco convite a repensar a teoria do concurso aparente de normas, de forma a não mais admitir que o mencionado crime seja norma consunta em relação ao delito de roubo majorado. Não há falar em dupla punição pelo porte, pois os objetos jurídicos são distintos



e não se pode equalizar a conduta de quem porta arma sem autorização e subseqüentemente utiliza esse objeto para incutir medo ao sujeito passivo no mencionado crime patrimonial, àquele que porta arma com autorização e pratica o crime subseqüente de roubo utilizando-se da mesma.

1 – Após a Lei 10.826/03:

Roubo com utilização de arma ‘própria’ + porte legal : 5 anos e dois meses  
(Do *caput* do Art. 157: 4 anos, com acréscimo pelo §2º da terça parte: 1 ano e dois meses)

Roubo com utilização de arma ‘própria’ + porte ilegal : 7 anos e dois meses  
(Do *caput* do Art. 157: 4 anos, com acréscimo pelo §2º da terça parte: 1 ano e dois meses somados aos 2 anos do preceito secundário do Art. 14 da Lei 10.826)

Roubo com utilização de ‘simulacro’: 5 anos e dois meses  
(Do *caput* do Art. 157: 4 anos, com acréscimo pelo §2º da terça parte: 1 ano e dois meses)

Portanto firmamos posição a respeito do controverso tema da relação entre o delito de roubo e o uso de simulacro de arma, a despeito dos críticos ao direito penal punitivo, que se pretende equacionar a tese

de um suposto minimalismo. Por vezes é salutar ousar discordar da maioria contemporânea e buscar guarida na investida intelectual de outros tempos. Arremato com Freud, sublinhando a importância da arma na história da agressividade humana:

“As diferenças sociais, assim pensava eu, foram originalmente diferenças entre clãs ou raças. A vitória era decidida por fatores psicológicos, como a quantidade de agressividade constitucional, contudo também pela firmeza da organização dentro da horda e por fatores materiais, como a posse de armas superiores. Vivendo juntos na mesma área, os vitoriosos tornavam-se os senhores e os vencidos se tornavam os escravos. Não há como ver nisto sinais de uma lei natural ou de uma evolução conceitual [dialética]. Por outro lado, é inequívoca a influência exercida sobre as relações sociais da humanidade pelo progressivo controle das forças da natureza. Pois os homens sempre colocam seus instrumentos de poder recentemente adquiridos a serviço de sua agressividade e usam-nos contra os outros homens. A descoberta dos metais — bronze e ferro — pôs fim a épocas inteiras de civilização e às respectivas instituições sociais”.<sup>9</sup>

<sup>9</sup> Freud, Sigmund. “Novas Conferências Introdutórias Sobre Psicanálise”. Conferência XXXV: A Questão De Uma Weltanschauung. Edição Eletrônica das Obras Psicológicas Completas. São Paulo. Imago. Págs não numeradas.









# CONSÓRCIO SIMPLIFICADO DE PRODUTORES RURAIS UMA NOVA FORMA DE CONTRATAÇÃO

Jussara Melo Pedrosa<sup>1</sup>

## RESUMO

A contratação de trabalhadores rurais, especialmente os chamados “bóias-frias”, tem-se apresentado como uma questão tormentosa, tanto para os empregados e empregadores, como também para os operadores do Direito, notadamente aqueles que têm a missão de fiscalizar e aplicar as leis pertinentes à proteção do trabalhador no meio rural. Verifica-se esse problema em várias regiões do país, seja em função do tamanho da propriedade, seja pela quantidade de trabalhadores necessários para a prestação dos serviços. Ante essa realidade fática, foram apresentadas várias novas formas de contratação, para superar as mazelas sociais. Surgindo então, a idéia de uma nova modalidade de contratação como uma alternativa para o meio rural com objetivo de aliar a legalidade à facilidade, ou seja, onde pudesse haver um sistema legal, que beneficiasse ambas as partes na relação. Essa alternativa é denominada “Consórcio Simplificado de Produtores Rurais”. Esse novo instituto vem corresponder aos anseios dos produtores rurais, como uma solução plausível e eficaz ao problema da informalidade dos trabalhadores chamados “bóias-frias”, que, até então, trabalhavam desprovidos de qualquer direito e de garantias sociais.

**Modelo de contratação – Bóia-fria – Solução plausível - Informalidade.**

## ABSTRACT

The rural workers' recruiting, especially the daily ones, has been showed as a stormy subject, for the employees and employers, as well as for the operators of the Law, especially those that have the mission of supervising and applying the laws that are pertinent to the worker's protection in the rural environment. That problem is verified in several areas of the country, because of the size of the property, or for the amount of necessary workers for the work. Because of this reality, new several recruiting forms were presented, to overcome the social problems. Thus, the idea of a new recruiting modality aroused as an alternative for the rural environment with objective of allying the legality to the easiness, in other words, where we could have a legal system, which benefited both parts in the relationship. That alternative is denominated “Simplified Consortium of Rural Producers”. That new institute corresponds to the longings of the rural producers, as a plausible and effective solution to the problem of the informality for the daily workers' that, until then worked without any right and social warranties.

## Sumário

### Introdução

1. Implantação
2. Normatização do consórcio
3. Natureza jurídica do consórcio
4. Denominação adequada e definição

5. Constituição do consórcio
  6. Contrato de trabalho no consórcio – modalidades
  7. Vantagens do consórcio
- Conclusão  
Referências Bibliográfica

<sup>1</sup> A autora é mestre em Direito Empresarial, pela UNIFRAN. Pós graduada em Direito Privado e Direito Público pela PUC/MG. Professora de Atividades Complementares e do Núcleo de Prática Jurídica da UNIUBE. Advogada.

## INTRODUÇÃO

Uma questão mais grave que aflige os empregadores e empregados é a relação do trabalho rural, no que diz respeito ao trabalhador denominado “bóia-fria”, em função justamente da natureza da prestação de serviços que tem como característica básica a precariedade. Esse trabalhador não tem sua relação de emprego reconhecida pelo empregador, tendo, portanto, tolhidos seus diversos direitos naturais do contrato de trabalho. Essa mão-de-obra é utilizada para realização de pequenos serviços ou para atividades de curta duração, como exemplo: safra. A principal característica dessa relação de emprego é o breve período de duração da necessidade do empregado e, conseqüentemente, da prestação de serviços.

Para os empregadores, a contratação permanente e direta se tornou dificultosa em razão dos encargos e da própria dinâmica do trabalho, que oscila nos períodos da safra e entressafra. Nesse sentido, os trabalhadores encontram-se alijados de qualquer proteção legal, as relações de trabalho se desenvolvem basicamente na informalidade, o que acarreta inúmeros prejuízos aos trabalhadores, haja vista que empregado sem registro não tem garantia de respeito a direitos básicos, é excluído de qualquer amparo previdenciário, fica sem acesso, sequer, à merecida aposentadoria, aumentando assim a sofrida classe de miseráveis. Verifica-se esse problema em várias regiões do país, seja em função do tamanho da propriedade, seja pela quantidade de trabalhadores necessários para a prestação dos serviços.

Objetivando encontrar soluções ante a realidade fática, foram apresentadas várias novas alternativas de contratação no campo, para superar as mazelas sociais. Uma delas foi o “Consórcio Simplificado de Produtores Rurais”, como uma alternativa para aliar a legalidade à facilidade de

contratação de mão-de-obra.

Esse modelo tem por objetivo garantir o respeito aos direitos sociais, assegurar a racionalidade da produção e afirmar a justa equidade das relações do trabalho e capital.

Na avaliação do ministro do Trabalho, Francisco Dornelles, o novo modelo “Consórcio de Empregadores Rurais” vai revolucionar o trabalho no campo. Por essa forma, um mesmo trabalhador rural poderá prestar serviços a vários fazendeiros, deixando de ser um “bóia-fria”, para ser um trabalhador com carteira assinada<sup>2</sup>.

Por estas razões, este estudo tem por objetivo abordar, de forma genérica, os aspectos mais importantes dessa nova modalidade de contratação no meio rural, visando proporcionar aos pesquisadores e profissionais do Direito uma gama de informações sobre o “Consórcio Simplificado de Produtores Rurais”. Sua adoção visa facilitar para o produtor rural o cumprimento das obrigações fiscais, trabalhistas e previdenciárias.

A pesquisa, ora proposta, limitar-se-á a analisar a questão e essa nova modalidade de contratação como alternativa de solução para o problema da informalidade dos trabalhadores denominados “bóia-fria”.

O tema é novo e vasto, a pesquisa não pretende esgotar a questão, apenas analisar esse novo instituto que se apresenta como meio para pôr um fim a um dos mais graves problemas do campo, e para fornecer um esboço das complexidades jurídicas dessa zona ainda um tanto quanto cinzenta para muitos profissionais da área jurídica.

### 1. Implantação

A primeira tentativa de implantação do modelo ocorreu em território paulista em 1995, por intermédio da FAESP (Federação da Agricultura do Estado de São Paulo), que procurou viabilizar a contratação de

<sup>2</sup> SEMINÁRIO INTERNACIONAL “NOVAS FORMAS DE CONTRATAÇÃO DE MÃO-DE-OBRA NO CAMPO. Boletim do TRT – 15ª Reg.-jun.99. Disponível no site: <<http://www.prt.15.gov.br/index.htm>>. Acesso em 20 nov. 2001.

trabalhadores rurais para prestarem serviços a vários produtores rurais. No entanto, devido a entraves de ordem legal, mais especificamente no que diz respeito à legislação previdenciária, a experiência não prosperou.

Posteriormente, no município de Rolândia (PR), a Cooperativa dos Produtores Rurais assinou um termo de ajuste de conduta com o Ministério do Trabalho para utilizar na colheita de cana-de-açúcar somente seus próprios trabalhadores. Desta vez, a iniciativa teve um resultado satisfatório graças à atuação dos advogados Mário Campos de Oliveira Júnior e Sérgio Roberto Giatt Rodrigues.

O Dr. Mário Campos relata a situação encontrada por ambos: *“Os produtores que representávamos contratavam mão-de-obra por um período muito curto, e, por isso, optavam pelas cooperativas de trabalho, que não são muito viáveis, devido às conseqüências negativas geradas. Assim, por exemplo, no final de cada safra havia uma média de 250 ações trabalhistas por ano.”*<sup>3</sup>

Por sua vez, o Dr. Sérgio Rodrigues enfatiza as medidas adotadas para superar essas dificuldades: *“Buscamos uma solução para o problema e a idéia dos consórcios acabou mostrando-se correta, ainda mais depois que obtivemos uma liminar que adequava essa alternativa à legislação previdenciária.”*<sup>4</sup>

## 2. Normatização do consórcio

O Direito do Trabalho, no Brasil, não contemplou a contratação de trabalhadores com uma equipe de empregadores, ou seja, o contrato de equipe, que poderia solucionar a problemática social enfocada, como sucedeu

com êxito na Itália e em outros Países que adotam esta sistemática.

Dentro das normas legais que regem nosso ordenamento jurídico, poder-se-ia caracterizar o Consórcio de Simplificado de Produtores Rurais como sendo a união de produtores rurais, pessoas físicas, com a única finalidade de contratar, diretamente, empregados rurais, sendo outorgado a um deles poderes para contratar e gerir a mão-de-obra a ser utilizada em suas propriedades.

Esse modelo de contratação não contraria o disposto no Art. 3º da Lei nº 5.889/73, que conceitua a figura do empregador rural, posto que irá figurar como empregador, não apenas uma pessoa física, mas sim um conjunto de pessoas físicas que celebram um pacto para o fim de se utilizar da mão-de-obra de cada empregado contratado pelo grupo, na medida de suas necessidades.

Como a legislação brasileira não previu uma forma de solucionar o problema social e jurídico exposto, essa forma de contratação surgiu para combater a informalidade no meio rural.

Diz Maurício Mazur: *“O consórcio de empregadores rurais não teve sua origem em disposição normativa específica, mas na engenhosa solução encontrada pelos produtores para a resolução do problema jurídico que lhes ameaçava a atividade econômica e condenava o trabalhador à informalidade.”*<sup>5</sup>

O consórcio foi assumido como política para enquadrar na CLT os trabalhadores denominados “bóias-frias” que, até então, estavam desamparados juridicamente. Nesse sentido, vem-se criando legislação para essa nova forma de contratação no meio rural.

<sup>3</sup> CAMPOS, apud LOPES, Otavio Brito. Uma nova modalidade de contratação pode ser uma alternativa viável no combate à informalidade das relações trabalhistas entre produtores e trabalhadores rurais. *Revista jurídica consulex*, São Paulo, Ano V n. 111, p.13

<sup>4</sup> RODRIGUES apud LOPES, Otavio Brito. Uma nova modalidade de contratação pode ser uma alternativa viável no combate à informalidade das relações trabalhistas entre produtores e trabalhadores rurais. *Revista jurídica consulex*, São Paulo, Ano V n. 111, p.13

<sup>5</sup> MAZUR. Op. cit., nota 9, p. 33

## 2.1. Esfera ministerial

Para o fim de atuação da fiscalização do trabalho, foi editada a Portaria nº 1964, do Ministro de Estado do Trabalho e Emprego, de 1º de dezembro de 1999, publicada no DOU (Diário Oficial da União) de 02 de dezembro de 1999, página 26, com o objetivo de orientar os auditores-fiscais do trabalho quanto à fiscalização em propriedade rural em que haja prestação de trabalho subordinado a um Consórcio de Empregadores.

O parágrafo único do art. 1º conceitua Consórcio de Empregadores Rurais como: *“a união de produtores rurais, pessoas físicas, com finalidade única de contratar empregados rurais”*.

Assim, resta solucionada a questão da legalidade do sistema proposto, mesmo reconhecendo que as normas legais que regulam a matéria não têm aventado a possibilidade jurídica da existência de pluralidade de empregados, vinculados à pluralidade de empregadores, como se fosse um dogma haver um único empregador.

É pública e notória a dificuldade por que passam os empregadores rurais na contratação de modo permanente e direto, não só em razão dos encargos, mas, sobretudo, em razão da própria dinâmica do trabalho rural, que oscila acentuadamente nos períodos de safra e de entressafra. Tais dificuldades se avolumam em relação aos pequenos produtores rurais, os quais, não poucas vezes, carecem de demanda suficiente para abranger o curto período da safra.

## 2.2. Esfera previdenciária

O fisco opôs resistência à constituição e implementação de tal sistemática, alegando, taxativamente, que tais grupos de empregadores como pessoas jurídicas (associação, consórcio, sociedade ou sociedade de fato) teriam maior arrecadação.

Felizmente, com a interveniência de vários setores da sociedade organizada, inclusive da Organização Internacional do

Trabalho - OIT e do Ministério do Trabalho, a Previdência Social normatizou o recolhimento das contribuições previdenciárias dos trabalhadores contratados pelos produtores rurais sob esta nova modalidade realizada pelo código FPAS 604 e CEI final 8, qual seja, como produtores rurais, pessoas físicas que efetivamente o são.

O INSS, pela Circular/INSS 056, de 25 de outubro de 1999, firmou entendimento de que a união de produtores apenas para a finalidade de contratar empregados com racionalização de custos não se assemelha à figura do empregador rural pessoa jurídica, nem à figura do prestador de mão-de-obra, constituído como pessoa jurídica. Portanto, o Consórcio de Empregadores Rurais não descaracteriza a condição de empregador, pessoa física, para efeito de enquadramento em código de recolhimento da contribuição previdenciária.

A Lei nº 10.256, de 9 de julho de 2001, que alterou as Leis nºs 8.212/91 e 8.870/94, 9.317/96 e 9.528/97, ao regulamentar, para fins previdenciários, o ato jurídico conhecido como “Consórcio de Empregadores Rurais”, preferiu empregar “Consórcio Simplificado de Produtores Rurais”.

O Consórcio foi equiparado, para fins previdenciários, ao empregador rural, pessoa física, conforme artigo 25-A da Lei nº 8.212/91, *in verbis*: *“Equipara-se ao empregador rural pessoa física o consórcio simplificado de produtores rurais, formado pela união de produtores pessoas físicas, que outorgar a um deles poderes para contratar, gerir e demitir trabalhadores para prestação de serviços, exclusivamente, aos seus integrantes, mediante documento registrado em cartório de títulos e documentos”*.

Posteriormente, a Instrução Normativa INSS/DC nº 60, de 30 de novembro de 2001, estabeleceu procedimentos de arrecadação das contribuições devidas à Previdência Social relativas às atividades

rural e agroindustrial. Sendo revogada pela Instrução Normativa INSS/DC nº 68, de 10 de maio de 2002, estabeleceu em seu anexo II que o Consórcio Simplificado de Produtores Rurais está enquadrado no código 604, tendo como percentual 2,7% de contribuições para terceiros, sendo 2,5% de salário educação e 0,2% relativo ao INCRA.

### 2.3. Esfera trabalhista

A Lei nº 10.256/01 faz alusão a que os produtores rurais integrantes do consórcio serão solidários, apenas, em relação às obrigações previdenciárias, por se tratar, obviamente, de lei tipicamente previdenciária, que não teve o escopo de regular as relações trabalhistas decorrentes dessa nova forma de união e contratação de trabalhadores rurais.

No entanto, é certo que a regra da solidariedade aplica-se também para fins trabalhistas, mesmo porque os ditos consórcios foram criados para possibilitar um vínculo jurídico, onde o tomador de serviços não é uma única pessoa natural, mas um grupo de pessoas, com os poderes próprios de qualquer empregador, exercidos, entretanto, por um deles em nome e em benefício de todos os consorciados.

A solidariedade para fins trabalhistas é ativa e passiva, já que todos os membros do consórcio são os credores da prestação laboral devida pelo empregado e ao mesmo tempo da contraprestação patronal.

O Poder Executivo enviou ao Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 3.811/00 (em tramitação), regulando a União de Produtores Rurais, com responsabilidade solidária por força de lei, independentemente de convenção entre os consorciados.

Segundo o Projeto de Lei, o art. 3º, Inciso II, DA Lei nº 5.889/73, passará a vigorar com a seguinte alteração, *in verbis* “*a união de produtores rurais, pessoas físicas, mediante ajuste escrito, com a finalidade de contratar trabalhadores rurais para*

*prestação de serviços exclusivamente aos seus integrantes*”.

O Consórcio surgiu antes mesmo de qualquer iniciativa legislativa, para garantir os direitos trabalhistas aos trabalhadores, tais como: férias, 13º salário, FGTS e outros.

Graças a essas iniciativas e intervenções de vários setores da sociedade organizada, a nova modalidade de contratação está expandindo significativamente. As dificuldades jurídicas devem ser suplantadas à medida que surjam.

O primeiro passo, no terreno previdenciário, já foi dado com a Lei nº 10.256/2001 e espera-se que o Projeto de Lei nº 3.811/00 seja logo sancionado, visto que se encontra em fase final de tramitação e em breve estará integrando a ordem jurídica trabalhista.

### 3. Natureza jurídica do consórcio

O Consórcio Simplificado de Produtores Rurais é uma figura jurídica recente no Direito Brasileiro que despontou em busca de uma fórmula jurídica apta a atender, a um só tempo, à diversidade de interesses de produtores rurais, no tocante à mão-de-obra, sem comprometimento do patamar civilizatório compatível com os respectivos trabalhadores, dado pelas regras e princípios do Direito do Trabalho.

Essa figura gera dúvidas com relação à sua natureza jurídica, haja vista se assemelhar à pessoa jurídica, associação, condomínio e sociedade.

Em razão disso, necessário se faz, para ter certeza de sua natureza, uma análise e uma exclusão de cada paradigma acima apontado.

O Consórcio não é uma pessoa jurídica resultante da união dos produtores rurais que o compõem. Os consorciados, apesar de reunidos, não perdem a sua individualidade de pessoa, uma vez que não partilham entre si o patrimônio nem a atividade econômica de cada um deles.

Além da reunião de pessoas ou de um patrimônio para a consecução de um fim

reconhecido pelo Direito, para que exista uma pessoa jurídica é necessário o elemento subjetivo consistente na intenção de criar uma nova pessoa, que passará a ser sujeito de direitos e obrigações, ou seja, a *affectio societatis*<sup>6</sup>.

Nesse sentido, esclarece IRANY FERRARI: “*O fato de os produtores se unirem, num congraçamento com objetivos comuns, embora ocorra um fim lucrativo na colheita, podendo, pelo fator de vizinhança, ter até mesmo a affectio societatis, não significa, porém, proveito comum. O proprietário de uma gleba determinada não arca com os bens e as despesas de outro. Cada qual usufrui das vantagens e dos encargos de forma individualizada*”.<sup>7</sup>

No Consórcio, os produtores rurais que irão contratar coletivamente os empregados não desejam criar uma nova pessoa para esse fim, pois eles serão, diretamente, os empregadores, com a única diferença de que, em um lado da relação jurídica de emprego, existirão várias pessoas como empregadores, que responderão solidariamente pelas obrigações decorrentes do contrato de trabalho e, via de consequência, utilizarão, também, coletivamente, daquela mão-de-obra.

Também inexistente semelhança com as entidades associativas, pois as associações não perseguem fins lucrativos, mas apenas culturais, educacionais, esportivos, religiosos, recreativos, morais, de acordo com seu objeto social. O Consórcio é a reunião de produtores rurais voltados para a consecução dos objetivos comerciais de cada um individualmente considerado. Portanto, existe para viabilizar uma atividade produtiva com finalidade de lucro.

Maria Helena Diniz, caracterizando a associação dentro do nosso ordenamento jurídico, assim preleciona:

“Tem-se associação quando não há fim lucrativo, ou intenção de dividir o resultado, embora tenha patrimônio, formado por contribuição de seus membros para a obtenção de fins culturais, educacionais, esportivos, religiosos, recreativos, morais, etc. Não perde a categoria de associação mesmo que realize negócio para manter, ou aumentar, o seu patrimônio sem, contudo, proporcionar ganhos aos associados, p. ex., associação esportiva que vende aos seus membros uniformes, alimentos, bolas, raquetes, etc., embora isto traga, como consequência, lucro para a entidade.”<sup>8</sup>

Essa forma de contratação, embora tenha sido denominada por alguns de “Condomínio de Empregadores Rurais”, também não se assemelha à figura jurídica do condomínio prevista no artigo 1.314 e seguintes do Código Civil Brasileiro, que exige a propriedade em comum ou compropriedade de um bem. Esses dispositivos estabelecem as condições de uso; as obrigações quanto às despesas de conservação; a proporcionalidade a ser aplicada; as regras de administração; e a meação.

No Consórcio Simplificado de Produtores Rurais, não existe propriedade em comum entre os produtores, respondendo cada um, com seus bens particulares, pelas despesas com os empregados contratados, na proporção dos serviços utilizados. Esse modelo preserva a individualidade de cada propriedade.

Diz Caio Mário da Silva Pereira:

“Dá-se condomínio, quando a mesma coisa pertence a mais de uma pessoa cabendo a cada uma delas igual direito, idealmente, sobre o todo e

<sup>6</sup> **Consórcio de empregadores:** um novo modelo de contratação no meio rural. Brasília: TEM, SIT. 2.000. p. 17.

<sup>7</sup> **Os novos paradigmas do direito do trabalho:** homenagem a Valetin Carrion / coordenação Rita Maria Silvestre e Amauri Mascaro do Nascimento. São Paulo: Saraiva. 2001. p.374.

<sup>8</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro.** São Paulo: Saraiva. 1998. p.114. 1 v.

dada uma parte determinada da coisa, porém sobre ela em sua integralidade, assegurando-se a exclusividade jurídica ao conjunto de comproprietários, em relação a qualquer pessoa estranha, e disciplinado-se os respectivos comportamentos, bem como a participação de cada um em função da utilização do objeto.”<sup>9</sup>

Há que se ressaltar que no Consórcio não há um rateio do total das despesas, dividindo-as entre os condôminos, ficando, dessa maneira, afastada, assim, a figura do condomínio para esse novo modelo de contratação.

Por fim, o Consórcio Simplificado de Produtores Rurais também não se confunde com a sociedade mercantil ou mesmo uma sociedade de fato, uma vez que esse modelo de contratação possui três requisitos básicos, quais sejam: *affectio societatis* (afinidade entre os sócios); proveito comum; e fins lucrativos.

O consórcio nasce, como já ressaltado, da vontade de seus membros. Não se cria uma pessoa jurídica para realizar o objetivo comum ao grupo que a instituiu, vez que as pessoas físicas dos produtores rurais (empregadores) não se confundem, tanto assim que o patrimônio individual de cada um é distinto, diferentemente do que ocorre na sociedade juridicamente constituída.

Não se considera como sociedade de fato, apesar de os produtores rurais integrantes do Consórcio se unirem com objetivos comuns, embora ocorra um fim lucrativo na colheita, podendo, inclusive, pelo fator de vizinhança, haver a *affectio societatis*, mas deixa de significar proveito comum. O proprietário de uma determinada terra arcará somente com os seus bens e suas despesas, usufruindo cada qual das vantagens e encargos de forma individualizada. Não há bens e perdas

divididos entre eles. O consórcio provoca a reunião de produtores apenas para efeito de contratação de mão-de-obra, no entanto, preserva a identidade física de cada consorciado. Portanto, inexistente proveito comum.

Assim, ausente a intenção do grupo de criar uma pessoa para realização de uma obra comum, não existe sociedade, quer de direito, quer de fato.

Ante as análises acima, pode-se distinguir o consórcio das outras figuras, porquanto esse novo modelo de contratação é a reunião dos produtores com a finalidade exclusiva de contratação de mão-de-obra comum e com responsabilidade solidária pelas obrigações trabalhistas e previdenciárias decorrente dessa relação. Desse modo, é um fenômeno socioeconômico novo da relação de emprego, que se manifesta em uma síntese jurídica singular, ou seja, uma nova figura jurídica.

Maurício Godinho menciona sobre esse fenômeno quando trata da Teoria Contratualista Moderna:

“Ao fenômeno socioeconômico novo da relação de emprego, que se exprime em uma síntese singular – uma nova figura jurídica, portanto -, obviamente há de caber uma explicação teórica própria. Trata-se, pois, de perquirir por uma construção teórica que seja hábil a posicionar a nova figura jurídica no contexto das figuras correlatas do Direito, enxergando-lhe os pontos afins e comuns, mas sem perder, contudo, a aptidão para lhe destacar o aspecto essencial diferenciador. Uma figura tem em comum com figuras jurídicas similares (o denominado gênero próximo), sem perder a perspectiva de lhe captar a identidade nuclear específica e distintiva (a chamada diferença específica), definindo-lhe, assim, a natureza

<sup>9</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense. 1999. IV v. p.149.

jurídica que a caracteriza (seu posicionamento classificatório).<sup>10</sup> “

No que concerne aos aspectos comuns da relação empregatícia com figuras jurídicas que lhe sejam correlatas, ou seja, a busca do gênero próximo, já está hoje assentado que a relação de emprego tem, efetivamente, natureza contratual.

Conseqüentemente, o Consórcio Simplificado de Produtores Rurais cria, por sua própria natureza, solidariedade dual com respeito a seus consorciados, não apenas para responsabilidade passiva pelas obrigações trabalhistas relativas a seus empregados, mas também solidariedade ativa com respeito às obrigações previdenciárias perante os empregados.

Como aponta Otavio Brito Lopes, *“A solidariedade é conseqüência natural da própria indivisibilidade do vínculo empregatício, que é apenas um, já que não existem tantos contratos de trabalho quantos são os membros do consórcio, mas uma única relação de emprego com todos, que por isso mesmo são solidariamente responsáveis tanto para fins trabalhistas quanto previdenciários”*<sup>11</sup>.

Assim, verifica-se que a solidariedade deriva da própria natureza do instituto com dimensão dualista.

Diz Maurício Godinho:

*“É possível inferir-se da natureza da figura jurídica a própria responsabilidade trabalhista: esta será de caráter solidário, mas também de dimensão dualista, uma vez que certamente envolve não obrigações como também direitos empresariais. Isso confere aos trabalhadores o status de efetivos empregados, com contratos de duração indeterminada preferivelmente, a par da garantia*

*solidária de solvabilidade de seus créditos laborais. Em contraponto a tal vantagem, abre-se aos fazendeiros consorciados a prerrogativa de se valerem da mesma força de trabalho, em períodos diferenciados, por constituírem, em conjunto, um mesmo empregador.”*<sup>12</sup>

Logo, a natureza jurídica do Consórcio Simplificado de Produtores Rurais é contratual com responsabilidade trabalhista, sendo esta de caráter solidário e de dimensão dualista, pois envolve não só obrigações trabalhistas e previdenciárias como também direitos empresariais.

Nesse sentido, diz Mazur:

*“... O consórcio de empregadores rurais é a reunião de produtores com a finalidade exclusiva de contratação de mão-de-obra comum e sua responsabilidade solidária pelas obrigações trabalhistas e previdenciárias dela decorrente. Portanto, a natureza jurídica do consórcio de empregadores é de contratação de solidariedade trabalhista.”*<sup>13</sup>

#### 4. Denominação adequada e definição

##### 4.1. Denominação adequada

A União de produtores rurais recebe vários nomes na doutrina e na legislação, como: “Condomínio de Empregadores Rurais”, ou “Registro de Empregados em Nome Coletivo de Empregadores”, ou “Pluralidade de Empregadores”, ou “Consórcio Simplificado de Produtores Rurais”.<sup>14</sup>

Presume-se que Consórcio Simplificado de Produtores Rurais seja a denominação mais apropriada dentre as nomenclaturas acima citadas, haja vista este

10 DELGADO, op. cit., p. 307, nota 4.

11 LOPES, Otavio Brito. Uma nova modalidade de contratação pode ser uma alternativa viável no combate à informalidade das relações trabalhistas entre produtores e trabalhadores rurais. *Revista jurídica consulex*, São Paulo, ano V, n. 111, p.12, 31.08.2001.

12 DELGADO, op. cit., p. 474, nota 4.

13 MAZUR, op. cit., nota 9, p. 41.

14 Nomenclaturas catalogadas em bibliografia consultada e nos textos normativos aos quais se faz referência.



ser o único nome que consegue difundir essa união solidária de produtores rurais com exclusiva finalidade de contratar, diretamente, empregados rurais para a prestação de serviços exclusivamente em suas propriedades. E, ainda, existe o reconhecimento legal do nome pela Lei nº 10.256/01.

Maurício Mazur concorda com a denominação e esclarece:

“O nome “condomínio de empregadores” é equivocado, afinal não há conjugação de propriedade, produção, nem atividade econômica entre os produtores rurais integrantes do grupo. O nome “registro de empregados em nome coletivo de empregadores” muito extenso, truncado e omite a responsabilidade solidária entre os produtores integrantes do grupo, um dos traços distintivos dessa forma de contratação de trabalho rural. O nome “pluralidade de empregadores” também é insuficiente para revelar o compromisso solidário. O “Consórcio de empregadores” não é o ideal. Além de não reunir sociedades comerciais nem entes públicos mas pessoas físicas, o grupo de produtores rurais não celebra qualquer contrato comercial porque não há comunhão das propriedades e das atividades econômicas, nem ajuste administrativo, apenas contrata empregados comuns. Ocorre que dentre os propostos este é o único nome que consegue veicular a idéia de uma reunião solidária de empregadores, pelo que acredito o mais apropriado, embora destituído da exata técnica jurídica. Ademais, é sintético, de usual pronúncia e fácil lembrança, servindo inclusive para a melhor divulgação do modelo, especialmente no meio rural.<sup>15</sup>”

15 MAZUR. op. cit., nota 9, p. 45.

## 4.2. Definição

O Consórcio é a união de produtores que tem por objetivo recrutar, contratar e administrar a mão-de-obra empregada nas fazendas dos participantes desse grupo.

Por essa definição, pode-se analisar que nessa contratação coletiva existe uma maior segurança jurídica, uma vez excluir a presença de terceiros na relação entre patrão e empregado, evitando possibilidades de reclamações trabalhistas, muito comuns nos processos de terceirização. E, ainda, uma forma de regularizar a contratação da mão-de-obra e racionalizar custos no cumprimento da legislação trabalhista e previdenciária.

Os produtores que irão contratar coletivamente os empregados não criam uma nova pessoa jurídica para esse fim. Eles é que serão, diretamente, os empregadores, com a única diferença de que em um lado da relação jurídica de emprego existirão várias pessoas como empregadores que responderão solidariamente pelas obrigações decorrentes do contrato de trabalho e, conseqüentemente, utilizarão, também, coletivamente, daquela mão-de-obra.

## 5. Constituição do consórcio

Para a constituição do Consórcio Simplificado de Produtores Rurais, os principais requisitos são os seguintes: formação e organização do grupo; definição do gestor do grupo; celebração de *Pacto de Solidariedade* entre os produtores e matrícula única (CEI).

### 5.1. Formação e organização do grupo

O consórcio deve ser constituído apenas por produtores rurais, pessoas físicas, com propriedades situadas em um mesmo município ou em municípios limítrofes.

Não existe limitação quanto ao número de participantes, nem quanto ao

tamanho e distância entre suas propriedades. No entanto, é importante observar alguns critérios:

- o número de produtores deve ser definido em função do tamanho e da distância das propriedades, diversidade de culturas desenvolvidas e o número de trabalhadores necessários. Mas salienta-se que deve haver um número que seja possível administrar, de forma eficiente, a quantidade de trabalhadores de todos os produtores;
- deve haver um agrupamento natural de propriedades do mesmo tamanho, e é aconselhável que a capacidade econômica entre os produtores seja semelhante;
- na formação do grupo, deve, se possível, ser observada a diversidade de culturas, uma vez terem o plantio e a colheita diferentes, o que proporcionará contratação de trabalhadores por períodos mais longos;
- as propriedades devem estar localizadas em municípios limítrofes;
- necessário se faz uma confiança mútua entre os produtores para que todos cumpram o objetivo do consórcio; e
- o consórcio só poderá ser formado por pessoas físicas.

Quanto ao critério mencionado na letra “e”, a confiança entre os produtores é o fator mais importante para formação do grupo, para se evitar uma eventual fraude por um ou alguns produtores, constante preocupação no meio trabalhista.

### **5.2 Definição do gestor do grupo**

Os produtores devem escolher um consorciado para ser o gestor do grupo. Nessa escolha deve-se levar em consideração a experiência administrativa, a habilidade de negociação e conciliação e, principalmente, o espírito coletivo e a capacidade de liderança.

O gestor receberá uma procuração outorgada por instrumento público, de cada um dos consorciados, com poderes amplos para gerenciar e representar o Consórcio junto aos órgãos públicos e privados.

Esse consorciado, por sua vez, poderá substabelecer esses poderes para uma pessoa especialmente contratada para administrar a mão-de-obra: um gerente ou administrador. O gerente ou administrador pode ser um produtor, ou pode ser um contador, também empregado do consórcio ou contratado para a prestação de serviços.

O gestor do grupo deverá executar atividades, tais como: recrutamento, seleção, formalização do contrato de trabalho, treinamento e desenvolvimento das pessoas selecionadas. Para isso o gestor deverá:

- diagnosticar e analisar a necessidade real de pessoas para que os objetivos do consórcio sejam cumpridos, promovendo uma rigorosa análise das qualificações das pessoas e levantando as necessidades de treinamento e desenvolvimento da força de trabalho contratada;
- criar formas de remuneração que estejam vinculadas ao desempenho individual e da equipe de trabalho com a produtividade e aos resultados do negócio de cada produtor rural;
- implantar benefícios sociais, tais como: fornecimento de equipamentos de segurança no trabalho, programa de alfabetização, alimentação, moradia, apoio à formação dos filhos dos empregados e transporte;
- desenvolver um clima de confiança, cooperação e, principalmente, de abertura à negociação dos diferentes interesses presentes no Consórcio.

### **5.3 Celebração do Pacto de Solidariedade entre os produtores**

Definidos os produtores interessados em constituir um Consórcio



Simplificado de Produtores Rurais e para o registro de empregados em nome de vários empregadores, é necessário um documento que materialize essa contratação conjunta, deixando claro que todos são responsáveis pelo cumprimento das obrigações trabalhistas. Esse documento consiste num *Pacto de Solidariedade* firmado por todos os empregadores do grupo.

Esse pacto tem por objetivo, além de dar sustentabilidade, definir as regras de funcionamento desse modelo de gestão coletiva. Ao firmar esse pacto, os produtores rurais, pessoas físicas, assumem a responsabilidade solidária pelos diretos e obrigações trabalhistas, previdenciárias, fiscais e por outros investimentos e despesas advindas à gestão da força de trabalho.

Assim, o *Pacto de Solidariedade* é o documento firmado por todos os produtores rurais que desejam contratar empregado em regime de Consórcio Simplificado de Produtores Rurais, assumindo a obrigação de responder solidariamente pelo conjunto das despesas com os trabalhadores contratados.

O *Pacto de Solidariedade* deve ser escrito e registrado em Cartório de Títulos e Documentos, contendo as seguintes informações, dentre outras cláusulas que foram negociadas e ajustadas entre os consorciados:

- identificação de todos os produtores integrantes do consórcio, com qualificação completa, número do CPF e do documento de identidade, endereço completo, domiciliar e residencial, identificação do gestor nomeado e seguida da expressão e outros;
- a intenção de todos os produtores de se associarem para o fim específico de contratação de mão-de-obra, necessária à exploração da cultura desenvolvida em suas propriedades;
- o reconhecimento da responsabilidade solidária pelas

obrigações decorrentes dos encargos trabalhistas, previdenciários e tributários e outros custos relativos à contratação e gestão coletiva da mão-de-obra, inclusive quanto às despesas com a administração do consórcio;

- a ressalva de que o Consórcio se limita a contratação e gestão coletiva da mão-de-obra, não implicando comunhão de propriedades que permanecem individualizadas;
- o prazo de vigência do *Pacto de Solidariedade*, bem como as condições para inclusão e desligamento de produtores que não cumprirem as regras e compromissos firmados entre os interessados;
- criação de um estatuto, regras e procedimentos da gestão coletiva da mão-de-obra.

O gestor do consórcio deverá apurar quanto cada empregador coletivo utilizou-se da mão-de-obra contratada, para que o pagamento seja feito proporcionalmente, inclusive quanto às parcelas de férias, gratificação natalina, FGTS, contribuição previdenciária, despesas administrativas etc., para que possa ser feito o rateio das despesas.

Saliente-se que, nas obrigações solidárias, conforme demonstra o artigo 279 do Código Civil: “*Impossibilitando-se a prestação por culpa de um dos devedores solidários, subsiste para todos o encargo de pagar o equivalente; mas pelas perdas e danos só responde o culpado*”.

Existindo a inadimplência de um dos empregadores-consorciados, responderá pela dívida a totalidade do consórcio, que deverá ratear essa despesa extra entre todos os participantes e, posteriormente, cobrar judicialmente esses valores do consorciado inadimplente, que não honrou seus compromissos, respondendo, inclusive, por perdas e danos.

Este é o principal efeito do *Pacto de*



*Solidariedade* firmado pelos integrantes do grupo: a dívida é comum a todos, podendo ser exigida de cada um individualmente. A solidariedade é, pois, uma garantia a favor do empregado.

Todavia, o produtor que for acionado e pagar a dívida toda somente poderá cobrar de cada consorciado a sua quota-parte.

### **5.3.1 Contrato particular de responsabilidade mútua e regulamento interno**

Na prática, além da Escritura de Responsabilidade Solidária (*Pacto de Solidariedade*), os produtores rurais componentes do consórcio celebram um “Contrato Particular de Responsabilidade Mútua” para a exploração de atividades agropecuárias, constando uma cláusula em que os contratantes partilham os riscos, lucros e encargos fiscais, trabalhistas e previdenciários, proporcionalmente ao volume da produção advinda das aludidas propriedades rurais.

Também celebram um instrumento denominado “Regulamento Interno do Consórcio”, o qual contém uma cláusula e condições de funcionamento, dentre elas estabelecendo: que o desligamento sem ônus para o consorciado é possível apenas na entressafra; penalidades (responsabilidade pelas despesas geradas, exclusão imediata do consórcio, etc); a previsão de desligamento do grupo do consórcio que não pagar a sua quota-parte referente aos serviços que lhe forem prestados pelos trabalhadores contratados; a constituição um fundo de reserva, para eventuais inadimplências ou despesas extras; a criação de um programa de prevenção de acidente de trabalho; que, sobre a inadimplência de consorciado com o consórcio, existirá uma forma de cheque-caução de seu débito; a fixação de um prazo de antecedência mínima para que o produtor requisite ao administrador empregados para trabalhar em sua propriedade ou propriedades; a

determinação da data e a forma de repasse ao consórcio da quota-parte de cada produtor, devendo ser essa data até o quinto dia útil, para o pagamento dos salários dos empregados; etc.

Essas regras de funcionamento serão definidas pelo grupo para que as atividades do consórcio possam ser desempenhadas de forma satisfatória a todos os seus componentes.

### **5.4 Matrícula única (coletiva) - CEI**

Após a realização e formalização do *Pacto de Solidariedade*, o consórcio deverá ser formalizado perante o INSS, por meio de uma matrícula única, chamada de CEI (Cadastro Específico do INSS) coletiva, objetivando atender a totalidade do grupo de produtores. Para tanto, deverá ser preenchido o formulário denominado CMA - Certificado de Matrícula e Alteração, devendo o produtor eleito como o gestor do grupo figurar como o titular, seguido da expressão *e outros*. Todos os produtores deverão assinar o pedido de matrícula, que deverá ser acompanhado de: cópia autenticada do CPF e documento de identidade do produtor, gestor do grupo; relação de todos os produtores componentes do consórcio, com qualificação, endereço domiciliar e residencial, número do CPF e do documento de identidade, número da matrícula CEI individual e do registro no Incra; e identificação das propriedades que integrarão o Consórcio Simplificado de Produtores Rurais.

Concedida a matrícula coletiva, a denominação do consórcio será o nome do gestor do grupo, seguido da expressão *e outros*. Exemplo: Germano Lopes e outros. É vedado o uso de nome de fantasia, na matrícula coletiva.

Vale ressaltar que os produtores rurais terão duas matrículas junto ao INSS: uma matrícula CEI individual, pela qual deverá registrar seus próprios empregados necessários em caráter permanente e recolher

as contribuições legais oriundas dessa contratação; e outra matrícula coletiva, que terá o registro dos empregados comuns ao grupo onde serão, igualmente, recolhidas as contribuições dos trabalhadores do consórcio. Da mesma forma, quanto aos recolhimentos do FGTS e recibos de pagamentos.

## **5.5 DIREITOS E DEVERES DO PRODUTOR E DO EMPREGADO**

### **5.5.1 Do produtor-consorciado**

Os direitos e deveres de cada produtor integrante do Consórcio são idênticos àqueles inerentes ao empregador individual. Salienta-se que os produtores deverão repassar, ao consórcio, o valor referente à sua quota-parte, visto que são vários empregadores.

São direitos: dirigir a mão-de-obra utilizada em sua propriedade; exigir dos trabalhadores contratados o cumprimento de seus deveres, entre eles, a frequência ao trabalho; e todos os demais direitos conferidos aos empregadores rurais pela legislação em vigor.

São deveres: repassar, ao consórcio, na data estabelecida, o valor referente à sua quota-parte (calculada de acordo com o número de trabalhadores utilizados em sua propriedade e com o tempo em que estes ficaram à sua disposição) e cumprir a legislação trabalhista e previdenciária.

### **5.5.2 Do empregado do consórcio**

São os mesmos dos demais empregados contratados pela forma tradicional, ressaltando-se que o empregado rural contratado pelo consórcio terá seu registro feito pela matrícula coletiva, como exemplo: Germano Lopes e outros.

São direitos: todos os direitos trabalhistas e previdenciários, tais como - formalização do contrato de trabalho por meio da assinatura da carteira profissional; receber o valor de um salário mínimo nacional ou mais por uma jornada de trabalho de 44 horas

semanais; direito a descanso remunerado de um dia por semana; não trabalhar em dias santos e feriados; gozar de férias acrescidas de um terço após um ano de trabalho prestado; receber décimo terceiro salário, sendo a metade paga até 30 de novembro e a outra até 20 de dezembro de cada ano; ser remunerado pelas horas extras trabalhadas com o acréscimo de cinquenta por cento do valor da hora normal; perceber adicional noturno (quando for o caso); direito ao aviso prévio quando o empregado for contratado por prazo indeterminado; direito à aposentadoria por tempo de serviço, idade ou invalidez; depósito do FGTS em conta vinculada, e outros.

São deveres: frequência ao trabalho; prestar serviços a todos os empregadores-consorciados, de acordo com o cronograma elaborado pelo administrador.

## **6 Contrato de trabalho no consórcio – modalidades**

Como já fora mencionado anteriormente, o gestor do grupo, sendo um dos consorciados, poderá substabelecer seus poderes para uma pessoa especialmente contratada para administrar a mão-de-obra: um gerente ou administrador. O gerente ou administrador pode ser um produtor, ou pode ser um contador, também empregado do consórcio ou contratado para a prestação de serviços.

Sendo contratado um empregado, como contador para administrar o Consórcio, também será necessário que sejam contratados empregados para executarem as diversas rotinas de um Departamento Pessoal, tais como: assinatura da CTPS, registro, exames admissionais, elaboração da folha de pagamento, recolhimento previdenciário, depósitos do FGTS e outros. Essas contratações poderão ser por prazo indeterminado, uma vez que não se sabe por quanto tempo irá o consórcio necessitar desses serviços, ou seja, da média de

trabalhadores que serão necessários nas lavouras ao longo do ano. No entanto, nada obsta à contratação por prazo determinado, como exemplo: o contrato de experiência.

O Consórcio deverá, também, contratar empregados para auxiliar na parte operacional de controle de produção e distribuição dos empregados rurais pelas diversas propriedades, supervisão dos serviços prestados nas diversas áreas de trabalho, controle de presença e outras funções que os consórcios julguem necessárias. Entende-se, também, que essas contratações deverão ser por prazo indeterminado, pelos mesmos motivos acima citados.

Por último, o gerente do Consórcio deve racionalizar a prestação de serviços, com escalonamento de colheitas entre as diversas culturas e adequação à melhor forma de contratação, se por meio de contrato por prazo indeterminado ou determinado.

Nesse sentido, o Consórcio poderá efetuar contratos de trabalho por prazo indeterminado e determinado (inclusive o de safra).

### **7 Vantagens do consórcio**

A preocupação de se encontrar uma solução para os trabalhadores rurais que prestam serviços de curtíssima duração não é de agora.

É preciso, no entanto, ter cautela na construção de alternativas, pois não se pode perder de vista o ordenamento jurídico em vigor. Como já foi analisado, várias outras formas de contratação foram tentadas, resultando sempre em enorme passivo trabalhista derivado do reconhecimento do vínculo empregatício diretamente com o tomador de serviços.

Nesse sentido, a contratação através do Consórcio traz vantagens econômicas e sociais não só para os empregadores e empregados, como também ao INSS, Ministério do Trabalho e Sindicatos.

### **Vantagens aos consorciados**

A vantagem primordial da contratação de trabalhadores rurais pelo Consórcio Simplificado de Produtores Rurais é a segurança jurídica que se extrai da prestação laboral, ou seja, essa alternativa oferece maior segurança jurídica aos produtores, porque não há a figura do intermediário. Sendo o trabalhador contratado diretamente por uma pluralidade de empregadores, aos quais prestará seus serviços, com registro garantido, afasta-se a possibilidade de ajuizamento de reclamações trabalhistas questionando a ilicitude da terceirização, o que garante aos produtores a certeza de que não pagará mais de uma vez pelos mesmos serviços prestados.

Outra vantagem é a redução de custos com a burocracia necessária à formalização do contrato, bem como a redução dos custos advindos de toda contratação, relativos a pagamento de salários, recolhimentos legais, dispensas, cumprimento de normas de segurança, etc., uma vez que, por se tratar de um contrato único, todas as despesas são rateadas pelos consorciados, proporcionalmente ao período em que cada um utilizou a mão-de-obra em sua propriedade. E, ainda, elimina a concorrência de salário com o produtor rural vizinho para contratação e a manutenção do trabalhador em período de maior demanda de mão-de-obra.

Com a contratação coletiva, os empregados têm a duração maior do contrato de trabalho rural, trazendo certamente o sensível aumento do bem-estar dos trabalhadores e, como resultado, a obtenção de maior produtividade e qualidade no serviço prestado.

Esse prolongamento do contrato é fundamental para ajudar a vencer a resistência do trabalhador para que seja efetuado o registro em sua Carteira de Trabalho e Previdência Social – CTPS, uma



vez que é comum encontrarmos aqueles que consideram o trabalho por curto prazo um motivo desabonador de sua conduta, o que popularmente é chamado de “sujar a carteira”. Sua prestação de serviço será segmentada, cada dia ou período laborando em uma lavoura, mas seu contrato de trabalho é um só, já que será registrado pela matrícula coletiva (CEI) em nome de um dos consorciados, seguido da expressão *e outros*.

Os consorciados terão a vantagem de negociação coletiva direta entre o consórcio e o sindicato da categoria profissional, no sentido de atender às peculiaridades do grupo sem que os interesses estejam diluídos entre todos os demais membros da categoria econômica.

Uma grande vantagem a ser buscada com o consórcio é a possibilidade de se formar um grupo técnico para identificar o melhor aproveitamento da produção agrícola, com estudos do solo, do clima e do cultivo. A partir de então, diversificam-se as plantações com o objetivo de demandar mão-de-obra distribuída durante todo o ano, mantendo um maior contingente de trabalhadores contratados.

A contratação de profissionais especializados não representará custos elevados, uma vez que esses serão rateados entre todos os produtores. Ademais, esses custos serão compensados com os ganhos advindos da melhoria da qualidade e diversidade da produção.

Com isso, os consorciados poderão ter um forte empreendimento agrícola, onde, unidos, terão condições objetivas para disputar o mercado, até disponibilizando seus produtos para exportação.

### **Vantagens aos empregados**

Para os empregados, a segurança jurídica diz respeito ao fato de poderem identificar perfeitamente os seus verdadeiros empregadores.

Uma grande vantagem para os

empregados é a inserção no mercado de trabalho formal, ou seja, a formalização do contrato de trabalho, garantindo todos os direitos trabalhistas, tais como: piso salarial, férias acrescidas de 1/3, 13º salário, repouso semanal remunerado, FGTS, respeito à Convenção e/ou Acordo Coletivo de Trabalho.

O respeito aos direitos sociais e à formalização da contratação de mão-de-obra rural tem sido diretamente proporcional à diminuição das reclamações trabalhistas, uma vez que o trabalhador sente que seu trabalho está sendo respeitado e que seu tempo de serviço é contado para futuras garantias previdenciárias, como a aposentadoria.

A redução dos custos de encargos trabalhistas e previdenciários torna extremamente atrativa essa forma de contratação. Os empregados têm a vantagem da durabilidade da relação de trabalho, ou seja, ganham com a ampliação do tempo de contratação, porquanto o aproveitamento dos trabalhadores em diversas propriedades rurais permite tornar-se mais duradouro seu contrato de trabalho, pois, ao invés de ficar uma semana ou um mês em uma propriedade rural, poderá ficar seis, oito meses ou até o ano inteiro com o contrato ininterrupto. Mesmo que os trabalhadores laborem poucos dias em cada propriedade rural, seu vínculo empregatício continuará até que todas as tarefas em todas as propriedades sejam concluídas.

Outra vantagem para os empregados é o fim da migração para outras regiões em busca de trabalho nos períodos de entressafra agrícolas e a fixação com sua família em localidade próxima à prestação de serviços.

Por fim, têm a segurança do cumprimento das obrigações trabalhistas e previdenciárias, uma vez que existe a responsabilidade solidária entre os consorciados.



### **Vantagens para o INSS**

A vantagem da contratação pelo consórcio traz ao INSS um aumento na arrecadação previdenciária pela formalização de contratos de trabalho; a garantia das contribuições previdenciárias, uma vez terem os consorciados responsabilidade solidária, além de facilitar a fiscalização previdenciária, haja vista estar concentrada em apenas um nome coletivo e com a documentação no mesmo espaço físico, ou seja, no consórcio.

### **Vantagens para o Ministério do Trabalho**

A principal vantagem para o Ministério do Trabalho é o resgate do trabalho informal e a melhoria das condições de saúde e segurança no trabalho, uma vez que existe o rateio dos custos entre os consorciados.

A outra vantagem é a garantia dos direitos trabalhistas, haja vista existir, entre os consorciados, a responsabilidade solidária. E, ainda, facilita a fiscalização trabalhista, porquanto a documentação está reunida no mesmo espaço físico, ou seja, no consórcio.

### **Vantagens para os Sindicatos dos**

#### **Trabalhadores**

Com a implantação de Consórcio, é possível obter um salto qualitativo nas relações de trabalho rural que estavam pautadas na informalidade e no enriquecimento de intermediários que

nenhum benefício têm trazido para qualquer das partes envolvidas diretamente na produção rural.

Os sindicatos terão uma expansão no quadro de associados e, por conseguinte, o aumento na arrecadação de contribuições sindicais, fortalecendo, ainda, a representatividade sindical, com poder de negociação coletiva direta com os consorciados.

### **CONCLUSÃO**

Esse instituto revela-se como uma solução eficaz aos anseios tanto por parte dos empregadores quanto dos empregados rurais. O impacto dessa nova modalidade de contratação aponta para a melhoria inequívoca de vida no meio rural, fixando o homem do campo no seu meio, contribuindo para a redução da migração rural-urbano e, assim, colaborando para o salutar equilíbrio social, mantendo os interesses das partes na relação laboral. Outrossim, é uma conquista cidadã do trabalhador denominado “bóia-fria”, até então submerso na informalidade e desprovido de qualquer direito e garantias sociais.

Diante da pesquisa feita desse modelo de contratação e pelo acompanhamento de diversos Consórcios implantados no Triângulo Mineiro, verifica-se ser uma alternativa viável para atender o problema social das mazelas impostas ao homem do campo. Mas, sendo um instituto novo, somente o tempo poderá dizer se efetivamente é uma solução plausível.

### **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICA**

**ALVARENGA, Maria Amália de Figueiredo Pereira; ROSA, Maria Virgínia de Figueiredo Pereira do Couto.** Apontamentos de metodologia para ciência e técnicas de redação científica. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2001. 182 p.

BOLETIM DO TRT-15ª Região, nov. 2000.

AMARAL, Anemar Pereira. **Consórcio de empregadores:** uma alternativa para a contratação no meio rural. Disponível em: <<http://www.prt.15.gov.br/index.htm>>. Acesso em 20 nov. 2001.

**CALVET, Otavio.** Consórcio de empregadores urbanos: **uma realidade possível: redução de custos e do desemprego.** São Paulo: LTr, 2002. 80 p.



**CARRION, Valentin.** Comentários à consolidação das leis do trabalho: **legislação complementar jurisprudência. 28. ed. Atual. São Paulo: Saraiva, 2003. 1258 p.**

**CURSO DE DIREITO DO TRABALHO:** estudos em memória de Célio Goyatá. 3. ed. atual. e ampl. Coordenação de Alice Monteiro de Barros. São Paulo: LTr, 1997. 520 p.

**CONSÓRCIO DE EMPREGADORES:** um novo modelo de contratação no meio rural. Brasília: TEM SIT, 2000. 61 p.

**CHERSI, Carlos Alberto.** Vocación econômica del dano moral y psicológico. **Buenos Aires: Hammurabi, 1995. 287 p.**

**DELGADO, Mauricio Godinho.** Curso de direito do trabalho. **São Paulo: LTr, 2002. 1448 p.**

**DINIZ, Maria Helena.** Curso de direito civil brasileiro. **São Paulo: Saraiva, 1995. 3 v, 320 p.**  
\_\_\_\_\_. Tratado teórico e prático dos contratos. **São Paulo: Saraiva, 1993. 3 v, 352 p.**

**DIREITO DO TRABALHO RURAL:** estudos em homenagem a Irany Ferrari. Coordenação de Tércio José Vidotti. São Paulo: LTr, 1998. 286 p.

**FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da.** **Consórcio de empregadores.** Revista do direito trabalhista. **Brasília: ano 5, n. 12, p. 17, 1999.**

\_\_\_\_\_. **Consórcio de empregadores:** uma alternativa imediata para a empregabilidade. Disponível em: <<http://www.prt.15.gov.br/index.htm>>. Acesso em 20 nov. 2001

**FREIRE, Gilberto.** Casa-grande & senzala. **42. ed. Rio de Janeiro: Record, 2001. 668 p.**

**GOMES, Orlando.** Contratos. **24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. 450 p.**

**GONÇALVES, Sônia Toledo; SOUSA, Luis Fernando Duque de.** **Consórcio de empregadores:** um novo modelo de contratação no meio rural. Disponível em: <<http://www.prt.15.gov.br/index.htm>>. Acesso em 20 nov. 2001.

**LANDI, Flávio.** Cooperativas - consórcios de empregadores e desemprego no meio rural. Disponível em: <<http://www.infojus.com.br>> Acesso em 19 jun. 2001.

**LIMA, Alvinio.** Culpa e risco. Revista dos Tribunais, **São Paulo, p. 15-17, 1960.**

**LOPES, Otavio Brito.** **Uma nova modalidade de contratação pode ser uma alternativa viável no combate à informalidade das relações trabalhistas entre produtores e trabalhadores rurais.** Revista jurídica consulex, **São Paulo, Ano V, n. 111.**

**MANNRICH, Nelson.** **Consórcio de empregadores rurais.** Repertório IOB de jurisprudência. **São Paulo, n. 20/2000, p. 394-396, out. 2000.**

**MARTINS, Sérgio Pinto.** **Consórcio de empregadores rurais.** Suplemento de Legislação, Jurisprudência e Doutrina. **São Paulo, n. 4/2000, p. 5-8, abr. 2000.**

\_\_\_\_\_. Comentários à CLT. **6. ed. São Paulo: Atlas, 2003. 1138 p.**

**MAZUR, Maurício.** **Consórcio de empregadores rurais: a mais nova forma de contratação de trabalho rural.** Curitiba: Juruá, **2002. 100 p.**

**MEIRELES, Edilton.** O novo código civil e o direito do trabalho. **São Paulo: LTr, 2002. 157 p.**

**OS NOVOS PARADIGMAS DO DIREITO DO TRABALHO:** homenagem a Valetin Carrion. Coordenação Rita Maria Silvestre e Amauri Mascaro do Nascimento. São Paulo: Saraiva, 2001. 518 p.

**SEMINÁRIO INTERNACIONAL “NOVAS FORMAS DE CONTRATAÇÃO DE MÃO-DE-OBRA NO CAMPO.** **Boletim do TRT – 15ª Reg. jun. 99.** Disponível em: <<http://www.prt.15.gov.br/index.htm>>. Acesso em 20 nov. 2001.





# DIREITO AMBIENTAL E RECURSOS HÍDRICOS

Marina Gutierrez Brandão Scalon\*

## Resumo

A análise das implicações jurídicas de proteção ao meio ambiente é de grande importância para que os impactos ambientais na realização de determinadas atividades possam ser controlados ou minimizados. Em relação aos recursos hídricos, a aplicabilidade das normas e sua fiscalização são primordiais para a manutenção da qualidade deste bem, utilizado muitas vezes sem consciência de sua escassez e das conseqüências de sua má utilização. As diferentes formas de usos alteram suas características, sendo indispensável o controle da poluição de corpos de água para que a qualidade de vida não fique prejudicada. O estudo dos princípios é de extrema importância para sustentar as bases de um sistema ainda fragmentário e por vezes sem aplicabilidade prática. A legislação correspondente à proteção das águas será analisada sob o enfoque das diversas formas de utilização deste recurso e como algumas delas prejudicam e comprometem o alcance da chamada sustentabilidade.

## Abstract

The analysis of the legal implications of protection to the environment is of great importance so that the ambient impacts in the accomplishment of determined activities can controlled or be minimized. In relation to the water resources the applicability of the norms and its fiscalization are primordial for the maintenance of the quality, used many times without any conscience of its scarcity and the consequences of its bad use. The different forms of uses modify its characteristics, being indispensable the control the pollution of rivers and lakes so that the quality of life is not wronged. The study of the principles has extreme importance to support the bases of a still fragmentary system and for times without practical applicability. The corresponding legislation to the protection of waters will be analyzed under the approach of the diverse forms of use and as some of them harm and compromise the reach of the call sustentabilidade.

**Palavras-Chave:** Princiologia relacionada ao Direito Ambiental, aspectos jurídico-ambientais dos recursos hídricos e apontamentos referentes à poluição.

## INTRODUÇÃO

O Direito Ambiental possui grande responsabilidade na proteção dos recursos naturais, pertencentes a todos e a ninguém em específico, pois defende um interesse difuso garantindo a sobrevivência da humanidade e de todas as espécies vivas.

O ser humano é o responsável por todas as modificações no ambiente em razão do desenvolvimento econômico crescente e do aumento significativo da população desde a Revolução Industrial. Com esse desenvolvimento, os recursos disponíveis ao homem na natureza vêm sofrendo enorme degradação.

\* Bacharel em Direito pela Universidade de Uberaba – MG; Especialização em Gestão Ambiental no ICESP – Instituto Científico e Ensino Superior, em andamento, Brasília – DF. E-mail: marinagbscalon@bol.com.br.



O Brasil possui um dos mais avançados aparatos jurídico-constitucionais na proteção ao meio ambiente, contudo ainda falta muito para que todo o sistema seja regulamentado, pois ainda se mostra carente de aplicabilidade em vários de seus dispositivos, e a fiscalização, que seria a melhor forma de combate à poluição em todas as suas formas e à deterioração do ambiente como um todo, ainda se apresenta extremamente frágil e inóspita.

A tutela das águas, como bem essencial à vida na Terra, inicialmente teve caráter econômico e sanitário, vinculada apenas ao direito de vizinhança e de propriedade. Com a evolução da importância conferida a este bem outrora tido como ilimitado, agora, porém, sua extraordinária proteção se dá em virtude de sua escassez e da má utilização.

A gestão integrada dos recursos hídricos com o meio ambiente busca atingir um desenvolvimento sustentável garantindo às presentes e futuras gerações o meio ambiente ecologicamente equilibrado trazido pela atual Constituição da República.

A regulamentação dos diversos usos da água com a efetiva implementação das políticas ambientais é a forma de assegurar sua preservação em termos de quantidade e, o que é mais importante, sua qualidade.

O estudo que se propõe parte da necessidade de seguir diretrizes, como a observância dos princípios norteadores no Direito Ambiental, sobretudo no que concerne à proteção das águas. Os recursos hídricos são um dos mais importantes, quicá o mais respeitável dos recursos naturais, por isso o direcionamento desta pesquisa para sua proteção jurídica e para suas diversas formas de utilização, tornando possível o desenvolvimento econômico com vistas à proteção ambiental.

## PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DO DIREITO AMBIENTAL

Princípio aqui pode ser tido como um ponto de partida para a estruturação de uma ciência ainda amplamente em expansão, que sugere a aplicação de medidas preventivas e repressivas no desenvolvimento de atividades que possam trazer algum prejuízo ao ambiente e à espécie humana.

A verificação dos princípios aplicáveis ao meio ambiente tem o intuito de nortear o estudo da constituição das bases do direito ambiental.

A importância do estudo dos princípios aplicáveis ao Direito Ambiental Brasileiro está intrinsecamente ligada à necessidade de se estabelecerem regras para que se possam usufruir os recursos naturais colocados à disposição do homem, garantindo sempre a conservação dos mesmos, e mais, a manutenção do equilíbrio entre a utilização destes bens e sua preservação.

### Princípio do meio ambiente ecologicamente equilibrado

A Constituição Federal inseriu no capítulo referente aos direitos e deveres individuais e coletivos, elencados no artigo 5º, o direito à vida. Em atenção a esse dispositivo, chegou-se a disciplinar o direito à sadia qualidade de vida através de um “meio ambiente ecologicamente equilibrado”<sup>1</sup>.

Apesar de esse direito não constar no Título II concernente aos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal, sua notabilidade o eleva a tal patamar.

A Conferência das Nações Unidas sobre o ambiente urbano de 1972 trouxe, em seu princípio 1, que o homem tem o direito a condições de vida adequadas em um meio ambiente de qualidade<sup>2</sup>, que teria sido

<sup>1</sup> Vide Constituição Federal de 1.988, artigo 225, *caput*.

<sup>2</sup> GRANZIERA, Maria Luiza Machado. *Direito das águas: disciplina jurídica das águas doces*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 47.



reafirmado pela Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992 em seu princípio 1, segundo o qual o homem tem direito a uma vida saudável em harmonia com o meio ambiente<sup>3</sup>.

Várias Constituições de outros países foram influenciadas por essas prerrogativas, sendo que a proteção ambiental não se reduz a um direito exclusivamente do homem, que tem o dever de protegê-lo não porque a natureza está a sua disposição, mas porque ele é parte integrante do sistema.

A Declaração de Paris, realizada em 1998, enfatiza que

*”os recursos hídricos são essenciais para a satisfação das necessidades humanas, tanto as básicas como aquelas vinculadas à saúde, à produção de energia, alimentos e assim como à preservação dos ecossistemas e do desenvolvimento econômico em todas as suas faces: social, política, etc”*.

### Princípio do desenvolvimento sustentável

A Comissão Mundial de meio ambiente e desenvolvimento, criada na Organização das Nações Unidas, definiu desenvolvimento sustentável como “o desenvolvimento capaz de garantir as necessidades do presente sem comprometer a capacidade de gerações futuras de atenderem às suas necessidades”<sup>5</sup>.

O conceito de desenvolvimento tem-se modificado, afastando-se da idéia apenas de crescimento econômico, passando à noção de que, inerente a este, deve-se incluir a proteção ao meio ambiente.

Ao mesmo tempo em que o homem tem o direito de usufruir os recursos colocados à sua disposição, ele tem o dever de preservá-los para as presentes e futuras

gerações, ou seja, a sustentabilidade correlaciona direito e dever, e ainda, desenvolvimento econômico em harmonia com a preservação da qualidade ambiental.

Em relação aos recursos hídricos, a Declaração de Paris de 1998 expõe que

*”é indispensável incentivar o conhecimento e compreensão dos recursos hídricos em todos os níveis, a fim de melhorar seu aproveitamento, gestão e proteção, promovendo sua utilização mais eficaz, equitativa e sustentável”*<sup>6</sup>.

### Princípio da prevenção e Princípio da precaução

O Direito Ambiental tem como prioridade, ou melhor, finalidade precípua prevenir ações que causem danos ao ambiente, sem deixar, todavia, de atentar à necessidade de punição pelos prejuízos já ocorridos.

Prevenção e precaução apresentam similitude de significância, contudo, a doutrina procurou distingui-los, e por isso serão analisados conjuntamente para que sejam delimitadas suas especificidades.

O **princípio da prevenção** busca sempre **compatibilizar a atividade e a proteção ambiental**. A análise antecipada dos efeitos negativos ao meio ambiente de determinada atividade é indispensável para a adoção de medidas que neutralizem esse impacto, assegurando a viabilidade econômica e ambiental de um projeto.

A exigência do EPIA – estudo prévio de impacto ambiental, disciplinado no inciso IV do artigo 225, da Carta Magna, é reflexo normativo do princípio da prevenção, segundo o qual as conseqüências positivas e negativas poderão ser previstas utilizando-se de métodos para que os efeitos danosos sejam compensados ou mitigados.

<sup>3</sup> MILARÉ, Edis. *Direito do ambiente*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 96.

<sup>4</sup> FREITAS, Vladimir Passos de (Coord.). *Águas – aspectos jurídicos e ambientais*. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2002. Anexo III, p.264.

<sup>5</sup> GRANZIERA, Maria Luíza Machado. Op. cit., p. 50.

<sup>6</sup> FREITAS, Vladimir Passos de (Coord.). Op. cit., p. 264.



O **princípio da precaução**, por sua vez, é uma forma mais drástica de se lidar com o problema. Na dúvida dos efeitos danosos de uma atividade, ou seja, na incerteza das conseqüências de determinado empreendimento, com o fito de garantir às futuras gerações um ambiente saudável, o melhor é que se opte pela não realização da atividade.

O princípio está atrelado à cautela quando da possibilidade de ocorrência de **prejuízos sérios ou irreversíveis nas situações de incerteza**. Entretanto, não se pode avaliar o que seria uma “ameaça de danos sérios e irreversíveis” descrita no princípio nº 15 da Declaração do Rio de Janeiro de 1992<sup>7</sup>, pois ausente ainda de conceituação. Contudo, Granziera assevera que

*“o risco ambiental existe em todas as atividades. O que varia é a probabilidade de ocorrência do dano. Havendo maior probabilidade, e de acordo com a natureza do dano em potencial, a atividade não deve ser licenciada (g.n).”*

Quando houver certeza da ocorrência de lesão ao ambiente e de seus efeitos, este deverá ser prevenido, nos termos do princípio da prevenção. Não havendo, aplica-se o princípio da precaução. Há, ainda, previsão legal para aplicação de penalidade pela inobservância a este princípio, como dispõe o §3º do artigo 54, da Lei nº 9.605 de 1998:

*“Incorre nas mesmas penas previstas no parágrafo anterior quem deixar de adotar, quando assim o exigir a autoridade competente, medidas de precaução em caso de dano ambiental grave ou irreversível.”*

Aqui entra o importante papel do poder de polícia da administração, cuja explanação se dará a seguir.

### **Princípio do controle do poluidor pelo Poder Público**

Nomenclatura dada por Edis Milaré<sup>8</sup>, cuja denominação sofre algumas variações na doutrina. Paulo Affonso Leme Machado<sup>9</sup> utiliza-se da expressão “princípio da obrigatoriedade da intervenção do Poder Público”.

Entretanto, os significados apresentam o mesmo propósito, o de explicitar o Poder de Polícia concernente à Administração na qualidade de gestora dos bens ambientais.

O Poder Público é responsável pelo controle da utilização dos recursos naturais como administrador desses bens, uma vez que são “de uso comum do povo”<sup>10</sup>. As incumbências do Estado em relação ao meio ambiente se encontram no §1º do artigo 225 da Carta Constitucional, em que se incluem, entre outras, a preservação de processos ecológicos, a definição de espaços territoriais protegidos, a exigência do EPIA para a instalação de obra, controle de poluição, promoção de educação ambiental, e ainda, presente na legislação infraconstitucional, tomar compromisso de ajustamento de conduta<sup>11</sup>.

Cabe ao Poder Público e à coletividade defender e preservar o meio ambiente. É o chamado princípio da participação comunitária, como a seguir se verá.

### **Princípio da participação comunitária**

A cooperação entre Estado e sociedade é o fundamento primeiro desse princípio. No *caput* do artigo 225 da

<sup>7</sup> GRANZIERA, Maria Luiza Machado. Op. cit., p. 53.

<sup>8</sup> MILARÉ, Edis. Op. cit., p. 98.

<sup>9</sup> *Direito Ambiental Brasileiro*. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 88.

<sup>10</sup> Artigo 225, *caput*, da Constituição Federal de 1988.

<sup>11</sup> Artigo 5º, § 6º, da Lei de Ação Civil Pública, nº 7.347 de 1985.

Constituição da República, a previsão é expressa, sendo imposto ao Poder Público e à coletividade o dever de defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações.

As audiências públicas realizadas em sede de estudo prévio de impacto ambiental traduzem essa conceituação.

A participação comunitária foi objeto do princípio 10 da Declaração do Rio de 1992:

*“o melhor modo de tratar as questões ambientais é com a participação de todos os cidadãos interessados, em vários níveis. No plano nacional, toda pessoa deverá ter acesso adequado à informação sobre o ambiente de que dispõem as autoridades públicas, incluída a informação sobre materiais e as atividades que oferecem perigo em suas comunidades, assim como a oportunidade de participar dos processos de adoção de decisões. Os Estados deverão facilitar e fomentar a sensibilização e a participação do público, colocando a informação à disposição de todos. Deverá ser proporcionado acesso efetivo aos procedimentos judiciais e administrativos, entre os quais o ressarcimento dos danos e os recursos pertinentes”*<sup>12</sup>.

O **direito à informação** é essencial para formar pessoas mais cientes do seu papel em relação ao meio ambiente, o que se pretende é desenvolver a consciência ambiental<sup>13</sup>. A publicidade é um instrumento indispensável para que o direito à informação se efetive.

A Lei 6.938/81 (Política Nacional do Meio Ambiente) prevê a divulgação de dados

e informações ambientais para a formação de consciência pública sobre a necessidade de preservação da qualidade ambiental e do equilíbrio ecológico<sup>14</sup>. No art. 9º, X, dispõe entre os seus instrumentos a garantia da prestação de informações relativas ao meio ambiente, obrigando-se o Poder Público a produzi-las, ainda que inexistentes.

A Lei 9.433/97 (Política Nacional de Recursos Hídricos) estabelece como um de seus instrumentos o sistema de informações sobre os recursos hídricos<sup>15</sup>.

### Princípio da cooperação

O dano ambiental não possui barreiras, podendo produzir efeitos fora do local de incidência direta. A Carta Magna, em seu artigo 4º, IX, estabelece como princípio relativo às relações internacionais a cooperação entre os povos para o progresso da humanidade.

A Conferência de Estocolmo, realizada em 1972, e muitos dos princípios da Conferência do Rio de 1992 introduziram algumas formas de atuação conjunta<sup>16</sup>. Contudo, para se obter efetiva cooperação internacional em matéria ambiental, é preciso que tais declarações deixem de ser manifestações genéricas de vontade e passem a detalhar as obrigações recíprocas entre os Estados através de acordos específicos.

Em se tratando de recurso hídricos, a Declaração de Paris, de 1998, estabelece que “a água é um recurso natural fundamental para a prosperidade e estabilidade futuras, e DEVE ser reconhecido como um elemento catalisador de cooperação intra – regional”<sup>17</sup>.

No direito ambiental brasileiro, a cooperação está imposta no inciso VI do artigo 23, da Constituição, segundo o qual é competência comum da União, Estados, do

<sup>12</sup> MILARÉ, Edis. Op. cit., p. 99.

<sup>13</sup> MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 80.

<sup>14</sup> Artigo 4º, V.

<sup>15</sup> Artigo 5º, VI.

<sup>16</sup> GRANZIERA, Maria Luiza Machado. *Direito de Águas*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 55-56.

<sup>17</sup> FREITAS, Vladimir Passos de (Coord.). Op. cit., p. 264.

Distrito Federal e dos Municípios a proteção do meio ambiente e o combate à poluição. Contudo, essa a cooperação ainda não foi regulamentada, pois pendente de edição de lei complementar (parágrafo único do mesmo artigo).

A previsão constitucional de que o Poder Público e a coletividade devem defender e preservar o meio ambiente<sup>18</sup> já demonstra a necessidade dessa atuação conjunta.

A Lei de Crimes Ambientais – Lei nº 9.605/98 – dedicou um capítulo para disciplinar a cooperação internacional para a preservação do meio ambiente, em que se tornaria possível a troca em relação à produção de provas, exame de objetos e lugares, informações sobre pessoas e coisas, etc.

### **Princípio do poluidor-pagador**

Há previsão constitucional para tal princípio sujeitando os infratores, quando da realização de atividades lesivas ao meio ambiente, a sanções penais e administrativas, e ainda a obrigação de reparar o dano causado<sup>19</sup>.

O artigo 4º, VII, da Lei nº 6.938/81, que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente, determina a imposição, ao poluidor e ao predador, da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados.

A Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992, em seu princípio 16, dispõe:

*“As autoridades nacionais deveriam procurar fomentar a internalização dos custos ambientais e o uso de instrumentos econômicos, tendo em conta o critério de que o causador da contaminação deveria, por princípio, arcar com os seus respectivos custos de reabilitação,*

*considerando o interesse público, e sem distorcer o comércio e as inversões internacionais”<sup>20</sup>.*

Este princípio obriga o poluidor a pagar, por exemplo, pela descarga de resíduos em cursos de água fora dos padrões estabelecidos nas normas ambientais. O pagamento não privilegia o poluidor, e sim se espera que sejam evitados novos danos ao ambiente. O poluidor arcará com todos os prejuízos decorrentes de sua atividade, nos termos da lei que regula o uso do bem comum, nada obstando a que ele repasse aos usuários esses custos.

## **A EVOLUÇÃO DA PROTEÇÃO JURÍDICA DOS RECURSOS HÍDRICOS**

A água é um dos elementos mais importantes da natureza, que possui prioridade no atendimento de exigências legais ao serem desenvolvidas certas atividades que podem comprometê-la, pois a vida, sem a presença de água, certamente sucumbirá.

O Código Civil de 1916, nos artigos 563 a 568, ao proteger as águas, ateve-se basicamente ao direito de vizinhança. O Novo Código Civil de 2002, nos artigos 1288 a 1296, disciplinou novas situações, mas também se restringiu ao direito de vizinhança.

O Código das Águas – Decreto 24.634/34 – procurou incentivar o aproveitamento industrial das águas, isto porque ainda não existiam problemas de abastecimento. As águas, nessa época, possuíam valor econômico por se apresentarem como matéria-prima para a geração de eletricidade.

A proteção de florestas, das matas ciliares e das nascentes, indispensáveis para manutenção da qualidade de corpos d’água, foi objeto do Código Florestal – Lei nº 4.771/65.

<sup>18</sup> Artigo 225, *caput*.

<sup>19</sup> Artigo 225, § 3º, da Constituição Federal.

<sup>20</sup> Tradução encontrada no site [www.bem.com.br](http://www.bem.com.br), acesso em 05 de julho de 2004





Foram inseridos no ordenamento princípios indispensáveis para a preservação do meio ambiente com a Lei nº 6.938/81, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, em que foram delimitados seus objetivos e instrumentos.

Estabeleceu-se, através da Lei nº 7.347/85 – Lei da Ação Civil Pública, a forma de atuação processual para a responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, dentre outros direitos.

A Carta Constitucional de 1988, no artigo 225, elevou o direito a um ambiente saudável à categoria de princípio, cabendo ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo, sujeitando os infratores às sanções penais e administrativas e ainda ao dever de reparar o dano.

A proteção constitucional dos recursos hídricos pode ser vislumbrada nos artigos 20, III (especifica os bens da União), art. 23, I (delimita os bens dos Estados), art. 21, XIX (competência da União para instituir sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos), e muitos outros.

Uma das maiores contribuições no tocante à utilização dos recursos hídricos foi dada pela Lei nº 9.433/97, que instituiu a Política Nacional dos Recursos Hídricos, tendo como finalidade precípua a gestão destes recursos com vistas à sua preservação e conservação através da utilização racional. E será nesse diploma legal que iremos nos ater no decorrer do próximo tópico.

Sem maiores delongas, mas com não menos importância, não se pode deixar de citar a Lei nº 9.605/98 – Lei dos Crimes Ambientais, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas lesivas ao meio ambiente.

## APECTOS LEGAIS APLICÁVEIS AOS RECURSOS HÍDRICOS

Com a instituição da Política Nacional de Recursos Hídricos – PNRH – pela Lei nº 9.433 de 08 de janeiro de 1997, foi criado o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, regulamentando o inciso XIX do artigo 21 da Constituição Federal, segundo o qual seria competência da União a instituição deste Sistema e a definição de critérios de outorga de direitos de seu uso.

Uma das alterações mais significativas pode ser observada no inciso I do artigo 1º da referida lei, que extinguiu o domínio privado da água anteriormente previsto no Código das Águas – Decreto 24.643 de 1934<sup>21</sup>.

Com o advento da lei 9.433/97, a água passou a ser considerada como **bem de domínio público**, entendida como de uso comum do povo, conforme disciplinou o artigo 225, *caput*, da CF/88. Paulo Affonso Leme Machado<sup>22</sup> traduz bem esta questão, afirmando que “a dominialidade pública da água, afirmada na Lei 9.433/97, não transforma o Poder Público federal e estadual em proprietário da água, mas torna-o gestor desse bem, no interesse de todos.”

Ademais, o artigo 18 da lei supra citada determina que a outorga não implica alienação das águas, uma vez que são inalienáveis, sendo concedido apenas o direito real de uso.

Em seguida, tem-se que a água, por ser um recurso natural limitado, passou a ter **valor econômico** (artigo 1º, II), devendo-se atentar que esta “valorização econômica da água deve levar em conta o preço da conservação, da recuperação e da melhor distribuição deste bem.”<sup>23</sup>. Nestes termos, o artigo 19 justifica que a cobrança pelo uso dos recursos hídricos tem como escopo

<sup>21</sup> “Artigo 1º - As águas públicas podem ser de uso comum ou dominicais”. Os bens dominicais estão definidos no artigo 99, III, do novo Código Civil, sendo os que “constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma das entidades”. Neste sentido, estes bens fazem parte do patrimônio disponível do Poder Público.

<sup>22</sup> *Direito Ambiental Brasileiro*. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 422.

<sup>23</sup> MACHADO, Paulo Affonso Leme. Op. cit., p. 427.



reconhecer a água como bem econômico e dar ao usuário uma indicação de seu real valor, visando a racionalização do seu uso. Em outras palavras, atribuiu-se valor ao seu uso em virtude de sua escassez.

Todavia, pagar pelo seu uso não significa a falta de moderação ou sua disposição sem obediência às normas, nos termos do princípio do poluidor-pagador, mas a este assunto será reservado um tópico específico.

A PNRH – Política Nacional de Recursos Hídricos – tem como objetivos assegurar a disponibilidade de água de boa qualidade e a utilização racional e integrada dos recursos hídricos, sempre com vistas ao desenvolvimento sustentável (art. 2º e incisos).

Dentre os instrumentos da PNRH para que sejam atendidos tais objetivos, estão o enquadramento dos corpos de água em classes segundo seus usos preponderantes, a outorga dos direitos de uso de recursos hídricos, e a cobrança pelo seu uso, dentre outros. Contudo, iremos nos ater mais detalhadamente a esses três instrumentos previstos nos incisos II, III e IV, constantes do artigo 5º da lei em questão.

### **O enquadramento dos corpos de água em classes**

Os corpos de água serão enquadrados segundo seus usos preponderantes, visando sempre assegurar que as águas possuam qualidade compatível com os usos mais exigentes e, ainda, a diminuição dos custos de combate à sua poluição, através de ações preventivas permanentes (art. 9º).

A referida lei disciplina que as classes de corpos de água serão estabelecidas pela legislação ambiental (art. 10).

Em relação ao enquadramento dos corpos de água em classes, segundo seus usos preponderantes, o CONAMA (Conselho Nacional do Meio Ambiente), em

sua resolução nº 20, de 18 de junho de 1986, estabeleceu minuciosa classificação das águas doces, salinas e salobras.

Para cada classe ficaram determinados os parâmetros de materiais flutuantes, óleos, graxas, substâncias que impliquem gosto, odor, coliformes, DBO (demanda bioquímica de oxigênio), OD (oxigênio dissolvido), turbidez, ph, e outras substâncias potencialmente prejudiciais, influenciando direta ou indiretamente o seu uso.

Ficou estabelecida na aludida resolução uma Classe Especial - para águas doces, em relação aos usos destinados ao abastecimento doméstico sem prévia ou com simples desinfecção e preservação do equilíbrio natural das comunidades aquáticas - que não traduz exatamente a realidade.

Atualmente, sabe-se que são raras as fontes de água que não necessitam de tratamento para o consumo humano. Em razão da impossibilidade de se poder afirmar que determinada água é pura e pronta para o consumo, isenta de organismos patogênicos, o tratamento prévio deve existir, mesmo que simplificado, para garantir a qualidade daquela água.

Neste contexto, a Portaria nº 518, de 25 de março de 2004, que revogou a Portaria nº 1469, de 29 de dezembro de 2000, ambas do Ministério da Saúde, estabelece:

*Art. 22. Toda água fornecida coletivamente deve ser submetida a processo de desinfecção, concebido e operado de forma a garantir o atendimento ao padrão microbiológico desta Norma.*

E ainda:

*Art. 23. Toda água para consumo humano suprida por manancial superficial e distribuída por meio de canalização deve incluir tratamento por filtração.*



Desta forma, a exigência de processo de desinfecção e tratamento por filtração quando da destinação da água para consumo humano apresentada pela referida portaria demonstra a quase impossibilidade de abastecimento doméstico sem qualquer tipo de tratamento. Esta nova interpretação torna questionável a classe especial contida da Resolução nº 20 do Conama, como demonstrado.

Carece, portanto, de aplicabilidade a classificação das águas que dispensa qualquer tipo de tratamento, inviabilizando a permanência da referida classe na aludida resolução.

### **A outorga dos direitos de uso de recursos hídricos**

A outorga é ato administrativo, na forma de autorização<sup>24</sup>, que serve como um instrumento de gestão, transferindo-se apenas o direito de uso do recurso hídrico pelo prazo não superior a trinta e cinco anos, admitida sua renovação (art. 16).

Não constitui alienação das águas, uma vez que são inalienáveis, como já foi mostrado, mas o simples direito de seu uso pelo fato de que o meio ambiente foi elevado constitucionalmente à condição de bem de uso comum do povo.

O objetivo primeiro do regime de outorga é assegurar o controle quantitativo e qualitativo dos usos da água, nos termos do artigo 11 da Lei nº 9.433/97.

Os recursos hídricos possuem uma enorme variedade de formas de utilização<sup>25</sup>, sendo que a citada lei não prevê todas as suas modalidades, privilegiando o consumo humano, a dessedentação dos animais, o abastecimento público, o lançamento de

esgotos e demais resíduos líquidos ou gasosos (tratados ou não, com o escopo de diluí-lo), o transporte, e potencial hidroelétrico, sendo que estas últimas quatro modalidades estão sujeitas a outorga pelo Poder Público (art. 12 e incisos).

Contudo, havendo situações de escassez de água, os **usos prioritários** se restringem ao abastecimento humano e a dessedentação de animais (art. 1º, III), podendo ser suspensa a outorga de direito de uso quando for preciso atender tais necessidades e não se dispuser de meio alternativo (art. 15, V).

Independará, no entanto, da outorga quando o uso for considerado insignificante (art. 12, § 1º).

A outorga de uso dos recursos hídricos só será concedida se condicionada às prioridades de uso estabelecidas nos Planos de Recursos Hídricos<sup>26</sup>, respeitando a classe em que o corpo de água estiver enquadrado, como já foi explicitado.

A emissão das outorgas caberá aos Poderes Executivos Federal, Estaduais e do Distrito Federal (art. 14), bem como a regulamentação e fiscalização dos usos dos recursos hídricos, cada um na sua esfera de competência (art. 29, II e 30, I). A gestão privada, como se depreende do texto legal, está excluída para a emissão das outorgas de uso.

No âmbito federal, a ANA<sup>27</sup> – Agência Nacional de Águas – é considerada uma autarquia sob regime especial, com autonomia administrativa e financeira, vinculada ao Ministério do Meio Ambiente, com a finalidade de implementar, em sua esfera de atribuições, a Política Nacional de Recursos Hídricos, integrando o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos

<sup>24</sup> Como dispõe o artigo 4º, IV, da Lei nº 9.984/2000, que criou a Agência Nacional de Águas – ANA.

<sup>25</sup> O inciso IV do artigo 1º da Lei nº 9.433/97 - a gestão de recursos hídricos deve proporcionar o uso múltiplo das águas, vedado o privilégio para apenas uma destinação.

<sup>26</sup> Art. 7º - Os Planos de Recursos Hídricos são planos de longo prazo, com horizonte de planejamento compatível com o período de implantação de seus programas e projetos e terão o seguinte conteúdo mínimo: VIII – prioridades para outorga de direitos de uso de recursos hídricos”.

<sup>27</sup> Criada pela Lei nº 9.984/2000.



Hídricos<sup>28</sup>.

Integra o Conselho Nacional de Recursos Hídricos, possuindo a atribuição de gerir os corpos hídricos de domínio da União que, nos termos do artigo 20, III da Carta Magna, são aqueles que banham mais de um Estado, sirvam de limites com outros países ou se estendam a território estrangeiro ou dele provenham.

Na esfera estadual, ou do Distrito Federal, a emissão de outorga será de competência dos órgãos encarregados de fazê-lo, nos termos que dispuserem suas leis estaduais<sup>29</sup>.

Uma de suas competências, elencadas no artigo 4º, da Lei nº 9.984/2000, está a de “outorgar, por intermédio de autorização, o direito de uso de recursos hídricos em corpos de água de domínio da União”, e de fiscalizar os usos desses recursos, e, ainda, “arrecadar, distribuir e aplicar receitas auferidas por intermédio da cobrança pelo uso de recursos hídricos de domínio da União”.

Assim, compete a esta entidade a emissão de outorgas quando se tratar de águas que se encontrem sob respaldo federal. Em relação à cobrança pelo uso dos recursos hídricos, analisar-se-á com mais afinco no tópico que se segue.

### **A cobrança pelo uso dos recursos hídricos**

A finalidade da cobrança pelo uso desses recursos é: I – reconhecer a água como bem econômico e dar ao usuário uma identificação de seu real valor; II – incentivar a racionalização do seu uso; III – obter recursos financeiros para o financiamento dos programas e intervenções contemplados nos planos de recursos hídricos (art. 19 da Lei nº 9.433/97).

Os usos sujeitos a outorgas serão cobrados<sup>30</sup>, cobrança esta que não significa punição ou multa, nos termos do artigo 20 do mesmo diploma legal.

A fixação de tais valores levará em consideração: a) o volume retirado, e seu regime de variação; b) nos lançamentos de esgotos e resíduos líquidos ou gasosos, o volume lançado e seu regime de variação e as características físico-químicas, biológicas e de toxicidade do afluente (artigo 21 e incisos).

Todos os lançamentos serão cobrados, tanto aqueles que cumprirem o estabelecido nas normas de emissão quanto os que estiverem além do que as normas ambientais permitem. A respeito dos efeitos dos lançamentos de esgotos e águas residuárias, trataremos do assunto no próximo item.

As receitas provenientes da cobrança pelo uso de recursos hídricos de domínio da União serão mantidas à disposição da ANA (art. 21 da Lei nº 9.984/2000), atentando-se para a aplicação prioritária na bacia hidrográfica em que foram gerados (art. 22 da Lei nº 9.433/97).

Esses recursos podem ser destinados a estudos, projetos e obras incluídos nos Planos de Recursos Hídricos como no pagamento de despesas para implantação e custeio de órgãos e entidades integrantes do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos (art. 22 da Lei nº 9.433/97).

A novidade foi introduzida no § 2º do mesmo dispositivo, em que os valores poderão ser aplicados a fundo perdido em projetos e obras que alterem, de modo considerado benéfico à coletividade, a qualidade, a quantidade e o regime de vazão de um corpo de água.

<sup>28</sup> CUNHA, Eldis Camargo Neves da, *In: Desafios jurídicos na gestão dos recursos hídricos em face dos instrumentos da Política nacional*. Grandes Eventos: Meio Ambiente. Brasília - ESMPU, 2004, v.1, p. 218.

<sup>29</sup> GRANZIERA, Maria Luiza Machado. *Op. cit.*, p. 185.

<sup>30</sup> SANTILLI, Juliana. *In: Aspectos Jurídicos da política nacional de recursos hídricos*. Grandes Eventos: Meio Ambiente. Brasília - ESMPU, 2004, v.1, p. 201. A autora faz uma observação de que somente no Ceará a cobrança pelo uso dos Recursos Hídricos foi implementada, e ainda de forma muito incipiente.

## APONTAMENTOS SOBRE A POLUIÇÃO DOS RECURSOS HÍDRICOS

Como foi demonstrado, um dos usos prioritários da água é o consumo humano. A análise da potabilidade da água é essencial para determinar a capacidade de disponibilização deste recurso para uso do homem e para a proteção dos seres vivos que dele dependam.

Os padrões de potabilidade da água para consumo humano foram definidos pela Portaria Federal nº 36 de 19 de janeiro de 1990, tendo sido substituída pela Portaria nº 1469/2000, e alterada pela Portaria nº 518/2004, todas do Ministério da Saúde, estabelecendo os procedimentos e responsabilidades relativas ao controle e vigilância da qualidade da água para consumo humano e seu padrão de potabilidade.

O abastecimento de água potável constitui o cerne do saneamento, e a questão dos esgotos merece dobrada atenção por influenciar diretamente a qualidade da água quando de sua diluição nos corpos de água.

O “fator ‘captação de água’ encontra-se estreitamente relacionado à idéia do lançamento das águas servidas. Parte da água captada é devolvida após o uso. Essa devolução implica que a água servida deve submeter-se a tratamento antes da devolução, para que não prejudique a qualidade do corpo receptor, o que não tem ocorrido no país”<sup>31</sup>.

As águas residuárias comprometem o abastecimento das cidades que estejam após o lançamento desses efluentes (a jusante).

A lei assegura a multiplicidade dos usos da água, garantindo sua quantidade e qualidade. Porém, alguns usos podem se mostrar extremamente contraditórios, tais como o abastecimento humano e o lançamento de esgoto em corpos de água, tratado ou não, conforme se observa nos ditames legais.

Para alguns autores, isto é exatamente o que caracteriza o uso múltiplo deste recurso.

Entretanto, alguns atos, ainda que previstos em lei, constituem-se em usos prejudiciais e causadores de poluição.

A primeira coisa a fazer é delimitar o que se entende por poluição, e aí analisar os parâmetros legais estipulados e as implicações decorrentes disto.

A Lei de Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6.938/81) define **poluição** como sendo “a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população; b) criem condições adversas às atividades sociais e econômicas; c) afetem desfavoravelmente a biota; d) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente; e) lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais” (artigo 3º, III).

O que não se pode deixar de salientar é que a poluição pode ocorrer ainda que sejam obedecidos os padrões estabelecidos em lei, mas somente a desobediência aos limites legais é que será tida como ato poluidor merecedor de repreensão, sujeitando o responsável pela degradação ambiental às penas da Lei de Crimes Ambientais (Lei nº 9.605/98).

Caberá, portanto, ao Poder Público, como administrador do meio ambiente e gestor dos seus recursos, e ainda, como um dos responsáveis pela garantia constitucional de um ambiente ecologicamente equilibrado, fiscalizar essas emissões e aplicar medidas quando estiverem em desacordo com o permitido.

A Resolução nº 20 do CONAMA, em seu artigo 21, estabelece que os efluentes de qualquer fonte poluidora somente poderão ser lançados, direta ou indiretamente, nos corpos de água se obedecerem aos parâmetros por ele estabelecidos de pH, temperatura, materiais sedimentáveis, e muitas outras características.

E mais, irrelevante questionarmos se

<sup>31</sup> GRANZIERA, Maria Luiza Machado. Op. cit., p. 124-125.

tais despejos estão sendo efetuados por concessionárias ou pela própria Administração Pública, pois a responsabilidade será a mesma diante das providências relacionadas à preservação ambiental<sup>32</sup>.

Apesar de o artigo 12, III, da Lei n° 9.433/97 prever a possibilidade de lançamento de esgotos sem tratamento em corpos de água, a saúde coletiva, por sua vez, possui prioridade e proteção constitucional. Ou seja, ainda que a legislação aplicável preveja a punição apenas quando tais lançamentos estiverem além das balizas permitidas, o que se busca é proteger a vida humana, evitando que essas águas servidas sejam despejadas sem prévio tratamentos em rios e lagos.

Granziera<sup>33</sup> corrobora este entendimento afirmando que são vários os municípios, em suas leis orgânicas, que vedam o lançamento em curso de água de esgoto *in natura*, ou seja, sem o adequado tratamento. Posicionamento correto, uma vez que, como já foi dito, o Poder Público deve assegurar a todos um ambiente ecologicamente equilibrado, direito este que não apresenta consonância com a emissão de efluentes não tratados.

Desta forma, a questão vem sendo disciplinada nas municipalidades com o intuito de salvaguardar a qualidade de vida, pois o “agir local” pode produzir efeitos de forma global.

### **Outras formas de Poluição**

As descargas de lixo a céu aberto apresentam muitos perigos, dentre os quais está a poluição das águas subterrâneas e dos cursos de água vizinhos, produzindo péssimos odores e a proliferação de vetores.

Vários Estados têm proibido a disposição de resíduos sólidos sem qualquer critério ou cuidado especial, sendo que a

melhor solução seria o depósito em aterros sanitários, que não causariam nenhum prejuízo à saúde humana, uma vez que, ao final de cada dia, todo o lixo seria coberto por uma camada de terra, impermeabilizando-se o solo para que as águas subterrâneas não sejam atingidas.

É indiscutível que se deve criar um aterro em locais que causem o mínimo de prejuízos aos vizinhos, pois suas propriedades certamente se desvalorizarão em virtude dos aspectos negativos concernentes a essa atividade.

A incineração é uma das formas utilizadas para a redução desse lixo. Contudo, os gases provenientes desta prática causam enorme poluição atmosférica, o que também deve ser evitado.

A transformação dos resíduos sólidos em compostos, através de usina de compostagem, deve ser considerada desde que os organismos patogênicos sejam eliminados<sup>34</sup>.

A indústria utiliza abundantemente os recursos hídricos no desenvolvimento de suas atividades. Todavia, a legislação tratou de forma clara da responsabilidade administrativa, civil e penal dos causados de danos ambientais, abarcando, inclusive, as pessoas jurídicas<sup>35</sup>.

A Lei n° 9.605/98 (Lei de Crimes Ambientais) define que quem, de qualquer forma, contribuir para a prática de crimes ambientais estará sujeito às suas penas na medida de sua culpabilidade. Isto quer dizer que cada participante do evento danoso, seja aquele que determinou tal ato, seja aquele que contribuiu de forma mínima para sua realização, ou mesmo aquele que sabia e simplesmente não impediu a ocorrência do dano, responderá perante a lei.

A responsabilidade, neste caso, será sempre objetiva, ou seja, é necessário apenas que se prove a autoria do dano, não

<sup>32</sup> Idem, p. 128-129.

<sup>33</sup> Ibidem, p. 131.

<sup>34</sup> Considerações feitas por Paulo Affonso Leme Machado, Op. cit., p. 528-532.

<sup>35</sup> Lei n° 9.605/98 – Lei de Crimes Ambientais.

interessando, para tanto, que o agente tenha buscado o resultado ou esteja desempenhando de forma lícita ou ilícita sua atividade.

As medidas punitivas previstas aos infratores são a prestação de serviços à comunidade, interdição temporária de direitos, suspensão parcial ou total de atividades, prestação pecuniária e o recolhimento domiciliar (art. 8º).

Os dejetos gerados pela indústria que são jogados nos corpos hídricos apresentam uma peculiaridade, no entendimento de Granziera: geram dificuldade quanto à prova da autoria do despejo. O que se verificará na maioria das vezes é apenas a possibilidade de aquele dano ter sido ocasionado por determinada indústria.

Contudo, provando-se a autoria do dano, a responsabilidade será sempre objetiva, como foi demonstrado.

Será punido aquele que causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora, nos termos do *caput* do artigo 54 Lei de Crimes Ambientais.

Entretanto, existe a previsão constante do artigo 12, III, da Lei nº 9.433/97 – que instituiu a Política Nacional de Recursos Hídricos, segundo o qual o lançamento de esgotos e resíduos líquidos ou gasosos em corpos de água é permitido.

Desta forma, o *caput* do citado artigo, que inadmitte qualquer forma de poluição, apresenta-se em desconformidade em relação ao que foi proposto pela Política Nacional de Recursos Hídricos.

Sabe-se que a Lei de Crimes Ambientais é posterior à que instituiu a Política Nacional de Recursos Hídricos, e a lei posterior revogaria a lei anterior naquilo que lhe fosse contrária. Todavia, a aplicabilidade do *caput* do artigo 54 da Lei nº 9.605/98 mostra-se prejudicada inclusive quando comparado aos seus próprios

parágrafos.

Elucidando esta questão, cabe-nos apenas fazer uma leitura do inciso V do § 2º do artigo 54 do referido diploma repressivo em que o lançamento de resíduos sólidos, líquidos ou gasosos, ou detritos, óleos ou substâncias oleosas, só será considerado crime, ou seja, punido nos termos da lei em questão, se estiverem em desacordo com o estabelecido em leis ou regulamentos.

Diante disto se depreende que não serão todas as formas de poluição que serão punidas, mas somente aquelas que extrapolarem os ditames legais. Desta forma, e com bastante ousadia, questiono a aplicabilidade do dispositivo em questão, seguindo os fundamentos apresentados e com base no que dispôs a Lei nº 9.433/97, diante da aplicação de parâmetros para que se leve em consideração quais as formas de poluição merecedoras de advertência. Segundo esta lei, várias são as atividades permitidas desde que insertas dentro de alguns limites que outrora dispensamos merecida atenção.

A proposição de tais questionamentos é importante para demonstrar a fragilidade do sistema legal de proteção ao meio ambiente que ainda se mostra visível e, sobretudo, sem aplicabilidade prática em vários pontos.

Aos estudiosos das ciências correlatas ao meio ambiente caberá o estudo da viabilidade das proposições legislativas já formuladas e, o que é mais importante, a formulação de novas propostas que possuam mais acuidade ao tratar do assunto.

## CONCLUSÃO

A legislação brasileira é tida como uma das mais avançadas no que concerne à proteção ao meio ambiente, isto porque essa questão foi elevada à condição de princípio protegido constitucionalmente, cujas prerrogativas legais sempre terão como aparato a Constituição Federal.

Foram abordados os princípios relevantes ao Direito Ambiental que são os responsáveis pela evolução legal do direito do ambiente.

Alguns aspectos legais, como a questão de lançamentos de efluentes, mostra que a legislação ainda possui algumas impropriedades, pois, com o intuito de proteger o meio ambiente, o legislador pátrio pecou na falta de clareza para determinar o que seria punido ou não, cometendo o equívoco de punir toda e qualquer atividade lesiva ao meio ambiente.

O amparo ao direito ambiental não pode se dar de forma isolada. Os municípios, os estados e os países devem, sem dúvida, agir conjuntamente, pois os efeitos da degradação são sentidos em todo o mundo afetando não só o homem, mas todas as espécies vivas que dependam de um ambiente equilibrado para assegurar sua

sobrevivência.

O papel do Poder Público é essencial primeiramente para a edição de normas condizentes com a realidade e que não premiem simplesmente a atividade poluidora por motivos econômicos. Em segundo lugar, que exista uma atuação fiscalizatória mais efetiva para que tais leis possam ser cumpridas. E, por último, que seja introduzida em toda a população a consciência dos efeitos da má utilização dos recursos que ainda temos disponíveis.

Assim, o papel de todo cidadão é cobrar do Poder Público sua contribuição para que continuemos com todos esses recursos à disposição através da racionalização de seu uso, e ainda, da atuação mais efetiva da comunidade, nos limites de suas possibilidades, defendendo sempre a causa ambiental.

#### BIBLIOGRAFIA

1. BRAGA, Benedito et al. *Introdução à engenharia ambiental*. São Paulo: Prentice Hall, 2002.
2. Código Civil – Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916.
3. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1998.
4. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2003.
5. FREITAS, Vladimir Passos de (Coord.). *Águas – aspectos jurídicos e ambientais*. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2002.
6. \_\_\_\_\_. *A Constituição Federal e a efetividade das normas ambientais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.
7. Grandes Eventos: Meio Ambiente, vol 1. Brasília - ESMPU, 2004.
8. GRANZIERA, Maria Luiza Machado. *Direito das águas: disciplina jurídica das águas doces*. São Paulo: Atlas, 2001.
9. MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
10. MEDAUAR, Odete (organizadora). *Coletânea de legislação ambiental*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
11. MILARÉ, Edis. *Direito do ambiente*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.
12. Novo Código Civil – Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.
13. Sites visitados:  

<a href="http://www.jus.com.br">www.jus.com.br</a>	<a href="http://www.ana.gov.br">www.ana.gov.br</a>	<a href="http://www.funasa.gov.br">www.funasa.gov.br</a>
<a href="http://www.bem.com.br">www.bem.com.br</a>	<a href="http://www.saude.gov.br">www.saude.gov.br</a>	<a href="http://www.google.com.br">www.google.com.br</a>
<a href="http://www.mma.gov.br">www.mma.gov.br</a>	<a href="http://www.sabesp.gov.br">www.sabesp.gov.br</a>	





# EXECUÇÃO EXPROPRIATÓRIA CIVIL: REQUISITOS E PROCEDIMENTOS

ÊNIO SANTARELLIZULIANI<sup>1</sup>

## RESUMO

No âmbito do Direito das Obrigações, não se ignora que “calotes” acontecem – até com certa frequência -, sem que se possa, juridicamente, contornar essa irresponsabilidade obrigacional, nem sempre praticada intencionalmente. No entanto, existem meios legais para que se obtenha o pagamento de uma obrigação pecuniária, mesmo quando o devedor não tem vontade de realizar o cumprimento de forma espontânea. Sem a pretensão de esgotar o conhecimento de todas as vertentes do processo de execução, este estudo revela os primeiros passos que o credor deve realizar para conseguir a satisfação de uma dívida inadimplida, um começo, sem dúvida, para que se compreenda que o direito civil e o direito processual civil caminham juntos, em busca de justiça efetiva.

## Sumário

1. A razão originária deste trabalho. 2. Fundamentos do Estado-juiz no Direito das Obrigações. 3. O descumprimento da obrigação de pagar. 4. A liberdade de se obrigar e o dever de cumprimento. 5. Processo de execução e processo de conhecimento. 6. O inadimplemento de uma obrigação pecuniária e suas conseqüências. 7. Pagamento pelo devedor e honorários advocatícios. 8. Penhora: impenhorabilidade e prisão civil do devedor. 9. Defesa ou oposição pelo devedor. 10. Alienação judicial. 11. Garantia da evicção. 12. Final. 13. Bibliografia.

### 1. A razão originária deste trabalho

No programa semestral do Direito das Obrigações, destinado à graduação do Curso de Direito da UNIT, *campus* de Ribeirão Preto, SP, introduziu-se a “disciplina integrada”, uma expressão que indica a necessidade de se interagirem dois ramos do Direito para, confrontando-os, extrair do conjunto a essência do método da aplicação das normas que atuam em parceria. Escolhemos o Direito Processual Civil e o Direito das Obrigações como disciplinas de interpretações que se interagem, como opção adequada para que se compreenda como é permitido tutelar o direito de crédito, sem prejuízo da dignidade humana do devedor.

### 2. Fundamentos do Estado-juiz no Direito das Obrigações

Quando a ordem jurídica ganhou soberania e desautorizou a prática da justiça pelas próprias mãos, o Estado-juiz avocou, como sua missão, a incumbência de pacificador, tornando-se árbitro oficial dos litígios. Esse propósito de resolver os conflitos ocorre por intermédio de sentenças que são produzidas em processos instaurados pelos interessados. Os juízes, na forma do artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, estão empenhados em comandar operações práticas que conduzam a resultados efetivos. No instante em que o devedor deixa de satisfazer o pagamento de

<sup>1</sup>O autor é Juiz do Primeiro Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo e Professor de Direito Civil, tendo se graduado pela UNIUBE em 1975.



uma dívida, cria-se uma perturbação no plano de existência material, causa de preocupação para o Direito; afinal, é preciso manter um aparato de segurança para que as responsabilidades sejam apuradas e exigidas. Sem isso, sucumbe a estrutura das relações entre sujeitos, um perigo para a estabilidade social.

### 3. O Descumprimento da Obrigação de Pagar

As obrigações pecuniárias, pelas quais o devedor assume o dever de pagar determinada soma em dinheiro ao seu credor, são, na opinião de MANUEL A. DOMINGUES DE ANDRADE<sup>2</sup>, as mais importantes. Concorde-se pela frequência com que são praticadas. Responder a pergunta “como executar uma dívida?” atende ao objetivo de integrar matérias que são almas gêmeas que se fundem para alcançar o ideal de Justiça, e, para se ter idéia dessa pertinência curricular, cita-se uma passagem da mais recente obra lançada pelo Professor FÁBIO ULHOA COELHO<sup>3</sup>:

*“Deste modo, se o devedor não cumpre a obrigação, o credor tem o direito de acionar o aparato repressivo do Estado (pelos instrumentos próprios estudados em direito processual civil) para obter sua satisfação forçada. Esta se dá, em última instância, pela expropriação de bens do patrimônio do devedor. Se Antônio emprestou a Benedito a quantia de R\$ 10.000,00, sob a condição de este restituir em 60 dias, estabelece-se entre eles uma obrigação. Em razão dela, Benedito fica vinculado a Antônio; quer dizer, vencido aquele prazo e não sendo feito o pagamento do empréstimo, poderá ter, depois de cumpridas as regras processuais pertinentes, um ou mais bens de sua propriedade penhorados por ordem do juiz.*

*Estes bens serão, em seguida, também mediante a observância das regras processuais aplicáveis, vendidos em hasta pública (isto é, num leilão promovido pelo Poder Judiciário, que recebe, por vezes, a denominação de praça). Com o produto da venda judicial desses bens, o juiz determina que se paguem a Antônio os R\$ 10.000,00 objeto do empréstimo e mais o valores a que ele faz jus em virtude do inadimplemento da obrigação”.*

Obrigações são vínculos jurídicos que as pessoas assumem, por interesses específicos e que geram responsabilidade como consequência da manifestação de vontade ou de desejo de assumir compromissos. As obrigações são positivas e negativas; a pessoa poderá obrigar-se a dar ou restituir um objeto que está em seu poder e patrimônio; também assume o encargo de produzir [fazer] uma obra ou prestar um serviço. Poderá até obrigar-se a não fazer algo [abstenção]. É frequente, no entanto, assumir obrigação de pagar dívida ou de pagar prestação em dinheiro, que constitui “obrigação de dar”, como esclareceu o Professor WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO em sua dissertação para concurso à cátedra de Direito Civil: “A obrigação de solver dívida em dinheiro constitui obrigação de dar e não de fazer”.<sup>4</sup>

### 4. A liberdade de se obrigar e o dever de cumprimento

Em relação às dívidas de dinheiro, a execução é o instrumento de sanção jurídica para o inadimplemento; seu objetivo é realizar a satisfação do credor, neutralizando a cultura de impunidade ou desobediência [não pagar ou não cumprir as obrigações], sabidamente perigosa para a segurança da ordem jurídica.

O Código Civil estabelece, logo no primeiro artigo, que “toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”. O Código

<sup>2</sup> Teoria Geral das Obrigações, p. 231.

<sup>3</sup> Curso de Direito Civil, vol. 2, p.7.

<sup>4</sup> Das Modalidades das Obrigações, p. 81.



não poderia descrever as situações pelas quais alguém assume uma obrigação de pagar determinada soma em dinheiro, até porque não é essa a finalidade da codificação. A função do Código Civil é a de organizar as normas que são aplicadas, no âmbito do direito privado, com o objetivo de disciplinar os efeitos das relações jurídicas estabelecidas pela vida em todas as suas vertentes. O Código Civil representa a “unificação” do direito privado, valendo anotar o que o jurista português JOSÉ TAVARES<sup>5</sup> escreveu a esse respeito: “A palavra *código* é a tradução de *codex*, que primitivamente significou, entre os Romanos, a reunião de pequenas taboas de madeira cobertas por uma camada de cera, onde se escrevia por meio de estilete; essas taboas eram reunidas de modo a formar um caderno. Mais tarde, no Século IV, a palavra *codex* passou a significar as coleções de leis, como os *codices Gregorianus, Hermogenianus e Theodosianus*, que no ano 529 foram substituídos pelo *Codex de Justiniano*. E nesta significação se manteve sempre, até que o progresso jurídico transformou as antigas coleções nos códigos modernos”.

O fato é, contudo, que o constituir de uma obrigação acarreta um valor patrimonial para o credor, qual seja, o de obter o cumprimento da prestação, mesmo que contra a vontade do devedor. Esse poder de disposição avança sobre o patrimônio do devedor, quando a dívida não é quitada [artigos 391, do Código Civil, e 591, do Código de Processo Civil]. Adquire o credor uma expectativa concreta legítima, qual seja, o acréscimo do resultado da prestação ao seu patrimônio<sup>6</sup>, uma perspectiva que justifica e qualifica o direito subjetivo de exigir, pela execução, a satisfação [pagamento].

Portanto, é por intermédio do processo civil que o credor de uma obrigação poderá obter, em caso de inadimplemento do devedor, o cumprimento e, para isso, foi

arquitetado o esquema que possibilite a ele obter, depois de percorrer fases de um procedimento, um resultado semelhante ou quase igual ao efeito do pagamento espontâneo, caso fosse ele realizado oportunamente pelo devedor.

### 5. Processo de execução e processo de conhecimento

O Código Civil afirma que “pelo inadimplemento das obrigações respondem todos os bens do devedor” [artigo 391]. Assim, independentemente do motivo que impulsionou alguém a assumir a obrigação de pagar soma em dinheiro, o não pagamento do *quantum* devido, no vencimento, implica mora [artigo 394, do CC], sujeitando o patrimônio do devedor à execução forçada [artigo 591, do CPC]. A execução forçada é o tipo de processo, regulamentado no Código de Processo Civil, que permite que o credor exproprie bens do devedor [penhora] para que, mediante alienação deles, em hasta pública [leilão judicial], possa ser apurado o valor monetário capaz de satisfazer [pagar] a dívida. É o que consta do artigo 646, do CPC.

Portanto, para compreendermos como se executa uma dívida, devemos partir da constatação de um elemento objetivo, qual seja, o título executivo. As pessoas, no dia-a-dia, participam de múltiplos fatos, alguns importantes e outros banais. Nem sempre esses fatos são documentados para que fiquem gravados como elementos materiais da vida que passou. Assim, se alguém empresta dinheiro a outrem, para ser pago em trinta dias, deve ser preparado um documento para que o devedor assine, confirmando ter assumido a obrigação de pagar. Esse papel, que comprova o fato que causou a obrigação, é o documento que exterioriza, para o mundo jurídico, a certeza real da obrigação. Um cheque que se emite para ser descontado dentro de trinta dias; uma nota promissória que é assinada,

<sup>5</sup> Tratado da Capacidade Civil, p. 100.

<sup>6</sup> FERNANDO NORONHA, Tripartição Fundamental das Obrigações, in Jurisprudência Catarinense, 72/103.



anotando-se que o valor emprestado será pago dentro de um mês; ou um contrato que se assina na presença de duas testemunhas, firmando o dever de pagar soma em dinheiro, são títulos que permitem a execução [artigo 585, I e II, do Código de Processo Civil].

Resulta que, não ocorrendo o pagamento no prazo assinalado, está o credor habilitado a ingressar com a ação de execução prevista no artigo 646, do Código de Processo Civil, exibindo ao Juiz o documento que prova que a dívida não foi quitada pelo devedor. Esse título é considerado, para o Direito Civil, como elemento determinante da obrigação, porque é por seu intermédio que o objeto da prestação alcança mensuração, cifrando financeiramente o valor.<sup>7</sup> Para o Direito Processual Civil, o título apresenta outra função: a de tornar adequado, para o credor, o uso da execução forçada como forma de obter a satisfação da dívida.<sup>8</sup>

O título executivo é, pois, como afirmou ANSELMO DE CASTRO, “condição necessária da execução”; sem ele, os atos executivos não podem ser praticados.<sup>9</sup>

Agora, a pergunta: quem empresta dinheiro a um amigo digno de confiança, longe de testemunhas e sem a cautela de exigir um documento assinado, teria como executar o devedor, no caso de não pagamento no dia combinado? Essa é uma questão de prova. Quando o credor não conta com um documento que confirme a existência da dívida [título executivo extrajudicial], não está autorizado a ingressar com execução. O artigo 566, I, do CPC, é bem claro a esse respeito: somente pode promover execução forçada o credor a quem a lei confere título executivo.

Nessa situação, o interessado deverá ingressar com uma ação de cobrança contra o ex-amigo de confiança, com a qual lhe incumbe o dever de provar [como determina o artigo 333, I, do CPC] que foi

realizado um empréstimo e que o seu valor não foi pago. Ao final de todas as provas admitidas como lícitas em Direito [artigo 5º, LVI, da CF], caberá ao Juiz emitir uma sentença condenatória [condenando o devedor a pagar o dinheiro que emprestou]. Somente nesse momento o credor passa a ser portador de título executivo, que, nesse caso, é de natureza judicial [artigo 584, I, do CPC]. A diferença é gritante: o credor com título executivo extrajudicial [um cheque, p.ex.] poderá ingressar com execução contra o devedor no dia seguinte ao do vencimento, enquanto aquele que confiou no amigo deverá, para fazer a mesma coisa, ingressar com uma ação de conhecimento para obter uma sentença condenatória que o autorize a executar o devedor. Esse trabalho extra que o credor desavisado terá de realizar poderá consumir anos de espera pelo pagamento, devido ao tempo presumido para encerramento da ação de cobrança.

Existe, pois, diferença entre processo de execução e processo de conhecimento. O traço que os distingue é “a certeza do direito”; na execução, o título classifica essa certeza, enquanto, no conhecimento, essa certeza precisa ser declarada por sentença. Pensem em um acidente de veículos, no qual um dos proprietários sofre um prejuízo material [danos na parte traseira de seu carro] porque o outro motorista agiu de forma imprudente, ou seja, não guardou a distância de segurança entre os dois carros. O dono do automóvel que colidiu com a parte traseira do outro deve indenizar os prejuízos, como determina o artigo 186, do Código Civil. Agora, se a vítima consegue obter do culpado, logo depois da colisão, um cheque do valor das despesas para os reparos de funilaria, o sujeito está qualificado para executar o devedor, caso o cheque não seja compensado no banco. Não ocorrendo esse

<sup>7</sup> GUILHERME ALVES MOREIRA, Instituições do Direito Civil Português, II, p. 57.

<sup>8</sup> CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, A Execução na Teoria Geral do Direito Processual Civil, p. 173.

<sup>9</sup> A Acção Executiva Singular, Comum e Especial, p. 14.



acerto imediato com a emissão do cheque, o dono do carro amassado terá que ajuizar uma ação de indenização para que o Juiz condene o outro a ressarcir seus prejuízos, o que vai demandar a necessidade de provar a culpa; somente depois de obtida a certeza, por sentença, de que houve um ilícito e o conseqüente dever de indenizar, é que a mesma pessoa estará autorizada a executar.

### 6. O inadimplemento de uma obrigação pecuniária e suas conseqüências

Vamos considerar, para o fim a que se destina o estudo da “disciplina integrada”, que o devedor assinou, quando tomou emprestada a quantia de R\$ 15.000,00, uma nota promissória, um título de crédito assim conceituado por MAGARINOS TORRES<sup>10</sup>: *“Nota promissória é uma promessa de pagamento (Decreto 2044, de 31.12.1908, art. 54); - compromisso escrito e solene, pelo qual alguém se obriga a pagar a outrem certa soma de dinheiro. O signatário do título assume obrigação pessoal e perfeita, que nasce e só depende do escrito mesmo e da assinatura, abstração feita da causa que a motive; obrigação incondicional e pura, e enfim, líquida e certa, isto é, isenta de dúvida e exigível no vencimento, sem mais verificação. Entre credor e devedor regulares, o título vale uma escritura. Instrumento de crédito por excelência, a nota promissória põe em circulação unicamente o nome e o crédito do devedor, pelo qual respondem todos os seus bens”*.

A nota promissória é um título de crédito que obedece às regras da Lei Uniforme [Anexo I da Convenção de Genebra, promulgada pelo Decreto 57.663/1966]. O credor não é obrigado a realizar o protesto da nota promissória para dar início à execução, como anota FÁBIO ULHOA COELHO<sup>11</sup>. Assim, confirmado que o pagamento não se

realizou, o credor ingressa com a execução forçada. É preciso contratar advogado para dar início a esse projeto, na forma do artigo 36, do CPC. Somente o advogado detém capacidade postulatória, que qualificação técnica para que alguém represente e defenda os interesses alheios em juízo. O credor, representado pelo seu advogado, dirige-se ao juiz por intermédio da petição inicial, que se deve preparar observando os termos dos artigos 282 e 598, do CPC. O título executivo extrajudicial [no caso, a nota promissória] deve ser anexado como documento essencial, porque prova a *causa debendi* ou a obrigação não cumprida. É importante esclarecer que o processo de execução não permite provas [salvo nos embargos à execução – artigo 740, do CPC], de modo que o credor deverá juntar o título para demonstrar sua legitimidade para agir [artigos 566, I e 586, do CPC].

Abro parêntesis para relatar uma curiosidade: conta-se que um advogado, contratado pelo devedor que assinou uma nota promissória, comprometendo-se a pagar uma soma vultosa, compareceu ao cartório e, exibindo a procuração, solicitou permissão para consultar o processo de execução promovida contra seu cliente. Ao receber os autos, o advogado teria, no descuido do cartorário, simplesmente “mastigado” a nota promissória, engolindo o título. Não se sabe se isso é verdadeiro; acredita-se que faz parte do folclore forense, porque advogados, que são éticos, não comem documentos essenciais para proteger seus clientes. O fato serve, no entanto, para esclarecer que o desaparecimento do documento que prova a dívida compromete a expectativa do credor, porque com o sumiço do título perde ele a prova da certeza de que existia uma dívida não paga. Não devemos esquecer que *“il possesso del documento é condizione indispensabile per chiedere atti esecutivi, come per eserguirli”*<sup>12</sup>.

<sup>10</sup> Nota Promissória, p. 155.

<sup>11</sup> Curso de Direito Comercial, p. 431.

<sup>12</sup> GIUSEPPE CHIOVENDA, *Principii di Diritto Processuale Civile*, p. 242.



Recomenda-se, para fugir das armadilhas daqueles que devoram papéis sem sal ou pimenta, que se extraíam xerocópias autenticadas desses documentos, antes de juntá-los nos processos de execução, evitando, assim, que o desvio deles surpreenda o credor. A cópia autêntica ou formalmente perfeita serve como prova de que existia um original, confirmando o pressuposto que habilita o credor a agir pela execução.<sup>13</sup>

O Juiz de Direito que recebe a inicial de execução examina se está tudo em ordem; caso verifique alguma falha, determina que ela seja corrigida, em dez dias [artigo 616, do CPC], sob pena de indeferimento da inicial. Uma vez satisfeitas as formalidades, o Juiz determina que se expeça mandado para “citação” do devedor. Citação é o ato público e solene pelo qual o devedor toma conhecimento de que sua responsabilidade está sendo exigida; essa comunicação se faz por intermédio do Oficial de Justiça, conhecido por “meirinho”, empregado da Justiça que trabalha investido de “fé pública”.<sup>14</sup> Fé pública é uma qualidade de certos atos públicos; quando o Oficial de Justiça certifica que procurou o devedor, tendo realizado a citação, há presunção de que isso realmente se verificou, embora não conste a assinatura do citando para confirmar. Essa é uma garantia necessária para que os atos processuais se desenvolvam sem obstáculos. Não é sinônimo de verdade, como afirmou COUTURE<sup>15</sup>, porque são admitidas provas em contrário. Caso ficar provado que o Oficial vilipendiou a fé pública, ele responderá, civil e criminalmente, inclusive pela demora ou pela má prestação da citação.<sup>16</sup>

É incumbência do credor o pagamento das diligências [despesas] para

que o Oficial de Justiça cumpra o mandado [artigo 19, do CPC]. Os valores, já tabelados, são recolhidos por guias pagas em agências bancárias (ao menos nos Estado de São Paulo e de Minas Gerais), um sistema que evita o contato entre a parte e o Oficial para que tratem de dinheiro. O Oficial de Justiça que exigir dinheiro extra para cumprir o mandado de penhora será punido com rigor na esfera administrativa, inclusive com exoneração a bem do serviço público. Felizmente, a cultura da probidade instalou-se no seio do funcionalismo, sendo rara a denúncia de abuso por parte dos Oficiais. Ao tempo em que vigoravam as Ordenações do Reino de Portugal, o Oficial de Justiça que “levasse quinhentos réis” seria degredado para a África durante dois anos; recebesse ele mais de seis mil réis da parte, sofreria, por isso, pena de degredo perpétuo para o Brasil [Ord. V, 72], o que encaminhou COSTA MANSO à seguinte afirmação: “Parece que muita gente levou seis mil réis a mais, e veio degredada para o Brasil, onde a proliferação foi imensa”.<sup>17</sup>

## 7. Pagamento pelo devedor e os honorários advocatícios

O devedor poderá, em 24 horas, pagar a dívida [artigo 652, do CPC]. Essa opção que se concede ao devedor é pouco utilizada; pretendendo pagar, basta depositar a quantia devida por meio de depósito judicial [guia de recolhimento que se efetua no banco credenciado, à disposição do Juízo], acrescentando as custas que o credor desembolsou para dar início à execução e o valor dos honorários do Advogado dele [do credor]. Esse encargo que se impõe ao devedor, de pagar as custas e honorários, está previsto no artigo 20, do CPC, pressupondo-se que o pagamento que se

<sup>13</sup> ENRICO REDENTI, *Profili Pratici del Diritto Processuale Civile*, p. 560.

<sup>14</sup> JOÃO MENDES DE ALMEIDA JÚNIOR, Programa de ensino de prática forense, p. 110.

<sup>15</sup> *El concepto de fe pública*, in “Estudios de Derecho Procesal Civil”, II, p. 35.

<sup>16</sup> LOPES DA COSTA, Da citação no processo civil, p. 227.

<sup>17</sup> O Processo na Segunda Instância e suas Aplicações à Primeira, p. 122.



realiza tem sabor de vitória judicial do credor. As despesas dos processos são sempre pagas pelo vencido; vigora, para justificar essa regra, o princípio da causalidade, ou seja, quem deu causa para que fosse acionado o Judiciário paga as despesas. Feito o pagamento, entrega-se o dinheiro ao credor e extingue-se a obrigação [dívida] e a própria execução, conforme disposto nos artigos 708, I, e 794, I, do Código de Processo Civil.

Há um Acórdão do STJ, no entanto, declarando que o devedor “não deve arcar com o pagamento de honorários advocatícios quando paga espontaneamente a totalidade da dívida antes de ser citado no processo de execução” [Resp. 466.950 RS, DJU de 30.06.2003, Ministra NANCY ANDRIGHI, *in* Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil, vol. 25, p. 95, verbete n. 2525]. Não é a melhor interpretação. ARAKEN DE ASSIS<sup>18</sup> anotou que os honorários integram o valor da obrigação não cumprida [artigo 389, do CC]; ademais, tendo a verba honorária o propósito de retribuir o trabalho do Advogado, é forçoso concluir que o serviço profissional que se busca premiar foi prestado com o ajuizamento da execução. Assim, se o devedor preferir pagar a dívida ao ser citado ou até antes de ser encontrado pelo Oficial de Justiça, deverá pagar, também, a verba honorária. O artigo 20, § 4º, do CPC, afirma que são devidos honorários nas execuções, embargadas ou não, texto que serve de referência para que o STJ confirme a obrigatoriedade de se pagarem honorários, mesmo que não tenham sido opostos embargos à execução [Resp. 401.434 SP, DJU de 1.4.2002, *in* RSTJ 157/605].

## **8. Penhora: a impenhorabilidade e a prisão civil**

Descartada a opção do pagamento, cumpre ao Oficial de Justiça penhorar bens do devedor. Essa é uma segunda etapa da

atividade do Oficial de Justiça, porque, primeiro, ele deverá citar o devedor e aguardar o prazo de 24 horas para o pagamento ou nomeação de bens à penhora. Nomear bens significa conferir uma chance ou oportunidade para que o devedor indique a parte do seu patrimônio a ser afetada pela execução. Assim, se o devedor possuir três terrenos, livres e desimpedidos, poderá dirigir-se ao Juiz e pedir que se penhore um deles [essa escolha é da preferência do devedor]. O devedor, no entanto, deverá seguir uma ordem [isso se chama gradação legal], competindo-lhe indicar, em primeiro lugar, “dinheiro”; depois, pedras e metais preciosos [a lista completa está no artigo 655, do CPC].

O devedor, quando indica ou nomeia bens desrespeitando a lista inscrita no artigo 655, do CPC, sofre uma sanção por parte do Juiz, quando o credor discorda da indicação feita. Isso porque o credor deverá ser ouvido para que informe se aceita ou recusa a indicação dos bens indicados à penhora pelo devedor. Quando o devedor foge da ordem pré-estabelecida, ou quando indica bens de difícil mercado ou de insignificante valor, a sua proposta é rejeitada por ineficácia [essa é a sanção para o seu comportamento]; com isso o Juiz devolve ao credor o direito de indicar ao Oficial de Justiça o patrimônio do devedor a ser penhorado [artigo 657, *in fine*, do CPC].

Resolvido esse incidente, fica aberto o campo para que se faça a penhora. Penhora, na feliz expressão de ALMICAR DE CASTRO, “é a apreensão e depósito dos bens do executado. Se este, dentro das primeiras vinte e quatro horas que lhe são concedidas, não paga, não nomeia bens que devem ser penhorados, ou faz nomeação em desacordo com a lei, passa-se mandado a fim de serem, pelos oficiais de justiça, apreendidos e depositados tantos de seus bens quantos provavelmente bastem para a solução da dívida, juros e custas”.<sup>19</sup> Os artigos que

<sup>18</sup> Manual do Processo de Execução, ps. 570 e 571.

<sup>19</sup> Das Execuções de Sentença, p. 151.



disciplinam a forma como se realiza a penhora e o depósito estão dispostos nos artigos 659 até 668, do Código de Processo Civil.

Penhorar é garantir que a execução desenvolva-se com produtividade. Como a execução dirige-se ao patrimônio do devedor [e não à sua pessoa, sabido que a prisão por dívida somente é admitida em caso de não pagamento de dívida alimentar e por infidelidade do depósito – artigo 5º, LXVII, da Constituição Federal], em não sendo encontrados bens para penhora, prejudica-se completamente o projeto judicial de se pagar a dívida com expropriação [apreensão e venda judicial] de bens. LIEBMAN lembrou que a execução poderá ser possível e frutífera, o que ocorre quando são penhorados bens suficientes e, no final, apurado o valor capaz de pagar ao credor, extingue-se a obrigação pelo pagamento. O credor sentiria, com esse final, o mesmo efeito que lhe daria o cumprimento voluntário. Quando, ao contrário, o devedor não possui bens ou forem eles insuficientes para a cobertura da dívida, ocorre a execução infrutífera que o mestre italiano classificou como uma ocorrência que denuncia “absoluta impotência da organização jurídica da sociedade”.<sup>20</sup> O Juiz nada poderá fazer para contornar o impasse; sem penhora, não há execução.

A penhora possui outra importante atribuição. O devedor, depois da penhora, sofre restrições do direito de dispor do bem penhorado. Isso porque, quando a penhora recai sobre determinada coisa, o Estado-juiz declara seu interesse por ela, exatamente porque espera fazer daquele objeto um meio legítimo de proporcionar a satisfação do direito do credor. Assim, se o devedor vende o bem que está penhorado, ele, na verdade, está prejudicando a atividade judiciária, porque o Juiz não terá o que vender em leilão para pagar ao credor. Por isso, a eventual

venda do bem penhorado para terceiro não vale diante do credor [artigo 593, II, do CPC]. Chega-se, pois, à conclusão de que a penhora “*tem a finalidade conservatória, pois impede que os bens do devedor sejam ocultados ou alienados em prejuízo da execução*”.<sup>21</sup>

A penhora adquire esse significativo valor diante dos efeitos do “depósito”. O depósito é um negócio jurídico que o Estado-juiz [o que procede à execução da dívida] realiza com alguém [geralmente é o próprio devedor] para que este assuma o encargo de guardar a coisa penhorada durante o processo ou até que se exija a sua apresentação. Quando o Oficial de Justiça lavra a penhora, nomeia o depositário que deverá assinar o auto de penhora, concordando com a investidura [de depositário], tal como determina o artigo 665, IV, do CPC. Somente com a assinatura do depósito poder-se-á se afirmar que a pessoa assumiu o encargo de depositário<sup>22</sup>.

O depositário assume a figura de auxiliar do Juízo da execução [artigo 139, do CPC]. Portanto, quando o Juiz intima o depositário a apresentar o bem penhorado que ele guardava, a recusa na exibição ou a não entrega do valor correspondente permitirá que o Juiz o prenda. A Súmula 619, do STF, permite que se ordene a prisão no próprio processo de execução. Vale recordar a ementa do Acórdão do STF [RO em HC 80.035-1 SC, DJU de 17.08.2001, Ministro CELSO DE MELLO, in RT 795/148]: “*O depositário judicial de bens penhorados, que é responsável por sua guarda e conservação, tem o dever ético-jurídico de restituí-los, sempre que assim for determinado pelo juízo da execução. O desvio patrimonial dos bens penhorados, quando praticado pelo depositário judicial ex voluntate propria e sem autorização prévia do juízo da execução, caracteriza situação*

<sup>20</sup> Processo de Execução, p. 33.

<sup>21</sup> SÉRGIO BERMURDES, *Notas sobre a execução no CPC*, in “Direito Processual Civil – Estudos e pareceres”, p. 107.

<sup>22</sup> ARAKEN DE ASSIS, *Manual do Processo de Execução*, p. 629.





*configuradora de infidelidade depositária, apta a ensinar, por si mesma, a possibilidade de decretação, no âmbito do processo de execução, da prisão civil desse órgão auxiliar do Juízo, independente da propositura da ação de depósito”.*

Essa prisão poderá ser decretada pelo prazo de até um ano, conforme consta do artigo 652, do Código Civil de 2002. O SJT manteve a prisão civil do devedor que, nomeado depositário de 132.000 toneladas de cana-de-açúcar, não as exibiu quando intimado para fazê-lo [HC 15.998 SP, DJU de 8.4.2002, in RSTJ 157/272] e não permitiu o cumprimento em prisão domiciliar [HC 13.030, DJU de 4.11.2002, in RSTJ 164/282]. Evidente que o depositário não será preso em depositando o equivalente dinheiro [valor da coisa depositada] ou provando que a coisa depositada pereceu, em razão de caso fortuito ou de força maior [artigo 393, do CC].

É preciso registrar que não são todos os bens do devedor que são suscetíveis de penhora. Existem alguns bens que são absolutamente impenhoráveis [estão descritos nos incisos do artigo 649, do CPC], em razão de algo especial relacionado com valores fundamentais, como a dignidade humana [artigo 1º, III, da CF], para citar um deles. Assim, não se permite que se penhem [e vendam em leilão] anéis das bodas e retratos da família, porque são relíquias íntimas que contam histórias e marcam sentimentos. Preserva-se, pois, o valor de afeição do devedor ao crédito do credor. Os salários do devedor e os instrumentos de seu trabalho são, igualmente, impenhoráveis, porque, se o devedor perder esses bens, poderá sucumbir por falta de meios para sustentar a si e seus familiares. A execução, recorde-se, faz-se de maneira menos gravosa para o devedor [artigo 620, do Código de Processo Civil].

A Lei 8009/90, conhecida como “bem de família”, foi promulgada em benefício da

dignidade humana do devedor, exatamente porque exclui da penhorabilidade a casa que serve de residência. A moradia, não se poderá negar, é requisito mínimo para a sobrevivência do núcleo familiar, pelo que é justificado proteger essa parte do acervo patrimonial das execuções de dívidas. Acontece que essa legislação que procurou definir o direito preponderante diante de direito fundamental do credor [tutela de crédito] está sendo interpretada de forma ampla, criando uma jurisprudência preocupante para a tutela de crédito. O devedor, mesmo celibatário, é destinatário da norma, segundo o STJ; a casa onde reside, sozinho, não é passível de penhora [ED-Resp. 182.223 SP, DJU DE 7.4.2003, Ministro Humberto Gomes de Barros, in Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil, vol. 25, p. 95]. O mesmo ocorre com a viúva [Resp. 420.086 SP, DJU de 7.10.2002, Ministro Ruy Rosado de Aguiar, in RSTJ 165/425].

Esses julgados são assimiláveis. Outros, não tanto, justamente porque o sucesso da tutela executiva depende de amplificação do conjunto dos bens penhoráveis<sup>23</sup>. A polêmica está aberta diante de certos enunciados, como o de considerar o imóvel do devedor, que está alugado, como impenhorável. Entendeu-se que a locação é uma espécie de renda que se situa na expressão “bem de família”, o que permitiria conceituar o aluguel como complemento para manter outra residência [Resp. 415.765 MT, DJU de 5.8.2002, in RSTJ 169/291]. Também foi declarado impenhorável o imóvel que o devedor destinou para moradia de sua mãe e avó, quando ele, devedor, reside em imóvel alugado [Resp. 186.210 PR, DJU de 15.10.2001, in RSTJ 153/236].

Tanto isso é verdadeiro que, em julgamento encerrado recente, a impenhorabilidade de imóvel que o devedor aluga foi reconhecida por maioria, provando a dissidência; os Ministros Ari Pargendler,

<sup>23</sup> GIUSEPPE TARZIA, Problemas atuais da execução forçada, RF 341/61.



Carlos Alberto Menezes Direito e Nancy Andrighi ficaram vencidos [Resp. 315.979-RJ, DJU de 15.03.2004, relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, com adesão dos Ministros Cesar Asfor Rocha, Ruy Rosado de Aguiar, Aldir Passarinho Júnior, Antônio de Pádua Ribeiro e Castro Filho, *in* Revista Nacional de Direito e Jurisprudência, vol. 53, p. 115].

Quanto aos bens móveis que guarnecem a residência, a jurisprudência do STJ não permite a penhora de equipamentos e eletrodomésticos considerados essenciais, como televisores, geladeira, máquinas de lavar e secar [STJ-RT 775/200]; microondas, freezer e videocassete também não são penhoráveis [STJ-Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil 21/109]; teclados musicais [RSTJ 129/374], antena parabólica [RSTJ 129/261], gravador e bicicleta [RSTJ 103/209] escaparam da penhora. Admitiu-se a penhora de aparelho de ar-condicionado [STJ-Informativo de jurisprudência ADV 07/2003, p.108].

Somente são penhoráveis os bens domésticos considerados luxuosos ou de adorno, e, na falta de conceito para definir com exatidão os padrões de superfluidades, a jurisprudência continua selecionando os bens impenhoráveis. Não é adequado continuar nessa dependência da interpretação dos juízes, pela insegurança que se espalha para as expectativas dos credores. Uma boa diretriz foi sugerida por LUIZ RODRIGUES WAMBIER<sup>24</sup>, qual seja, considerar “a média nacional de conforto ou o padrão de vida médio da sociedade brasileira”, um índice que o IBGE mede nos censos que realiza. Assim, se mais da metade das famílias brasileiras não possui aparelho de DVD em casa, essa é uma referência de que o equipamento não é essencial; cabe a sua penhora. A proposta do ilustre Advogado é digna de elogios e convém registrar que, na pesquisa do IBGE de 1996/

1997, somente 3,9% dos domicílios visitados possuíam lava-louças. Em contrapartida, em 94,5% havia fogões. Resultado: fogão é impenhorável; máquina de lava-louças, não.

Outra vertente jurisprudencial da impenhorabilidade que necessita redimensionamento está relacionada com a “renúncia”, pelo devedor, da impenhorabilidade prevista na Lei 8009/90. Existem julgados, do STJ, reconhecendo a impossibilidade de ser prestigiada a penhora de bem de família que se fez pela vontade do devedor, que o indicou para garantir a execução [Resp. 201.537 PR, DJU de 02.08.1999, *in* RSTJ 124/416 e Resp. 472.979 RS, DJU de 25.8.2003, *in* Informativo ADV 48/2003, p. 765, verbete n. 108044]. É uma matéria controvertida e promete ficar acirrada devido ao fato de ter CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO entrado na polêmica, aderindo à tese que prega o não cabimento da proteção ao devedor, nessa particularidade<sup>25</sup>: “*Se o titular de um bem penhorável pode aliená-lo por venda ou mesmo por doação, não há por que não pudesse nomeá-lo eficazmente à penhora (art. 655). Ao fazê-lo, ele estará manifestando claramente a renúncia a se valer do benefício da impenhorabilidade e seria um exagero negar eficácia a essa renúncia*”.

O colendo STJ, no entanto, continua firme com a diretriz que amplia o raio de ação da Lei 8009/90, reafirmando que a penhora de imóvel que serve de garantia hipotecária não é possível, o que, em outras palavras, significa que a impenhorabilidade é irrenunciável; no julgamento do Resp. 507.686 SP, DJU de 22.3.04, a 4ª Turma, em Acórdão relatado pelo Ministro Aldir Passarinho Júnior, decidiu que a hipoteca dada pelo proprietário de imóvel que serve de residência de seu filho e genitora dele, sua ex-companheira, é impenhorável [*in* Revista Nacional de Direito e Jurisprudência, vol. 54, p. 132].

<sup>24</sup> A crise da execução e alguns fatores que contribuem para a sua intensificação, Repro 109/145.

<sup>25</sup> Instituições de Direito Processual Civil, IV, p., 341, § 1540.



### 9. Defesa ou oposição pelo devedor

Ao devedor é permitido defender-se contra execuções indevidas, injustas ou abusivas. Esse princípio decorre do próprio sistema democrático do processo civil, que foi construído com base no princípio *due process of law* [devido processo legal] e que obriga que se respeite o contraditório e ampla defesa [artigo 5º, LV, da CF]. Tradicionalmente, essa oposição é feita com apresentação dos embargos, conforme dispõe o artigo 736, do CPC. Trata-se de uma peça técnica, semelhante a uma inicial, que, no entanto, veicula uma defesa; o devedor, pelos embargos, pretende revelar ao Juízo da execução que a dívida executada não é exigível. Suponha-se a hipótese de o devedor ter quitado a dívida que está sendo executada, sem que possua, para provar, o recibo mencionado no artigo 320, do CC; não é justo que pague novamente. Assim, poderá defender-se, invocando os artigos 741, VI e 745, do CPC; o prazo para isso é de dez dias [artigo 738, do CPC], contados da data da juntada, nos autos, da intimação da penhora [artigo 738, I, do CPC]. Em sendo confirmado o pagamento, o Juiz proferirá sentença declarando a inexigibilidade do título executivo, diante do pagamento que o devedor realizou, o que representa vitória da jurisdição [leia-se justiça].

Em se tratando de execução de dívida representada por uma nota promissória, coincidentemente o título executivo utilizado para desenvolver o tema de como “se executa uma dívida”, o devedor poderá apresentar embargos afirmando que o documento não cumpre os requisitos exigidos, como a data e o lugar da emissão, expressamente previstos no artigo 75, da Lei Uniforme. O STJ acolheu os embargos do devedor, impedindo a execução de nota promissória assinada sem os requisitos legais [Resp. 448.568 DF, DJU de 02.12.2002,

Ministro Ruy Rosado de Aguiar, *in* RSTJ 170/416]. Importante anotar a impropriedade de se articular “contestação”; há, sim, um incidente específico [os embargos são atuados em apenso] preparado para criar o contraditório e, com isso, “impugnar a pretensão creditícia do exequente e a validade da relação processual executada”<sup>26</sup>

Quando o devedor não possui argumento válido para opor-se à execução [o que quase sempre se verifica], os embargos do devedor são rejeitados e a execução prossegue, cumprindo ao Juiz encaminhar o procedimento para a fase de arrematação [venda judicial em hasta pública dos bens penhorados, conforme artigo 686, do CPC]. É necessário que o devedor junte documentos que possam neutralizar a força executória do título exibido pelo credor, sem os quais poderá o Juiz rejeitar liminarmente os embargos, como facultado pelo artigo 739, II, do CPC, o que seria providencial para evitar a protelação. Devedores que não possuem razão usam dos embargos para ganhar tempo ou “protelar a penhora e demorar o pagamento”.<sup>27</sup> O CPC confia que o Juiz decida de forma antecipada os embargos e que não permita a suspensão da execução pela interposição de embargos infundados. O § único, do artigo 740, do CPC, autoriza o julgamento antecipado, sendo que o artigo 520, V, do CPC, não admite que se dê efeito suspensivo ao recurso interposto da sentença que rejeita ou que julga improcedentes os embargos. Velha doutrina já alertava que embargos sem documentos confiáveis não deveriam prejudicar a execução<sup>28</sup>.

Convém esclarecer que ao devedor é permitido, ainda – e a qualquer tempo, com ou sem penhora realizada –, articular uma estratégia jurídica para que o Juiz possa extinguir, de forma rápida, a execução que estiver sendo promovida de forma arbitrária ou ilegal: a exceção [ou objeção] de pré-

<sup>26</sup> EDUARDO TALAMINI, Embargos do Executado, in “Direito Processual Civil”, p. 140.

<sup>27</sup> ODORICO RODRIGUES DA SILVA CAMARGO, Da Ação Executiva, p. 30.

<sup>28</sup> CÂNDIDO DE OLIVEIRA FILHO, Theoria e Prática dos Embargos, p. 391.



executividade. Basta uma petição ao Juiz denunciando um vício insanável que nulifica o título executivo e será o suficiente, em sendo verdadeiro o argumento, para que se encerre o processo de execução.

Uma experiência judiciária poderá explicar o fenômeno. O contrato bancário denominado conta-corrente bancária. Os bancos ingressam com ação de execução contra o cliente que está com o saldo da conta “estourado” e, para provar o valor do saldo negativo, juntam extratos bancários da movimentação de cheques. O STJ declarou que esses contratos não são títulos executivos, tanto que expediu a Súmula 233, assim redigida: “O contrato de abertura de crédito, ainda que acompanhado de extrato da conta-corrente, não é título executivo”. Portanto, se algum banco ingressar com execução com base em dívida proveniente de contrato de abertura de crédito, está promovendo uma execução inadequada ou que se reprova pela falha no quesito da técnica jurídica, porque esse tipo de contrato não permite execução. O devedor, para exigir a extinção dessa execução que está sendo promovida sem título adequado, não precisa aguardar a penhora para se defender; denuncia o fato ao Juiz, por intermédio da exceção de pré-executividade e, com isso, fica livre da execução ilegal. Essa é a opinião de EDUARDO ARRUDA ALVIM<sup>29</sup>.

Permitir a exceção é autorizar o devedor a reagir, com rapidez e eficiência, a um processo de execução indevido. GILBERTO GOMES BRUSCHI definiu, com muita propriedade, o instituto<sup>30</sup>: “A exceção de pré-executividade é justificada em hipóteses onde se percebe de maneira indubitosa e segura a ausência das condições da ação de execução, como, por exemplo, respaldada em título flagrantemente nulo ou inexistente, ou por

*quem não se apresente como título do crédito, hipótese em que não se justifica a realização da penhora, que pressupõe a executoriedade do título e legitimidade da parte demandante”.*

É preciso atentar para o fato de que a exceção de pré-executividade é medida excepcional que se defere ao devedor com razão de opor-se à execução; quando a nulidade do título não é evidente, o devedor deve, para defender seus direitos, utilizar os embargos [artigo 736, do CPC]. Assim decidem o STJ [Resp. 419.218-SP, DJU de 16.12.2002, Ministro ARI PARGENDLER, in Informativo ADV, da Coad, 17/2003, p. 270, n. 105594] e o TJ-SP [AgIn. 307.644-4/1, j. em 26.8.2003, Des. Ênio Santarelli Zuliani, in Informativo ADV, da Coad, 01/2004, p. 12, verbete 108437].

Para encerrar este capítulo, devemos analisar a hipotética situação de não ter o devedor exercido o direito de defesa em uma execução que lhe foi promovida sem causa lícita (um título nulo) ou com ilegitimidade passiva (o devedor era outro, coisa que não foi verificada). Poderia ele, que não interpôs embargos no prazo adequado, exigir a restituição do indébito? JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI<sup>31</sup>, ilustre Professor da Faculdade de Direito de São Paulo, responde, com ênfase, que inexistente coisa julgada nessa situação, pelo que poderia o pedido de restituição ser processado e acolhido com apoio no artigo 574, do CPC, além do disposto no artigo 876, do Código Civil de 2002: “Todo aquele que recebeu o que lhe não era devido fica obrigado a restituir; obrigação que incumbe àquele que recebe dívida condicional antes de cumprida a condição”. Não há como discordar; não se respeita coisa julgada ou processo encerrado com ofensa à lei ou ao direito alheio.

<sup>29</sup> Exceção de pré-executividade, in Processo de Execução, p. 240.

<sup>30</sup> Incidente Defensivo no Processo de Execução, p. 28.

<sup>31</sup> Processo Civil – Realidade e Justiça, p. 41.



## 10. Alienação judicial

Superando o credor todos os obstáculos, chega ele ao clímax do processo de execução. A expropriação forçada de bens do devedor [penhora] “culmina precisamente *en el acto con que el juez transfiere a otro el bien*”<sup>32</sup>. O Juiz promove a venda do bem penhorado, com a missão de criar fundos financeiros, para, com eles, satisfazer o direito do credor. A dívida que se executa será paga com o dinheiro que se obtém com a venda dos bens penhorados. O Juiz não está autorizado a simplesmente entregar os bens do devedor ao credor, porque representa uma ofensa ao direito das partes, as quais não deram consentimento expresso para que esse tipo de providência [dação] ocorresse<sup>33</sup>. O Juiz deve promover a arrematação, que nada mais representa do que “a venda judicial dos bens penhorados, a quem por eles oferecer maior preço, em praça pública”<sup>34</sup>.

A oferta de bens ao público interessado é realizada com rituais de segurança. Não é porque o patrimônio do devedor está vulnerável diante da inadimplência, permitindo a invasão pelo Judiciário, que se justifica uma dilapidação imprudente; cabe ao Juiz promover a venda de bens mediante um aparato de serviços que permita obter o melhor resultado possível. O objetivo da execução é o de obter fundos suficientes para que a dívida possa ser satisfeita, o que reclama venda produtiva. Deslize nesse setor seria contraproducente e atentatório ao direito do devedor, a quem se assegura, igualmente, equilíbrio na expropriação.

A primeira regra a observar envolve o aspecto “valor” do bem que será leiloado. Não é permitida a venda do patrimônio do devedor por importâncias insignificantes. O

Estado, ao encarregar-se da distribuição da Justiça [como determina o artigo 5º, XXXV, da CF], assumiu o dever de fazê-lo com qualidade e qualificação, o que significa proceder à venda sem gravames ao devedor e, principalmente, sem fomentar a cobiça dos candidatos inescrupulosos que aguardam o momento crucial para arrematar coisas penhoradas com preço vil. Por preço vil entende-se aquele que “*es manifiestamente inferior al valor de la cosa vendida, desproporcionado com ese valor: p.ej: si se vende por \$ 10.000 una casa que vale \$ 80.000; si se vende por \$ 50 um mueble que vale \$ 500 ó \$ 600, etc.*”<sup>35</sup>

Daí a obrigatoriedade de se avaliar os bens. O técnico, nomeado pelo Juiz para realizar o exame do bem penhorado, deverá inspecionar com atenção o objeto, porque é sua tarefa descrever as condições e o estado da coisa a ser vendida [artigo 681, I, do CPC]. Em seguida e após proceder a uma pesquisa de preço de mercado, o Perito finaliza o seu trabalho [laudo], informando o valor do bem [artigo 681, I, do CPC]. A penhora separa o patrimônio do devedor a ser alienado na execução; a avaliação fixa o valor desse patrimônio, como se fosse um parâmetro financeiro a ser observado nos atos ulteriores.

Concluída a avaliação, o Juiz designa as datas para a praça ou leilão [artigo 686, IV, do CPC]. A praça é a forma de venda de bens imóveis [artigo 697, do CPC], enquanto leilão é reservado para bens móveis [artigo 704, do CPC], salvo títulos negociáveis em Bolsa de Valores, porque, para esses, a venda é realizada mediante pregão.

São expedidos os avisos, para conhecimento do público. Isso ocorre por intermédio de editais que são publicados [artigo 687, do CPC]. Nada impede que o

<sup>32</sup> MICHELI, Proceso de Ejecucion, p. 32.

<sup>33</sup> MÁRIO GUIMARÃES DE SOUZA escreveu um ensaio [Theoria Geral da Arrematação], oportunidade em que escreveu: “Os bens sujeitos à execução não podem, em regra, ser entregues ao credor, pelo princípio – *aliud pro alio solvi non potest* – que proíbe a dação em pagamento, sem o consenso das partes, *invito creditore* ou *invito debitore*, princípio que tutela não só os interesses do credor como também os do devedor” [p. 3].

<sup>34</sup> JORGE AMERICANO, Comentários ao Código do Processo Civil do Brasil, vol. 4º, p. 288.

<sup>35</sup> LUIS MARIA REZZÓNICO, Estudio de Los Contratos, p. 112.



credor ou o próprio devedor contrate corretores para dar maior publicidade ao ato, visto que o objetivo, como já se disse, é o de conseguir o melhor preço e, quanto mais licitantes houver, maior a chance de valorização da venda. A praça ou leilão poderá ser anunciado nas rádios [artigo 687, § 2º, do CPC]. Já é defendida a divulgação televisiva<sup>36</sup>. É preciso constar do edital o valor informado pela avaliação [artigo 686, II, do CPC] e que se realizará a segunda tentativa de venda em caso de não ser alcançado esse valor durante a primeira praça ou leilão [artigo 686, IV, do CPC].

No dia marcado, realiza-se a venda. O Oficial de Justiça anuncia que vai proceder à venda por ofertas. Licitante é a pessoa que faz a oferta, por meio de lanço, para adquirir o bem ofertado e que foi penhorado do patrimônio do devedor. Não se permite que, na primeira praça, ocorra a arrematação por preço inferior ao da avaliação. Não tendo ocorrido lanços [falta de licitante do preço da avaliação], a praça ou leilão são havidos como “negativos”. Abre-se, então, oportunidade para a realização da segunda praça ou segundo leilão. Não é admitido, na segunda praça ou segundo leilão, o preço vil [poderá ser afirmado que a jurisprudência do STJ considera preço vil aquele que é inferior a 60% da avaliação]. O Juiz deve, portanto, rejeitar o lanço vil, na forma do artigo 692, do CPC, o que vai ensejar a reabertura da arrematação, com designação de outras datas.

O licitante vencedor é obrigado a realizar o pagamento com dinheiro à vista [artigo 690, do CPC]. Nada obsta que o Juiz conceda ao interessado que não disponha de numerário para realizar o depósito naquele momento, o prazo de 3 dias para que promova o depósito, desde que apresente caução idônea. Qual o sentido da caução? O arrematante, tão logo concluído o leilão, passa a ser considerado o novo proprietário da coisa vendida pelo Judiciário [artigo 694,

do CPC], pelo que, em não confirmando o pagamento de imediato como um comprador de confiança deve proceder, deverá, no mínimo, garantir que o credor receberá o valor respectivo no caso de desistir. Isso porque, ocorrendo desistência, o credor poderá exigir do arrematante o preço respectivo, com a multa [artigo 695, § 1º, do CPC].

Realizado o depósito, o Juiz manda pagar ao credor, até o limite de seu crédito [artigo 709, do CPC]. Nesse momento calcula-se o valor da dívida, com juros e correção monetária, acrescentando as custas e despesas, inclusive as que o credor fez para que os editais de leilão ou praça fossem publicados. Verificando que existe saldo [os bens penhorados foram vendidos com valor superior ao *quantum debeatur*], o Juiz devolve o remanescente ao devedor [artigo 710, do CPC]. Não se apurando valor que complete o pagamento da dívida, o saldo poderá ser executado, reiniciando o credor novas medidas [penhora, avaliação e arrematação] para que consiga o pagamento integral.

Uma outra possibilidade de ocorrer um final feliz para o credor, mesmo em caso de não surgirem licitantes para arrematar os bens do devedor, é o de obter, para si, os bens penhorados. Isso ocorre com o que se chama de adjudicação [artigo 708, II, do CPC]. O credor poderá participar da praça ou leilão e fazer lanço, sendo certo que não necessita exhibir o preço [§ 2º, do artigo 690, do CPC]. Considere-se a hipótese de, em uma execução de R\$ 15.000,00, ocorrer a penhora de um carro avaliado em R\$ 14.000,00; o credor, na falta de licitantes que depositem o valor do automóvel, poderá participar e arrematar o carro do devedor; nesse caso, não deverá depositar dinheiro, porque o bem não paga a dívida integralmente. Caso o veículo estivesse avaliado em R\$ 18.000,00, deveria depositar R\$ 3.000,00, que é a diferença [§ 2º, do artigo 690, do CPC].

<sup>36</sup> GIUSEPPE TARZIA, Problemas atuais da execução forçada, RF 341/66.



É importante anotar que essa opção que se defere ao credor [de arrematar o bem penhorado por conta da dívida que se executa] poderá ser efetivada em segunda praça ou segundo leilão, o que o desobriga de arrematar a coisa pelo preço da avaliação. Poderá fazê-lo por valor inferior, desde que não implique preço vil<sup>37</sup>.

Finaliza-se o processo de execução com a transferência do bem para o arrematante ou para o credor, em sendo necessário adjudicação [para o próprio credor]. O Juiz assina uma carta de arrematação com os requisitos previstos no artigo 703, do CPC, o que permitirá, em se tratando de arrematação de bens imóveis, que dê acesso ao registro no Cartório Imobiliário [artigo 167, I, n. 26, da Lei 6015/73]. O Juiz da execução deve concluir a arrematação de forma a assegurar, ao arrematante, a tradição das coisas móveis ou imóveis arrematadas, o que explica a jurisprudência que permite a expedição de mandado de imissão na posse dos bens, independente de outro processo [Resp. 383.190-RJ, DJU de 29.4.2002, Ministro Castro Filho, in RSTJ 158/306]. Embora não se trate de uma compra e venda<sup>38</sup>, mas, sim, de um ato judicial que exterioriza a sanção aplicada ao devedor que não pagou a dívida [não pagando, vendem-se seus bens para satisfazer ao credor], essa transferência forçada do patrimônio do devedor vincula o Estado-juiz no sentido de proteger o arrematante, garantindo-lhe a posse efetiva do bem adquirido em hasta pública.

### 11. Garantia da evicção

Uma palavra sobre a evicção [artigo 447, do CC], que é sinônimo de “vencido”. A “palavra *evicção* deriva do latim *evictio*, do

verbo *vincere*, e significa ser vencido num pleito relativo a uma coisa adquirida a terceiro. Quando o comprador foi desapossado da coisa adquirida, e fica tendo ação de regresso contra o vendedor, é forçoso que este cumpra as conseqüentes obrigações para com aquele, as quais variam conforme houve procedido com boa ou má-fé. A principal restituição a fazer é a do preço recebido”<sup>39</sup>.

A lição de EDUARDO ESPÍNOLA é bem esclarecedora<sup>40</sup>: “Se o comprador sofre a perda total ou parcial da coisa vendida, por efeito de sentença que a atribua a outra pessoa, por título anterior ao contrato, tem direito, salvo estipulação em contrário, à restituição do preço ou quantias que pagou, à indenização dos frutos que restituir, das despesas do contrato e de qualquer prejuízo resultante da evicção”.

A evicção pressupõe uma venda a *non domino*, ou, como esclarece CARVALHO DE MENDONÇA, o evictor é aquele que reivindica a propriedade alienada por um terceiro.<sup>41</sup> O comprador de um imóvel alheio, quando vencido judicialmente pelo dono da coisa transferida, tem direito de exigir do vendedor o preço pago, além de perdas e danos. Essa garantia que o vendedor assume, de fazer efetiva ou real a transferência, obrigando-o a restituir o preço pago na compra e venda ineficaz, chama-se direito de evicção. É aplicável para a venda em hasta pública, conforme dispõe o artigo 447, do Código Civil. Afinal, como esclarece CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO<sup>42</sup>: “Assim como a venda a *non domino* é ineficaz perante o dono, também a expropriação de bens de terceiro é ineficaz perante este”.

Pergunta-se: a quem incumbe responder pela evicção, no caso de o Estado-

<sup>37</sup> Consta da Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil, vol. 10, p. 70, o seguinte: “Credor poderá arrematar o bem penhorado pela importância de seu crédito, desde que não caracterize adjudicação por preço vil (arts. 714 e 692, do CPC). TJ-SP – AI 164.184-4/0, Des. Ênio Santarelli Zuliani, j. em 19.12.2000”.

<sup>38</sup> FREDERICO MARQUES, Instituições de Direito Processual Civil, V, p. 247, § 1208.

<sup>39</sup> CUNHA GONÇALVES, Dos Contractos em Especial, p. 288.

<sup>40</sup> Dos Contratos Nominados no Direito Civil Brasileiro, p. 80, § 53.

<sup>41</sup> Contractos no Direito Civil Brasileiro, I, p. 428.

<sup>42</sup> Instituições de Direito Processual Civil, IV, p. 581, § 1717.



juiz transferir, a *non domino*, imóvel que foi penhorado como supostamente pertencente ao patrimônio do devedor? O terreno penhorado foi transferido para o licitante, diante do depósito do valor da avaliação, e, agora, um terceiro, que é o seu proprietário, o reivindicar, com razão. Deverá o Estado restituir ao licitante ou essa obrigação cabe ao credor?

Essa questão não é nova; LOBÃO a ela se referiu quando comentou a execução de “uma dívida da real fazenda”, sendo claro em imputar responsabilidade, em primeiro plano, ao executado. Em seguida, formulou a indagação: e se for ele insolvente? Nesse caso, adiantou, responde o credor que recebeu o dinheiro.<sup>43</sup> Cabe citar que a doutrina contemporânea não destoa dessa velha tradição; o pedido deve ser feito aos credores “que se beneficiaram com o produto da arrematação”<sup>44</sup> e, ou contra o executado, notadamente “se esse recebeu saldo remanescente”<sup>45</sup>.

É preciso estabelecer que o Poder Público não responde, ainda que se possa cogitar de eventual falha no controle do Juízo da execução, na pesquisa da legitimidade da documentação do imóvel penhorado. Uma vez estabelecido, por certidão do Cartório Imobiliário, que o bem integrava o patrimônio do devedor, não poderia o Estado-juiz pressupor que, na verdade, o imóvel pertenceria a outrem [terceiro evictor]. A irresponsabilidade do Estado decorre da atuação neutra que realiza no processo de execução; sua atividade, embora forte pelo poder de coerção [tanto que expropria bens do devedor], realiza-se no interesse do credor [artigo 612, do CPC]. O Estado-juiz, ao promover a venda judicial dos bens do executado, não faz negócio por interesse próprio, o que impede que se tome como

obrigado a responder pelas consequências jurídicas da arrematação de coisa alheia. Há manifestação de vontade do arrematante; do lado do Juiz, que admite a arrematação, “não vai nisso nenhuma parcela de vontade”, afirmou CELSO NEVES.<sup>46</sup>

A evicção decorrente de hasta pública garante a eficácia de um negócio jurídico oneroso praticado em benefício do credor, por conta da inadimplência do devedor, de modo que, em primeiro lugar, vincula-se ao dever de reembolso o próprio executado, por ele ter guardado silêncio comprometedor dos perigos da arrematação de coisa alheia, permitindo, com essa omissão, que fosse penhorado e arrematado bem que não mais lhe pertencia. O interesse do devedor está, pois, no epicentro dessa turbulência que se verificou após a venda do bem penhorado, sendo, pois, jurídica a tese que coloca a sua figura em primeiro na grade de pessoas responsáveis pela evicção. Essa, aliás, foi uma das definições de PAULO BARBOSA DE CAMPOS FILHO, ao concluir dissertação sobre essa temática.<sup>47</sup>

O executado que se cala diante da iminente inutilidade da arrematação, estimulando a prática de um ato contrário ao direito de um terceiro, poderá ser considerado litigante de má-fé, respondendo por essa improbidade [artigos 16, 17, V e 600, I e II, do CPC]. PONTES DE MIRANDA afirmou, com base no artigo 159, do CC de 1916 [atual 186] que, no caso, “há a responsabilidade pelo ato ilícito absoluto”.<sup>48</sup>

É forçoso admitir, no entanto, que o executado, embora diretamente responsável pelas consequências do episódio, nem sempre oferece atrativos para que a evicção se faça de maneira satisfatória. Isso porque a sua insolvência já está sinalizada pela própria execução infrutífera que foi concluída com a

<sup>43</sup> Tratado Prático do Processo Executivo Summario, p. 36, § 36.

<sup>44</sup> CARLOS ROBERTO GONÇALVES, Direito Civil Brasileiro, vol. III, p. 124.

<sup>45</sup> SÍLVIO DE SALVO VENOSA, Direito Civil – Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos, p. 589.

<sup>46</sup> Da Arrematação de Real a Real, p. 135.

<sup>47</sup> Da evicção do arrematante [dissertação], p. 93.

<sup>48</sup> Tratado de Direito Privado, vol. XXXVIII, § 4239, p. 305.





arrematação a *non domino*, o que estimula buscar uma outra solução que ofereça ao arrematante uma perspectiva de êxito do reembolso do valor pago. ARAKEN DE ASSIS<sup>49</sup> sugere que se adote, no Brasil, a regra do artigo 2921, do CC italiano, no sentido de se devolver o dinheiro ao adquirente antes da entrega ao credor e, caso isso tenha se verificado, que ele, credor, o faça, até o montante do preço recebido. É essa a melhor solução, prestigiada por SATTA, que fundamenta a indicação com o fato de o credor ter sido beneficiado com o pagamento efetuado pelo terceiro [o evictor]<sup>50</sup>. A essa respeitosa opinião some-se a de LIEBMAN<sup>51</sup> e a de SERGIO COSTA<sup>52</sup>. No direito português, o arrematante tem direito de exigir do credor, na forma artigo 910, do Código Civil, a restituição, embora também seja permitido intentar a ação contra o devedor, quando de má-fé [omissão intencional sobre o direito do terceiro evictor].<sup>53</sup>

Portanto, o credor, depois de ter recebido o dinheiro apurado com a alienação do bem do devedor, poderá ser obrigado a restituir o pagamento. Essa restituição, decorrente da evicção, acontece quando o executado é insolvente, tendo como fundamento o artigo 884, do CC, que versa sobre o enriquecimento sem causa. O credor, que recebeu dinheiro da arrematação inválida, não deve ser favorecido com o prejuízo do arrematante. Essa solução, juridicamente incontestada, foi defendida por LOPES DA COSTA.<sup>54</sup>

## 12. Final

O sucesso de uma execução forçada requer sacrifícios ao credor. Uma boa dose de sorte também é bem-vinda. Isso porque o que os atos da execução destinam a produzir é “dinheiro”, objeto valioso e quase sempre escasso.

Busca o processo de execução “converter” em dinheiro outro bem (ou outros bens) do devedor, o que se faz por intermédio da alienação a terceiros dispostos a pagarem um preço justo [o da avaliação]. Semelhante conversão “exige uma série de providências que imprimem ao procedimento executivo feição intrincada e ritmo irregular”, enfatizou JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA<sup>55</sup>. A persistência, no entanto, é fundamental.

Para o êxito da execução de uma dívida, é indispensável, como condição de partida, que o devedor possua patrimônio. Depois, é mister que o credor assuma o desafio de cumprir todos as fases da execução, investindo no pagamento de custas e diligências para que, ao final, possa obter, do Juiz, o dinheiro que satisfaz a obrigação não cumprida.

Os processos de execução são como termômetros que indicam a credibilidade da Justiça; se eles terminam bem, a confiabilidade no sistema cresce. O Professor HUMBERTO THEODORO JÚNIOR<sup>56</sup>, de quem honrosamente fui aluno na Faculdade de Direito de Uberaba-MG, afirmou: “É na execução que, sem dúvida, a justiça mais se aproxima do povo, tanto para prestigiar-se como para desmoralizar-se. É apenas uma questão de eficácia ou de inoperância. E o julgamento popular é implacável e muito facilmente delineável”.

<sup>49</sup> Manual do Processo de Execução, p. 740, § 232.5.

<sup>50</sup> SALVATORE SATTA, L'Esecuzione Forzata, p. 116, § 86.c.

<sup>51</sup> ENRICO TULLIO LIEBMAN, Processo de Execução, p. 124, §73.

<sup>52</sup> Manuale de Diritto Processuale Civile, p. 530, § 399.

<sup>53</sup> ALBERTO DOS REIS, Processo de Execução, II, p. 457.

<sup>54</sup> Direito Processual Civil Brasileiro, IV, p. 195, §§ 246,247 e 248.

<sup>55</sup> O Processo Civil Brasileiro: uma apresentação, in Temas, V, p. 14.

<sup>56</sup> A Execução Forçada no Processo Civil, in “Execução – Direito Processual ao vivo”, p. 37.



**13 - Bibliografia:**

- ALBERTO DOS REIS, José. *Processo de Execução*. Coimbra: 1982.
- ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. *Programa de Ensino de Prática Forense*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. 1958.
- ALVIM, Eduardo Arruda. *Exceção de Pré-executividade*, in “Processo de Execução” [obra coletiva]. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001.
- AMERICANO, Jorge. *Comentários ao Código do Processo Civil do Brasil* (vol. 4º). São Paulo: Saraiva. 1943.
- ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Teoria Geral das Obrigações*. Coimbra: Livraria Almedina. 1966.
- ASSIS, Araken de. *Manual do Processo de Execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de Direito Processual* (quinta série). São Paulo: Saraiva. 1994.
- BERMURDES, Sérgio. *Direito Processual Civil – Estudos e pareceres*. São Paulo: Saraiva. 1983.
- BRUSCHI, Gilberto Gomes. *Incidente Defensivo no Processo de Execução*. São Paulo: Juarez de Oliveira. 2002.
- CAMARGO, Odorico Rodrigues da Silva. *Da Acção Executiva*. Porto Alegre: Globo. 1928.
- CAMPOS FILHO, Paulo Barbosa de. *Da evicção do arrematante* [dissertação de concurso à livre docência de Direito Civil, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo]. São Paulo: 1946.
- CARVALHO DE MENDONÇA, Manoel Ignácio. *Contractos no Direito Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. 1938.
- CASTRO, Amílcar Araújo de. *Das Execuções de Sentença no Estado de Minas Gerais*. Belo Horizonte: Imprensa Oficial. 1927.
- CASTRO, Artur Anselmo de. *A Acção Executiva Singular, Comum e Especial*. Coimbra: Coimbra Editora. 1977.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di Diritto Processuale Civile*. Napoli: N. Jovene E C. 1923.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil* [vol. 2]. São Paulo: Saraiva. 2004.
- \_\_\_\_\_. *Curso de Direito Comercial* [vol. 1]. São Paulo: Saraiva. 2002.
- COSTA, Sergio. *Manuale di Diritto Processuale Civile*. Torino: Unione Tipografico Editrice Torinese. 1973.
- COUTURE, Eduardo J. *Estudios de Derecho Procesal Civil* [vol. II]. Buenos Aires: Depalma. 1989.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Execução na Teoria Geral do Direito Processual Civil* [tese]. São Paulo: 1972.
- \_\_\_\_\_. *Instituições de Direito Processual Civil* [volume IV]. São Paulo: Malheiros. 2004.
- ESPINOLA, Eduardo. *Dos Contratos Nominados no Direito Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Gazeta Judiciária. 1953.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro [vol. III]*. São Paulo: Saraiva. 2004.
- GONÇALVES, Luis da Cunha. *Dos Contractos em Especial*. Lisboa: Ática. 1953.



- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de Execução*. São Paulo: Saraiva. 1968.
- LOBÃO, Manuel Almeida e Sousa de. *Tratado Prático do Processo Executivo Sumário*. Lisboa: Imprensa Nacional. 1868.
- LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. *Da citação no processo civil*. Belo Horizonte: Imprensa Oficial do Estado. 1927.
- \_\_\_\_\_. *Direito Processual Civil Brasileiro* [vol. IV]. Rio de Janeiro: Forense. 1959.
- MANSO, Manoel da Costa. *O processo na Segunda Instância e suas Aplicações À Primeira*. São Paulo: Saraiva. 1923.
- MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil* [vol. V]. Rio de Janeiro: Forense. 1960.
- MICHELI, Gian Antonio. *Proceso de Ejecucion [Derecho Procesal Civil III]*, tradução de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: 1970.
- MIRANDA, Pontes. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi. 1972.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Das Modalidades das Obrigações* [dissertação]. São Paulo: 1959.
- MOREIRA, Guilherme Alves. *Instituições do Direito Civil Português* [vol. II – Das Obrigações]. Coimbra: Coimbra Editora. 1925.
- NEVES, Celso. *Da Arrematação de Real a Real*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1958.
- NORONHA, Fernando. *Triplicação Fundamental das Obrigações*, in “Jurisprudência Catarinense”, n. 72. Florianópolis: 1995.
- OLIVEIRA FILHO, Cândido de. *Theoria e Prática dos Embargos*. Rio de Janeiro: Typ. Revista dos Tribunais. 1918.
- REDENTI, Enrico. *Profili Pratici del Diritto Processuale Civile*. Milão: Dott. A. Giuffrè. 1939.
- REZZÓNICO, Luis Maria. *Estudio de Los Contractos*. Buenos Aires: ALEA S.A.C.e I. 1950.
- SATTA, Salvatore. *L'eseecuzione forzata*. Torino: Editrice Torinese. 1952.
- SOUZA, Mário Guimarães. *Theoria Geral da Arrematação*. Recife: Typ. Diário da Manhã. 1940.
- TALAMINI, Eduardo. *Embargos do Executado*, in “Direito Processual Civil”, obra coletiva da Ibrajur. São Paulo: Jurídica Brasileira. 1999.
- TARZIA, Giuseppe. *Problemas atuais da execução forçada*. Rio de Janeiro: Revista Forense 342. 1º trimestre de 1998.
- TAVARES, José. *Tratado da Capacidade Civil*. Coimbra: França Amado Editor. 1905.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Execução – Direito Processual ao Vivo* [vol. 3]. Rio de Janeiro: AIDE. 1991.
- TORRES, Antônio Magarinos. *Nota Promissória*. São Paulo: Livraria Acadêmica-Saraiva. 1928.
- TUCCI, José Rogério Cruz e. *Processo Civil – Realidade e Justiça*. São Paulo: Saraiva. 1994.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil – Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos*. São Paulo: Atlas. 2004.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues. A crise da execução e alguns fatores que contribuem para a sua intensificação. São Paulo: Revista do Processo, vol. 109. Revista dos Tribunais. Janeiro/março de 2003.







# A INFLUÊNCIA DOS TRATADOS FINANCEIROS NO LIVRE COMÉRCIO - A CONCORRÊNCIA E AS ECONOMIAS EM DESENVOLVIMENTO

Andréa Queiroz Fabri<sup>1</sup>

## Sumário

INTRODUÇÃO. I- TRATADOS DE ORIGEM FINANCEIRA. 1.1- Alinhamento dos países às políticas financeiras internacionais. 1.2- Diminuição da despesa. 1.3- Incremento da arrecadação. II- LIVRE CONCORRÊNCIA. 2.1- Nova ordem econômica mundial. 2.2- Blocos regionais. 2.2.1- Protecionismo. 2.2.2- OMC e multilateralidade. 2.3- Livre concorrência na Carta Brasileira de 1988. 2.3.1- Origem. 2.3.2- Evolução. III- AÇÕES COORDENADAS ENTRE FMI, BIRD E OMC. 3.1- A viabilização do comércio pelas finanças. 3.2- Achatamento financeiro das economias não desenvolvidas e inoperância das políticas de desenvolvimento. 3.3- Adequação do sistema à livre concorrência mundial e impraticabilidade concorrencial entre empreendimentos internos não desenvolvidos e transnacionais. IV- POSSIBILIDADES DE REVISÃO DOS TRATADOS: A CONSTITUCIONALIDADE. 4.1- Estados Unidos da América. 4.2- França. 4.3- Brasil. 4.4- Considerações gerais. CONCLUSÃO. BIBLIOGRAFIA.

## RESUMO

O presente artigo trata das distorções causadas nas economias nacionais, sobretudo no Brasil, em nome da formal liberdade de concorrência na esfera mundial. Mesmo tendo atingido um estágio mais favorável às trocas internacionais, o mundo pós Organização Mundial do Comércio - OMC presencia problemas de ordem social causados por questões econômico-financeiras que precedem, em muito, a multilateralidade que envolve o comércio global da atualidade.

**PALAVRAS CHAVE:** livre concorrência, Organização Mundial do Comércio, economias nacionais, problemas econômicos.

## ABSTRACT

This article is about the distortions caused in national economies, especially in Brazil, in the name of supposed competition freedom within the world. Even though the world after the World Trade Organization has achieved more favorable conditions for international trade, we still face social problems due to economic and financial situations that precede multilateral decisions that embrace global trade nowadays.

**KEYWORDS:** free competition, World Trade Organization, national economies, economic problems.

## INTRODUÇÃO

O estágio da economia atual não deixa dúvidas quanto à necessidade de adequação não só do modo de produção, mas,

principalmente, como negociar em meio à globalização.

Tema dos mais palpitantes tem sido a liberalização dos mercados, calcada em um dos pilares do liberalismo clássico, qual seja

<sup>1</sup> Especialista em Direito do Estado pela ESA/MG e UNIUBE, Mestre e Doutoranda em Direito Econômico pela UFMG Professora de Direito Econômico e Direito Financeiro da UNIUBE.



a liberdade de iniciativa, intimamente relacionada com a livre concorrência, pela suposta igualdade de todos na área econômica.

É de se ressaltar que o Direito Econômico funda suas bases nos perversos efeitos das concentrações, tanto em épocas de distorção do ideal liberal, como em fases de destruição total da economia européia após o grande conflito em meados do século XX.

Com vistas a resgatar o que havia restado do capitalismo após 1945, os países não afeitos ao sistema implantado primeiramente na Rússia uniram-se, num primeiro momento, no sentido de fortalecer, pela instituição das Nações Unidas, os objetivos até então institucionalizados pela velha Sociedade das Nações. O fim precípua das Nações Unidas foi a tentativa de manutenção da paz, pela inaugural Carta de São Francisco, de 1945, já que a divisão do globo em duas superpotências conduzia à angustiante expectativa de destruição mundial. De outro lado, como a ingenuidade não reina no âmbito internacional, até mesmo pelas experiências que haviam denominado o Direito Internacional Público de Direito da Guerra, sendo claro que o segundo conflito mundial deitava profundas raízes em problemas econômicos antigos e após 1918 agravados, a “paz” não poderia ser alcançada sem uma reestruturação econômica. Desta vez, ao menos no início, parecia ser um modelo de reestruturação incluyente, sobretudo porque o incremento do modo de produção fordista não poderia avançar em um mundo totalmente desprovido de recursos.

#### A estrutura econômico-financeira

<sup>2</sup> John Maynard Keynes, britânico, a favor da intervenção do Estado na economia, defendia a implantação de uma agência internacional e o “bancor” uma moeda para transações internacionais.

<sup>3</sup> Harry Dexter White, funcionário adjunto do Secretário da Tesouraria norte-americana.

<sup>4</sup> Eduardo Suárez, Secretário da Fazenda e do Crédito Público mexicano.

<sup>5</sup> O Plano Marshall constituiu do empréstimo de dinheiro pelos Estados Unidos aos países europeus aliados ao capitalismo. Com aqueles recursos, foi criada a Organização Européia de Cooperação Econômica – OEEC, que, mais tarde, se transformou em Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE.

<sup>6</sup> Localizada nos Estados Unidos, Bretton Woods foi escolhida para sediar, em 1944, as reuniões internacionais que iriam modificar os padrões econômicos e financeiros mundiais depois do segundo grande conflito mundial. É de se notar a participação do ex-ministro e senador Roberto Campos na delegação brasileira, então recém-formado no Instituto Rio Branco, logo no início de sua carreira diplomática. Essa história é bem relatada em suas memórias, na obra **A lanterna na popa**, pp. 62-71.

alicerçada no pós-Segunda Guerra encontrou seus preparativos em três planos: 1) **Keynes**<sup>2</sup>, com a institucionalização de um órgão internacional e uma moeda, não pertencente a qualquer país, para as transações externas; 2) **White**<sup>3</sup>, com a criação de um fundo monetário internacional, que viesse a fixar a paridade cambial ao dólar norte-americano; e o pouco conhecido 3) **Plano Suárez**<sup>4</sup>, a representar os interesses da América Latina, simplesmente subdesenvolvida, diferentemente da Grã-Bretanha de Keynes e dos Estados Unidos de White, preocupados que estavam com a reconstrução e o desenvolvimento dos países afetados pela Segunda Guerra Mundial.

Vitoriosa a proposta norte-americana, os países deveriam, pela agora conversão ao dólar-ouro – lastro retirado na década de 1970 pelo governo Nixon após o primeiro choque do petróleo, submeter-se à estrutura: desenvolvimento, reconstrução e comércio.

Por certo, o Fundo Monetário Internacional – FMI, como promotor do desenvolvimento pelo controle de fluxos de pagamentos nas economias internas em prol do descrito desenvolvimento, não poderia deixar de ser implementado e, ao seu lado, o Banco Mundial, responsável que estava pela reconstrução européia, viabilizada pelo repasse norte-americano de recursos, através do Plano Marshall.<sup>5</sup> A justificar o desenvolvimento e a intervenção alienígena nas economias e soberanias nacionais, encontrava-se a Organização Internacional do Comércio – OIC, a completar o tripé idealizado na Conferência de Bretton Woods,<sup>6</sup> de 1944.



Embora a estrutura apresentada se justificasse publicamente no desenvolvimento mundial, a Carta de Havana, delimitadora dos fins e funções da OIC, jamais foi ratificada e, só em 1947, sua parte referente às tarifas e comércio foi negociada entre vinte e três países, dando seguimento ao Acordo Geral de Tarifas e Comércio – GATT<sup>7</sup>, que, após quarenta e sete anos de rodadas, institucionalizou-se, em 1994, pelo Protocolo de Marrakesh, no final da Rodada Uruguai, na Organização Mundial do Comércio – OMC.

Se, por um lado, todos os acordos negociados no âmbito do GATT foram incorporados à OMC e aquele tivesse, embora não legalmente, sede em Genebra, por outro, os desníveis entre os países pertencentes ao sistema financeiro mundial não contribuíram para a efetividade dos acordos justificadores da liberalização do comércio, com vistas ao desenvolvimento de todos os povos, pelas conseqüências do aumento de riquezas, trabalho, produção, circulação e consumo.

Este, pois, é o enfoque do presente trabalho, uma vez que, no início do século XXI, é possível vislumbrar que os direitos humanos, tão relevantes para as conferências internacionais, têm sua realização prejudicada pelas nocivas políticas econômico-financeiras de órgãos internacionais e internos afins, pela adoção de medidas que, comercialmente, excluem indivíduos do campo do trabalho, miserabilizando populações de países inteiros em nome do crescimento mundial que, há meio século, vem beneficiando não nações, mas interesses privados sem pátria, a inviabilizarem a concretização necessária da independência econômica dos estados, pela busca da cidadania via efetivação dos direitos fundamentais pela democracia. Com isso, arrisca-se também a sobrevivência das instituições internacionais, conquanto a

justificativa de sua existência vem, há muito, sendo questionada pela legitimidade suas ações, representação e formação de capital, e contradições entre seus objetivos institucionais originais e a formalidade de suas atuações.

Neste contexto, insere-se a OMC, como organismo de formação de decisões multilaterais, grande avanço, se comparado às organizações criadas em 1944. Discute-se, no entanto, a praticabilidade da livre concorrência como norte de todos os acordos pertinentes a tal organização, justamente pelo estágio de erosão econômico-financeiro das economias não fruidoras dos benefícios do Acordo de Bretton Woods, dificultado, ainda mais, pelo protecionismo disfarçado através dos blocos, que procuram inviabilizar o mesmo tipo de formação jurídico-política ou sequer comercial entre seus pares isolados, pela tentativa de formalização de tratados bilaterais, em detrimento de possíveis resultados da já frágil multilateralidade ocorrente no âmbito da OMC.

Diante de tal problemática a constitucionalidade dos tratados merece discussão para sua aprovação legislativa (vide artigos 52, V e 49, I da Constituição Federal de 1988), uma vez que o Direito Interno está ligado a normas externas assentadas em bases de igualdade e liberdade formais, a contribuir para perenizar um sistema diametralmente oposto à justificativa da criação e continuidade dos organismos internacionais mencionados. O conhecimento, pois, de sistemas que priorizam o direito interno torna-se pertinente na medida em que desmistifica o discurso unilateral liberalizante, protegido, senão pelos resquícios de espoliação colonial, por estruturas tecnológica, econômica e financeira, proporcionadas pelos não coincidentes benefícios advindos da posse e emissão de moeda forte.

<sup>7</sup> O GATT – *General Agreement on Tariffs and Trade* – tem por fundamentos a cláusula da nação mais favorecida (através da qual um benefício comercial conferido a um país deve ser estendido aos demais) e a não-discriminação entre produtos nacionais e estrangeiros. Todos os outros princípios derivam destes, no sentido de se alcançar o livre comércio internacional.



## I- TRATADOS DE ORIGEM FINANCEIRA

As diferenças entre os estados, com suas causas no colonialismo e nos estágios do capitalismo que àquele sucederam, associados ao tratamento diverso conferido aos países logo no início das atividades dos organismos de Bretton Woods<sup>8</sup>, levam, hodiernamente, à imprescindibilidade de empréstimos externos, sobretudo após quase meio século de experiência de dependência de capital estrangeiro no curto prazo vindo de organismos internacionais e bancos privados, aliada à existência de governos ditatoriais e não transparentes.

É certo que FMI e Banco Mundial - BIRD, como patrocinadores institucionais do desenvolvimento internacional,<sup>9</sup> por meio de condicionamentos a programas determinados, constituem enorme fonte de empréstimos, embora não mais como no início de suas atividades.

Não obstante o FMI venha, desde 1982, dedicando substancial parcela de recursos para controlar a dívida externa, os estados em desenvolvimento vêm recorrendo ao setor privado por meio dos “Acordos de Escalonamento de Dívidas com Bancos Privados do Clube de Paris” ou com o “Consórcio de Bancos Norte-Americanos”. Nestes casos, o FMI funciona como intermediário legitimador e garantidor dos empréstimos, pelo seu próprio caráter de organização internacional, sujeito de direito público, portanto, capaz de demandar responsabilidade internacional do estado não cumpridor de seus deveres.

Acerca do recurso aos credores privados internacionais pelos países periféricos: *“Mesmo nesses casos, exige-se não só a conclusão dos stand by agreements com o FMI, mas também*

*a apresentação de um programa de estabilização.*

...  
*“Só graves desequilíbrios no setor externo justificam, hoje em dia, a subordinação aos préstimos do FMI. Autoridades monetárias com gestões fragilizadas financeiramente assumem esse compromisso quando se torna manifesto o esgotamento próximo ou iminente de suas reservas cambiais. O Acordo com o Fundo torna disponíveis aportes de créditos emergenciais. Como se viu, seu aval possibilita que os bancos privados internacionais retomem os financiamentos necessários à rolagem das obrigações externas.”<sup>10</sup>*

A abrangência das condições e conseqüências relacionadas à conclusão dos tratados financeiros mostra que, mais do que um simples compromisso formal em que estejam presentes os requisitos para a formalização de documentos internacionais (capacidade das partes, vontade – soberania, objeto lícito e possível), nem sempre a igualdade econômica e a expressão da soberania pelo consentimento são substancialmente externalizadas em casos de extrema necessidade financeira.

### 1.1- Alinhamento dos países às políticas financeiras internacionais

Na condição de devedores, os países que buscam recursos nos organismos financeiros internacionais devem submeter-se a ajustes que, num primeiro momento, fazem jus à lógica de que devem livrar-se das condições que os levaram ao estágio que os torna dependentes de capital. Isto é

<sup>8</sup> Refere-se, aqui, ao Plano Marshall, pela cessão de capitais, pelos EUA à Europa, a custo zero. LEAL, Rosemiro Pereira; OLIVEIRA, Allan Helber de; FRANÇA, Gustavo Gomes; MIRANDA FILHO, Juventino Gomes. **Curso de direito econômico-comunitário: teoria do direito e técnica processual nos blocos econômicos.** p. 25.

<sup>9</sup> Os objetivos que nortearam a criação do FMI e do BIRD encontram-se, respectivamente, em SILVA, Roberto Luiz. **Direito internacional.** pp. 329-330 e 335.

<sup>10</sup> Idem. p.332. Ainda, sobre as ações dos bancos privados nos acordos intermediados pelo FMI, vide CHOSSUDOVSKY, Michel. **A globalização da pobreza: impactos das reformas do FMI e do Banco Mundial.** pp. 291-294.





executado pelos “Programas de Ajuste Estrutural” – PAEs - para os países em desenvolvimento, condicionantes do empréstimo, mas sobre os quais o FMI e o Banco Mundial pouco atuam na fiscalização política:

*“No Ocidente, os credores tendem a exercer suas pressões sobre os governos nacionais sem a intermediação da burocracia sediada em Washington. Os débitos das empresas paraestatais e de serviços públicos, e dos governos municipais, estaduais e federais são cuidadosamente separados por categoria e ‘classificados’ por mercados financeiros”.*<sup>11</sup>

As medidas, pois, dos PAEs revestem-se, quase sempre, das mesmas características, uma vez que os países necessitados enraízam, obviamente, seus problemas na escassez de recursos, que deve ser, a todo custo, revertida, sob a expectativa de um futuro promissor:

*“Já no período inicial do processo preparatório da Conferência Mundial de Direitos Humanos, o Fundo Monetário Internacional (FMI), em declaração escrita apresentada à Subcomissão de Prevenção de Discriminação e Proteção contra Minorias das Nações Unidas, buscou justificar os programas de ajuste estrutural, levados a cabo para eliminar obstáculos arraigados ao ‘crescimento de qualidade’: para o FMI, o que era visto como efeitos aparentemente ‘adversos’ daqueles programas equivalia a nada mais do que ‘falta de clareza e convicção em sua implementação’. Cobia, pois, implementá-los de forma não-ambígua, evitando o uso não-*

*produtivo de recursos físicos, com tomadas de decisão em um ambiente de pluralismo, e concentrando em áreas que os governos pudessem dar uma ‘contribuição positiva ao desempenho da economia’. Para o FMI, na execução dos programas de ajuste estrutural cobia indagar de que modo as ‘recompensas iniciais’- que por ‘sua natureza’ demoravam algum tempo a aparecer – podiam ser dirigidas de forma a ‘alcançar os pobres na sociedade’, e de que modo se pode limitar a ‘privação humana’, durante o ‘período de transição.*

*“A ‘remodelação’ das tarefas do governo (e.g., fortalecimento das instituições, atendimento de necessidades humanas básicas como saúde e educação) constituía ‘parte integrante do ajuste estrutural’. Com efeito, o FMI expressou, nesta ocasião, seu entendimento no sentido de que ‘não se podem realizar’ os direitos econômicos, sociais e culturais ‘na ausência do ajuste estrutural.’ Ainda mais: ‘os programas apoiados pelo Fundo são os programas dos próprios países. Na verdade, eles não podem ter êxito a não ser que contem com o pleno apoio da população, incluindo aqueles cujos direitos econômicos, sociais e culturais plenos possam ser infringidos.’ ”<sup>12</sup>*

Como as compras nas ‘tranches de crédito’ têm por efeito ultrapassar o montante de moeda nacional do sacador junto ao Fundo (o que é o caso dos países constantemente endividados) em mais de cem por cento de sua cota-parte, os direitos de saque são sucessivos e condicionados ao cumprimento das metas estabelecidas no *stand by agreement*, ou acordo de confirmação.<sup>13</sup> O

<sup>11</sup> CHOSSUDOVSKY, Michel. *Op.cit.* p. 13.

<sup>12</sup> TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. v. 1. pp. 251-252.

<sup>13</sup> DINH, Nguyen Quoc; DAILLER, Patrick; PELLET, Alain. *Direito internacional público*. p. 930.



seu não cumprimento gera responsabilidade internacional, sem mencionar a impossibilidade de saques futuros em meio a condições ainda não efetivadas.

### 1.2- Diminuição da despesa

A estabilização econômica, num primeiro momento, deve ocorrer com o corte de gastos com previdência, saúde, educação, e, em especial, com despesas públicas, através de estatais, que exigem privatização,<sup>14</sup> facilitada que fica pela condição de desvalorização da moeda nacional,<sup>15</sup> necessária para saldar pagamentos internos.

Percebe-se que todo o PAE é fundamentado na suposição de que as dificuldades encontradas nos estados têm causa única na má condução do orçamento, não considerando problemas globais de oscilação de divisas, imbricado que está o mundo às moedas fortes, pertencentes a um ciclo restrito de países.<sup>16</sup>

*“Deve-se notar, porém, que, nos últimos anos, todos os programas de estabilização negociados com o Fundo, além de o serem apenas com países em desenvolvimento, basearam-se todos numa visão particular da economia e/ou nas convicções de uma única escola de pensamento econômico, resultando em retóricas e frustradas metas de ajuste econômico tais como: recuperação do balanço de pagamentos, melhor utilização do potencial produtivo e aumento da taxa de crescimento econômico a longo prazo.”<sup>17</sup>*

Ainda, a liberalização comercial e financeira torna-se ponto de referência, conduzindo à desregulamentação de setores

econômicos e, principalmente, o bancário, a viabilizar investimentos que, segundo o modelo econômico adotado, garantem a confiabilidade, pelo investidor global, no mercado interno.

### 1.3- Incremento da arrecadação

Por certo, somente o corte de despesas públicas não se presta à implementação da estrutura estipulada pelos credores como bastante ao alcance dos objetivos econômico-financeiros transnacionais.

Outra das justificativas das privatizações, além de diminuir custos, é justamente a arrecadação tributária em pé de igualdade com o setor privado.

Como o capital produtivo por si só não é capaz de recolher aos cofres públicos toda a quantia imprescindível para sanear os pagamentos e, ainda, manter o compromisso com os credores, indispensáveis à continuidade da produção interna, via equilíbrio da balança total de pagamentos, a população como um todo deve, como bem frisou o FMI (citação acima), compartilhar a despesa pelo pagamento de maiores e novos tributos.

Somente por esta via, segundo os organismos financeiros internacionais, pode-se chegar ao estágio já atingido pelos países desenvolvidos.

## II- LIVRE CONCORRÊNCIA

O regime absolutista com sua política sufocante, especialmente pela instituição das corporações de ofício, ensejou a reunião de pensantes revoltos que culminou com a Revolução Francesa, cujos ideais controversos de liberdade, igualdade e fraternidade foram recomendados na Declaração de 1789.

<sup>14</sup> CHOSSUDOVSKY, Michel. *Op.cit.* p. 55.

<sup>15</sup> Sobre a desvalorização monetária e suas conseqüências, *Idem.* pp. 47-50.

<sup>16</sup> Sobre o acordo celebrado com o Brasil, em 13 de novembro de 1998, vide **IMF agrees on Brazil loan.** *In:* <http://www.cnnfn.com/hotstories/economy/9811/13/imf/index.htm>. nov,13, 1998.

<sup>17</sup> SILVA, Roberto Luiz. *Op.cit.* p. 332.



A liberdade de trabalhar, que na França somente fez deslocar o poder do monarca à classe burguesa em ascensão, tomou, nos Estados Unidos da América, um viés de empreendimento possibilitado muito mais pelo modo de colonização do que pela Carta da Virgínia, de 1776.

Na originária confederação a liberdade de iniciativa permitiu que, para o desenvolvimento, via exploração das riquezas do território até então indígena, grupos privados se unissem no intuito de desbravar o oeste, o que ocorreu pela expansão das ferrovias.

Prosperidade alcançada, não demorou muito tempo para que os detentores dos *trusts* iniciassem práticas não condizentes com o ideal de liberdade, posto que, pela necessidade do transporte, tanto pelas pessoas e, sobretudo, de mercadorias, levaram o preço de seus serviços a injustificados aumentos, lesando o comerciante e, por fim, o consumidor dos produtos transportados nas malhas de um só grupo. Dentre tantas outras práticas abusivas, a retirada do cidadão o poder de escolha e a constituírem barreiras à entrada de novos concorrentes no mercado, num ciclo que tende a prejudicar perenemente a coletividade, em 1890 foi editado o *Sherman Act*, como forma de restrição à liberdade de poucos para proteger a liberdade de todos:

*“Quando se aprofunda a análise sobre os mecanismos das práticas desleais do comércio ou as técnicas que restringem ou procuram eliminar a concorrência, chega-se à conclusão de que até a liberdade precisa de ordem para se manter. A sabedoria consiste, nesta matéria, em equilibrar a liberdade com a ordem necessária à sua própria manutenção.”*<sup>18</sup>

A noção de livre concorrência, pois, permeia aspectos de intervenção estatal (que, pela própria palavra, mostra excepcionalidade), imprescindível para a manutenção de um mercado onde todos os agentes e seus destinatários tenham seu direito de escolha garantido, bem como o encorajamento necessário para iniciar um empreendimento, sob pena de se reduzir a liberdade de iniciativa à formalidade, própria de regimes populistas e ditatoriais.

## 2.1- Nova ordem econômica mundial

Sendo certo que a intervenção estatal constituiu marco pioneiro para a garantia do regime concorrencial, não mais basta à realidade do mercado um sistema de defesa da concorrência nacional, sem conexão com as práticas globais. Isto, porque os empreendimentos não têm fronteiras, realidade iniciada após a Segunda Grande Guerra, encontrando seu vértice na queda do antigo mundo socialista,<sup>19</sup> a render-se à sofisticação de uma economia experiente, dominada por entes transnacionais, desmantelando qualquer instituto jurídico que calcasse bases na soberania do estado.<sup>20</sup>

### 2.1.1- Blocos regionais

As seqüelas do segundo conflito mundial levaram os países europeus ocidentais à integração de políticas, não só para o combate à expansão do governo liderado pela União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, mas, principalmente, para fazer frente à potência do século XX, os EUA, não atingidos diretamente por nenhum dos acontecimentos bélicos naquele período. Pelo contrário, ganharam com o fornecimento de todos os bens carecidos pela Europa arrasada, o que propiciou ainda mais seu aperfeiçoamento tecnológico.<sup>21</sup>

<sup>18</sup> VAZ, Isabel. *Direito econômico da concorrência*. p. 80.

<sup>19</sup> SILVA, Roberto Luiz. *Op.cit.* pp. 1-6.

<sup>20</sup> SALA, José Blanes. O conceito de soberania do estado ante o fenômeno de integração econômica e união política. In: CASELLA, Paulo Borba (coord.). *Contratos internacionais e direito econômico no Mercosul*. p. 707.

<sup>21</sup> HOBSBAWM, Eric. *Era dos extremos: o breve século XX 1914-1991*. p. 55



Em estado de calamidade total e, portanto, sem possibilidade de recusa do auxílio pelo Plano Marshall e a conseqüente aceitação das estruturas criadas em Bretton Woods, a Europa utilizou-se da própria Organização Européia de Cooperação Econômica - OEEC, originariamente instituída para gerir as ajudas vindas dos EUA,<sup>22</sup> no sentido de financiar sua reascensão, embora soubesse que sua época de império havia cedido lugar ao norte da América. O Clube de Paris, principalmente, iria exercer importante papel na concretização do regionalismo, através da captação de bilhões de dólares, ao longo de quase cinquenta anos, das economias nunca desenvolvidas, oportunizando-se do sistema lançado ao mundo em 1944.

A partir do Tratado de Paris, de 1951, instituindo a Comunidade Européia do Carvão e do Aço - CECA, e dos Tratados de Roma, de 1957, com a instituição da Comunidade Econômica Européia - CEE - e da Comunidade Européia de Energia Atômica - EURATOM,<sup>23</sup> os países europeus, há uma década diminuídos pela barbárie que assolava as ações de uns contra os outros em nome da noção fundamentalista de soberania, inauguravam estágio soberano revolucionário, pela integração e início do Direito Comunitário.

Se a integração pode desdobrar-se em vários estágios,<sup>24</sup> do mais simples ao mais complexo, coroando-se com a supranacionalidade caracterizadora do direito comunitário,<sup>25</sup> o fato é que ela tem um único fim: incrementar o comércio dos países partes da região e, quanto mais avançado o estágio

de integração, criar tarifas externas comuns para a negociação extrablocos.

Na esteira da hoje União Européia, muitos outros blocos vêm sendo formados, sendo de maior expressão o Acordo de Livre Comércio da América do Norte - NAFTA, o Bloco do Pacífico - ASEAN, o MERCOSUL (que não se aperfeiçoou sequer como união aduaneira), dentre outras formas de integração, inclusive, latino-americanas, a qualificar a nova ordem econômica internacional.<sup>26</sup>

### 2.1.2- Protecionismo

A gênese da integração européia e de todas as demais formas de regionalismo não esconde seu caráter defensivo contra a agressão dos mercados externos:

*“Entende-se por Integração, o processo político entre governos nacionais, visando à redução, parcial ou total, das Barreiras Tarifárias e não-Tarifárias, que limitam o comércio recíproco. Tal processo pode ou não incluir acordos relativos às barreiras dos países signatários em relação ao resto do mundo, podendo ser o âmbito de Integração bilateral ou multilateral e incluindo apenas uma parte ou a totalidade dos bens potencialmente transacionáveis.”<sup>27</sup>*

Do próprio conceito de integração, portanto, chega-se à política protecionista, uma vez que os mercados interligados procuram satisfazer-se internamente, com o mínimo de dependência externa possível. Esse

<sup>22</sup> LEAL, Rosemiro Pereira; OLIVEIRA, Elber de; FRANÇA, Gustavo Gomes; MIRANDA FILHO, Juventino Gomes. **Curso de direito econômico-comunitário: teoria do direito e técnica processual nos blocos econômicos.** p. 25.

<sup>23</sup> SILVA, Roberto Luiz. **Direito econômico internacional e direito comunitário.** pp. 159-160.

<sup>24</sup> Zona de tarifas preferenciais, zona de livre comércio, união aduaneira, mercado comum, união econômica ou monetária. SILVA, Roberto. **Direito econômico internacional e direito comunitário.** pp. 108-109.

<sup>25</sup> Para que os estados membros mantenham sua soberania frente à economia externa ao bloco, cedem parte de sua soberania à União, o que mostra que são e permanecem soberanos, na acepção contemporânea do vocábulo, enquanto integrantes de um bloco. OLIVEIRA, Márcio Luiz. **A União Européia como entidade política de natureza supra-estatal comunitária de direito internacional público em formação.** Dissertação de Mestrado da Faculdade de Direito da UFMG, 1999.

<sup>26</sup> SILVA, Roberto Luiz. **Direito comunitário e da integração.** p. 19.

<sup>27</sup> SILVA, Roberto Luiz. **Direito econômico internacional e direito comunitário.** p. 107.



tipo de prática, na maioria das vezes, é publicamente justificada pela necessidade de estabilização econômico-social de um país ou grupo de países, face às perversidades econômicas alienígenas.<sup>28</sup>

### 2.1.3- OMC e multilateralidade

A OMC, concretização tardia da OIC, pela reunião dos acordos negociados no âmbito do GATT, tem por fim a liberalização, através da queda de qualquer tipo de protecionismo, via barreiras tarifárias ou não-tarifárias, subsídios ou *dumping*, do comércio de bens e serviços entre seus contratantes, pelas seguintes regras:

- tratamento da nação mais favorecida;
- lista de concessões com tarifas máximas a serem praticadas;
- não diferenciação entre produto/serviço nacional e estrangeiro, inclusive, para compras governamentais;
- transparência, através da publicação dos atos;
- eliminação das restrições quantitativas, como forma de protecionismo via impedimento disfarçado sob número mínimo de cotas.<sup>29</sup>

Trazendo a noção de democratização decisória,<sup>30</sup> a OMC, diferentemente dos organismos financeiros instituídos juntamente com a idealização da OIC, baseia-se num sistema de multilateralidade, pressupondo consenso para toda e qualquer decisão a ser tomada no que se refere ao comércio mundial.<sup>31</sup>

Por mais capitalista e liberal que

possa parecer a noção de proteção ao livre comércio, o fato é que, se econômica e juridicamente analisada, serve de motriz para a efetivação dos direitos fundamentais, positivados nas constituições dos estados, por meio da viabilização da aquisição de crescimento necessário à realização de direitos.<sup>32</sup>

Não é por acaso que, no âmbito das negociações da OMC, tem-se sentido a necessidade de se enquadrar as relações de trabalho, matéria de grande interesse frente a países que, por não respeitarem um mínimo de dignidade humana, pela utilização de trabalho quase escravo, conseguem lançar seus produtos com maior poder competitivo no mercado internacional, o que, se, num primeiro momento, beneficia o consumidor dos países contemplados com tais bens/serviços, logo após, acarreta o fechamento de atividades internas, gerando maior desemprego e, por via de consequência, diminuindo o consumo, agravando ciclicamente o caos social.

Assim, no que diz com o comércio internacional, a livre concorrência, a ser respeitada pelo acordo mútuo entre os países acerca do estabelecimento de medidas que dificultem ações que a inviabilizem, como a imposição de quaisquer barreiras, é somente meio de se alcançar os caros direitos humanos, tão elevados no plano internacional, pela universalização do exercício dos mesmos, também pelo direito ao trabalho, como caminho através do qual se possibilita a aquisição das propriedades essenciais à existência.<sup>33</sup>

A defesa da concorrência, pois, como fim imediato do comércio internacional

<sup>28</sup> Idem. pp. 49-53.

<sup>29</sup> THORSTENSEN, Vera. **OMC**: as regras do comércio internacional e a nova rodada de negociações multilaterais. pp. 32-34.

<sup>30</sup> A falta de democratização em seara econômico-financeira é, de longa data, criticada, pelo aspecto de voto por participação em doações, a perpetuar um sistema de países dominantes e dominados. O sistema ouro, por tal motivo abolido, cedeu, somente, seu lugar ao dólar. Sobre a necessidade de um reestruturação dos organismos internacionais, em especial, do FMI, BIRD e GATT, vide BEDJAOUI, Mohammed. **Pour un nouvel ordre économique international**. pp. 197-225.

<sup>31</sup> LAFER Celso. **Comércio, desarmamento, direitos humanos**: reflexões sobre uma experiência diplomática. p. 40.

<sup>32</sup> SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. pp. 17, 19-20.

<sup>33</sup> Acerca da importância do tema direito à e não de propriedade, vide obra especializada de VAZ, Isabel. **Direito econômico das propriedades**.



e meio para a viabilização da concretização dos direitos fundamentais dela advindos, passou a ser mais detidamente tratada a partir de dezembro de 1996, com a criação do Grupo de Trabalho para o Estudo das Relações entre a Política Comercial e a Política de Defesa da Concorrência, na Conferência Ministerial de Singapura.<sup>34</sup>

Não obstante a importância da discussão do tema, em específico, entende-se redundante, pois todas as conferências realizadas, em todos os temas, visam a fortalecer a praticabilidade da competição internacional, por meio da coibição de práticas comerciais abusivas.

Analisados, em separado, multilateralidade e regionalismo, cabe, então, indagar a possível contradição entre um sistema que prega, principalmente, pelos países desenvolvidos, a liberalização dos mercados alheios, em nível de igualdade, e outro, o último, do qual fazem parte estes mesmos países, que, integrados, protegem seus mercados em relação aos produtos dos estados que pretendem liberalizar pela participação na OMC.

Integrantes que são os acordos do GATT 1947 na OMC, vale, ainda hoje, o artigo XXIV, permissivo que é da formação de acordos regionais de integração.<sup>35</sup> Cabe, no entanto, questionar o princípio da reciprocidade, que se fundamenta na não-discriminação e na progressiva liberalização do comércio, em fase concomitante de GATT e início de integração europeia.<sup>36</sup>

Assim, se o modelo de integração que marcou a formação de blocos a partir da segunda metade do século XX não mais

oferece garantia à observância dos princípios norteadores do comércio internacional, não justifica o protecionismo político-econômico regional. Deve-se, pois, adequar a integração às regras da OMC, sob pena de a multilateralidade tornar-se discurso unilateral.

Na esteira dos que entendem o regionalismo como processo complementar ao sistema multilateral de comércio encontra-se Lafer<sup>37</sup>, a defender a articulação de regimes jurídicos duais, porquanto cada um possui particularidades. Isto seria viável pelo princípio de subsidiariedade, a garantir mais uma mundialização do que a globalização por poucos sobre muitos:

*“A razão de ser dessa dualidade reside na idéia de que há matérias que, por sua complexidade e sensibilidade política, podem ser melhor equacionadas num âmbito associativo menor do que em escala universal.”*

Ainda, no caminho contra o que denominam “regionalismo de primeiro grau”, instituído, inauguralmente, pela atual União Européia, Barbiero e Chalout<sup>38</sup>, apoiados em Harvey, advogam pela “acumulação flexível”, que se realizaria através da elasticidade dos processos e mercados de trabalho, bem como dos produtos e padrões de consumo, ao que chamam de *deep integration*, com o surgimento de processos de produção e novos mercados, serviços financeiros e inovação tecnológica e comercial, no sentido de oferecer maior segurança às empresas no interior dos espaços econômicos, objetivo que estaria acima de um projeto político, o que,

<sup>34</sup> SANTOS, Maria Cecília de Andrade. Concorrência. In: BARRAL, Welber (coord.). **O Brasil e a OMC: os interesses brasileiros e as futuras negociações multilaterais**. p. 477.

<sup>35</sup> OLIVEIRA, Odete. Regionalismo. Concorrência. In: BARRAL, Welber (coord.). *Op.cit.* p. 311.

<sup>36</sup> Cita-se aqui somente a integração europeia, tendo em vista as tentativas frustradas de regionalização latino-americana, o que será verificado tópicos adiante. No que concerne à não integração, àquele tempo, na América do norte, não há que se dar importância, uma vez que seu país líder, já na década de 1940, não necessitava de qualquer ajuda, pelas vantagens comparativas que possuía e, também, devido às guerras do século XX. Ainda, ALMEIDA, Paulo Roberto de. A economia internacional no século XX: um ensaio de síntese. In: **Revista Brasileira de Política Internacional**. n. 1. p. 122.

<sup>37</sup> LAFER, Celso. **A OMC e a regulamentação do comércio internacional: uma visão brasileira**. p. 96.

<sup>38</sup> BARBIERO, Alan; CHALOUT, Yves. O Mercosul e a nova ordem internacional. In: **Revista Brasileira de Política Internacional**. n. 1. pp. 33.



obviamente, justifica os elogios dos autores à Associação de Livre Comércio das Américas – ALCA, e críticas quanto aos modelos tradicionais europeu e sua tentativa similar no Mercosul.

## 2.2- Livre concorrência na Carta Brasileira de 1988

Como fator complementar da livre iniciativa e do valor social do trabalho na fundamentação da República Federativa do Brasil e da ordem econômica, pelos artigos 3º, IV e 170, *caput*, da Constituição de 1988, respectivamente, a livre concorrência é tida, pelo inciso IV deste último, como princípio da ordem econômica.

O direito de empreender atividade econômica sem autorizações específicas coaduna-se com o ideal democrático da contemporaneidade e, ainda, garante à coletividade o poder de escolha de melhores bens/serviços num mercado caracterizado pela pulverização<sup>39</sup> de empresas num mesmo setor. É certo, então, que um estado empresário não se enquadra neste modelo liberalizante, em especial, quando confere a si próprio o monopólio de determinadas atividades ou, mesmo, exerce, indiretamente, um poder aristocrático, revestido da autorização por concessão e permissão a um só agente particular, que passa a fazer o papel do antigo mestre das corporações de ofício, abolidas após a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, por meio da Lei Le Chapelier, de 1891, na França.

Vivendo regimes políticos de transição, o ordenamento jurídico brasileiro vem passando por diversas modificações,

inclusive, após a instauração do sistema mundial do comércio na atualidade.

### 2.2.1- Origem<sup>40</sup>

A Carta Brasileira vigente é considerada um marco no que diz respeito à democratização do País, saído que se encontrava do que se conheceu por regime militar, bastante caracterizado pela falta de participação popular em qualquer contexto da vida nacional.

Seguindo as regras do autoritarismo travestido de benfeitor, o populismo não podia deixar de fazer parte das ações do Estado, no intuito de parecer arrojado e desenvolvimentista.<sup>41</sup> Sob o pressuposto de governar uma sociedade incapaz de gerir negócios por si própria, o Brasil, por tradição colonial paternalista, arrebanhou para o Estado a função empresarial em inúmeros ramos da economia.

Ao adotar perspectiva menos autoritária pela promulgação da Carta de 1988, o País, mesmo assim, não se desfez de resquícios paternalistas, arraigados em aspectos de segurança nacional e relevante interesse coletivo, permanecendo, assim, alguns setores sob o comando centralizado de uma estrutura inoperante e arcaica.

Além de manter empresas públicas e sociedades de economia mista que já não tinham mais razão de assim o ser, mantinha o monopólio sobre o petróleo, dentre outros, dispostos no artigo 177 da Carta, bem como a regulamentação efetiva de transportes, além de outras atividades.

Disponha, ainda, acerca de benefícios a serem concedidos a empresas de capital nacional, em notória preocupação

<sup>39</sup> Os problemas do liberalismo molecular, pela concentração de empresas, pelo fracasso do liberalismo atomista, são explicitados por FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito econômico**, p. 23.

<sup>40</sup> Ressalta-se que os fatos aqui expostos não representam críticas a qualquer preocupação de viés nacionalista, principalmente, no que se relaciona com as estatais, mas sim, a necessidade de uma exposição que não fuja ao contexto histórico.

<sup>41</sup> Cabe, neste ponto, ressaltar que o endividamento externo se agravou quando os recursos foram empregados mais em áreas perdidas (bens de consumo – prédios, estradas, viadutos, cidades) do que em capital (pesquisa e tecnologia para um desenvolvimento contínuo e não aparente e momentâneo). Lembre-se da construção de estradas antes da produção interna de veículos e, mesmo, da exploração petrolífera, a demandar a importação tanto dos meios de transporte como do combustível necessário para a adequação de seu uso. Sobre as relações entre o Brasil e o FMI e o processo de endividamento, vide SILVA, Roberto Luiz. **Direito internacional**, pp. 333-335.



com o que se considerava imprescindível ao desenvolvimento interno.

### 2.2.2- Evolução

Após alguns anos de suspensão das relações com os organismos financeiros internacionais, o Brasil retoma parte de suas obrigações com o FMI e, com a entrada de Fernando Collor de Mello na Presidência da República, as negociações são modificadas, proporcionando, por este Chefe de Estado e Governo, um impulso de abertura ao comércio internacional.

Intensificadas tais relações pelo programa de estabilidade de autoria do então Ministro da Fazenda Fernando Henrique Cardoso e, depois, Presidente, em 1995, o Brasil passa a integrar, mais firmemente, a economia mundial, sendo, à época, considerado País promissor, pela confiabilidade de seu mercado, em especial, o financeiro, que, para captar recursos, abriu mão de tomar parte nos rendimentos do capital estrangeiro.<sup>42</sup>

Com a implementação, em 1995, da OMC, e, como dos mais novos integrantes do mundo globalizado, o Brasil procurou adequar-se ao modelo liberalizante. O primeiro passo constituiu a modificação de dispositivos constitucionais que conflitavam com a economia de mercado e, até mesmo, com o fundamento da livre iniciativa e o princípio da livre concorrência.

A modificação se deu, mais precisamente, pelas Emendas Constitucionais de números 5, 6, 8 e 9, todas, de 1995, a cuidarem tanto da queda de monopólios estatais, como do tratamento conferido às empresas nacionais. Neste aspecto, a redação original do inciso IX do artigo 170 dispunha:

*“tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte.”*

Ainda, como explicação do inciso anterior:

*“Art. 171. São consideradas:*

*“I- empresa brasileira a constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País;*

*“II- empresa brasileira de capital nacional aquela cujo controle efetivo esteja em caráter permanente sob a titularidade direta ou indireta de pessoas físicas domiciliadas e residentes no País ou de entidades de direito público interno, entendendo-se por controle efetivo da empresa a titularidade da maioria de seu capital votante e o exercício, de fato e de direito, do poder decisório para gerir suas atividades.*

*“Parágrafo 1º. A lei poderá, em relação à empresa brasileira de capital nacional:*

*“I- conceder proteção e benefícios especiais temporários para desenvolver atividades estratégicas para a defesa nacional ou imprescindíveis ao desenvolvimento do País;*

*“II- estabelecer, sempre que considerar um setor imprescindível ao desenvolvimento tecnológico nacional, entre outras condições e requisitos:*

*“a) a exigência de que o controle referido no inciso II do caput se estenda às atividades da empresa, assim entendido o exercício de fato e de direito, do poder decisório para desenvolver ou absorver tecnologia;*

*“b) percentuais de participação, no capital, de pessoas físicas domiciliadas e residentes no País ou entidades de direito público interno.*

*“Parágrafo 2º. Na aquisição de bens e serviços, o Poder Público dará tratamento diferencial, nos termos da*

<sup>42</sup> A normatização dos investimentos de capital estrangeiro e da remessa de lucros constitui conteúdo do artigo 172 da Carta de 1988.



*lei, à empresa brasileira de capital nacional.”*

*Com a Emenda de número 6, de 15 de agosto de 1995, o inciso IX do artigo 170 passou a vigorar:*

*“tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.”*

Obviamente, como corolário do inciso em questão, o artigo 171 foi totalmente revogado, de forma a resguardar a igualdade, constitucionalmente garantida pela livre iniciativa, de tratamento entre a empresa nacional e a empresa pertencente a grupo estrangeiro, desde que se constitua sob as leis internas.

No que concerne às compras governamentais, a modificação condiz com o tema no âmbito da OMC, embora o Brasil não faça parte do Acordo sobre Contratação Pública, firmado em Marrakesch, em 1994.<sup>43</sup>

Neste sentido, o Brasil, numa análise formal, coordenou aspectos constitucionais até então contraditórios com o fundamento da livre iniciativa e com o princípio da livre concorrência, para não ressaltar a inserção na ordem mundial, que requer a igualdade entre todos os concorrentes no mercado global, assunto merecedor de mais detida atenção no tópico 3.2.3. deste trabalho.

### III- AÇÕES COORDENADAS ENTRE FMI, BIRDE OMC

O relacionamento entre os organismos formadores do tripé idealizado em 1944 mostra-se, pela sua gênese, inegável.

Os desequilíbrios ocorridos nos países em desenvolvimento levam a uma necessidade, cada vez maior, de se discutirem

as relações entre os organismos internacionais financiadores/credores e a OMC, e isto vem sendo amenizado pelo tratamento diferenciado aos países em desenvolvimento,<sup>44</sup> pela concessão de prazos mais alongados para o cumprimento dos acordos de liberalização formalizados no âmbito do comércio mundial.

### 3.1- A viabilização do comércio pelas finanças

A interdependência entre os países é algo necessário, tendo em vista que, para a sobrevivência, precisa-se de bens nem sempre produzidos internamente. No início dos tempos, tratava-se de bens naturais. Hodiernamente, *commodities*, tecnologia, *royalties* fazem parte do intercâmbio internacional, o que não descarta a relevância de moeda forte, como divisa, a garantir o pagamento relativo à aquisição de tais produtos e serviços.

Aqui, portanto, se encontra a importância dos organismos de financiamento internacional, uma vez que proporcionam os recursos para o equilíbrio, principalmente, da balança comercial dos estados, em especial, porque atrelados ao padrão dólar, suscetível de variações bruscas, pelas atividades dos agentes do mercado, que, na atualidade, pela lógica da liberalização, a partir da década de 1990, reforçada que foi com a criação da OMC, atuam sem conhecerem barreiras territoriais e, muito menos, jurídicas.

Assim, a estabilidade financeira de um país em muito contribui para a efetivação do comércio nos padrões requeridos pelo sistema mundial, que, institucionalmente, preza a livre concorrência, conceito jurídico-econômico já analisado.

<sup>43</sup> MOTA, Tânia. Compras governamentais. In: Welber Barral (coord.). *Op.cit.* pp. 387-388.

<sup>44</sup> Sobre a liberalização progressiva para os países em desenvolvimento, vide THORSTENSEN, Vera. *Op.cit.* pp. 203-204.

### 3.2- Achatamento financeiro das economias não desenvolvidas e inoperância das políticas de desenvolvimento

Necessitando de recursos para estabilizarem suas contas, os países em desenvolvimento fazem o constante uso dos direitos de saque junto ao Fundo, lembrando que este só atua como intermediador de países que participam do G8, bem como de instituições privadas:

*“A função do F.M.I. em matéria de assistência evolui em função inversa da participação do sistema euro-bancário privado no financiamento de políticas económicas dos Estados. A interdependência entre as instituições monetárias públicas e o mercado internacional de capitais privados conhece mesmo uma tentativa de organização, através do Instituto Financeiro Internacional estabelecido em 1983.”<sup>45</sup>*

Ainda:

*“O FMI perdeu, em 1973, sua jurisdição para administrar paridades cambiais, sem ter adquirido a responsabilidade sobre os movimentos de capitais, mas viu reforçada sua capacidade de realizar intervenções financeiras para corrigir desequilíbrios temporários de balança de pagamentos, mediante a criação de novos instrumentos de liquidez, dentre eles o DES – Direito Especial de Saque – uma moeda contábil que pode cumprir o papel temporário de linha de crédito monitorada. Sendo uma companhia por ações e não um organismo formalmente igualitário como a OMC, as políticas do Fundo*

*são de fato determinadas por seus acionistas principais, basicamente os países que compõem o G7, o foro de coordenação das economias mais avançadas do planeta.”<sup>46</sup>*

A preocupação conjuntural leva a programas que ajustam as economias temporariamente, num ciclo de difícil quebra, o que preocupa Furtado:

*“o tratamento do desequilíbrio externo resume-se, na grande maioria dos casos, ao uso de dois instrumentos de fácil manejo: a deflação e a desvalorização.”<sup>47</sup>*

Como os problemas estruturais não são atacados e as crises tornam-se a regra, as políticas dos organismos financeiros internacionais são postas em questão, uma vez que, se, num primeiro momento, trazem um crescimento eufórico, após, conduzem à queda deste crescimento, sem suporte social básico, pela distribuição de riqueza, inclusive, via trabalho, o que mostra a diferença entre crescimento e desenvolvimento:

*“Não é necessário contudo exagerar o lugar do F.M.I. na regularização das relações económicas internacionais: o mecanismo dos D. S. E.<sup>48</sup> foi decepcionante, os estados desenvolvidos conseguiram escapar à sua disciplina; além disso, os recursos do Fundo não representam senão a décima quinta parte da dívida dos Estados em vias de desenvolvimento em 1988 e, efeito mecânico transitório da política de ajuda dos anos 1970, o F.M.I. contribuiu para reduzir a liquidez monetária internacional dos anos oitenta.”<sup>49</sup>*

<sup>45</sup> DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Op.cit.* p. 927.

<sup>46</sup> ALMEIDA, Paulo Roberto de. *Op.cit.* p. 124.

<sup>47</sup> FURTADO, Celso. *Teoria e política do desenvolvimento econômico*, p. 318.

<sup>48</sup> D.S.E. refere-se aos direitos de saque especial.

<sup>49</sup> DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Op.cit.* p. 927.



*“Muitos mitos se criaram em torno das políticas de ajuste rigoroso do FMI – que impõe uma espécie de cura de emagrecimento forçado em caso de desequilíbrios externos e de graves desajustes fiscais – mas o fato é que esses programas de estabilização dependem em grande medida da adesão voluntária<sup>50</sup> dos países interessados nessas linhas de crédito temporárias, uma vez que as alternativas disponíveis – recessão ainda mais brutal, perda de credibilidade externa e descontrolo inflacionário – poderiam revelar-se ainda piores. Por outro lado, à medida que avançou a globalização financeira, a proporção dos recursos colocados a disposição do FMI pelos países membros revelou-se insuficiente para compensar movimentos por vezes desestabilizadores provocados por fluxos substanciais de capitais voláteis e pelo volume significativo alcançado pelas especulações cambiais.”<sup>51</sup>*

Estranhamente aos motivos justificadores de sua existência, dentre eles o desenvolvimento, FMI e BIRD são questionados no que respeita à não intervenção e à dignidade de vida, uma vez que os condicionamentos dos direitos de saque corroem, gradualmente, as populações

dos países não desenvolvidos:

*“Such required structural adjustment policies often have painful social consequences for the populations of developing countries. Whether they are effective is a matter of debate. Many countries in the South feel that they are being put under tutelage, and regard this as an infringement of their sovereignty.”<sup>52</sup>*

Fossem somente as ações dos organismos internacionais financeiros e comerciais integrados, a equação do problema seria mais confortável. O envolvimento, no entanto, de grandes corporações de caráter transnacional e de bancos privados, a financiarem organismos públicos e todo o capital circulante no globo, criam vínculos entre um sistema criado, inicial e publicamente, para evitar crises, velando pela economia mundial, e interesses de ordem eminentemente privada, que lida com o custo-benefício.

Não é à toa que autores julgam as ações das transnacionais extremamente danosas à economia dos países em desenvolvimento, embora, num primeiro olhar, possam parecer uma oportunidade de engate ao mundo desenvolvido, uma vez que, enquanto as exportações daqueles se dão em bens primários, de pouco valor agregado, as destes se fazem em bens imateriais, necessários àqueles e, portanto, agravantes de seu endividamento.<sup>53</sup>

<sup>50</sup> Neste ponto, entende-se que o voluntário é só formalmente, no sentido de que o Direito Internacional Público funda-se no consentimento soberano dos estados. De outro lado, como a soberania, há muito, vem se mostrando econômica, entende-se que os países não têm outra escolha, que não firmar os acordos de saque, no sentido de continuar a produzir no mundo globalizado.

<sup>51</sup> ALMEIDA, Paulo Roberto de. *Op.cit.* p. 124.

<sup>52</sup> MALANCZUK, Peter. *Akehurst's modern introduction to international law*. p. 227. Em tradução livre: “Tais políticas de ajuste estrutural requeridas geralmente têm conseqüências dolorosas sociais para as populações dos países em desenvolvimento. Se elas são eficientes é uma questão a ser debatida. Muitos países do Sul sentem que estão sendo colocados sob tutela e consideram isto um atentado à sua soberania.”

<sup>53</sup> Idem. pp. 233-234. Ainda, BEDJAOU, Mohammed. *Op.cit.* p. 37: “*Disposant du pouvoir effectif, les firmes multinationales manifestent une propension réelle à régenter la vie nationale des jeunes États qui doivent se contenter d'un pouvoir fictif à la mesure de la situation de dépendance financière dans laquelle ils se trouvent à l'égard de ces groupes privés.*” Em tradução livre: “Dispondo de poder efetivo, as empresas multinacionais manifestam uma propensão real para regular a vida nacional de jovens Estados” (Quando o autor menciona jovens, provavelmente se refere aos países que, à época da edição do livro – 1978, haviam há pouco obtido sua independência política.) “que devem se contentar com um pouco de poder fictício à medida que a situação de dependência financeira dos mesmos se encontra relacionada a estes grupos privados.”



Assim, embora os países não desenvolvidos procurem implantar políticas de desenvolvimento, são impedidos, pois programas de desenvolvimento (estrutural) dependem de variáveis econômicas que estão diretamente ligadas às oscilações do mercado, de forma a influenciar a livre e nacional elaboração dos orçamentos dos estados dependentes dos saques, já que aos mesmos é inerente a política de maior arrecadação, menores gastos e correção de desequilíbrios conjunturais.

### **3.3- Adequação do sistema à livre concorrência mundial e impraticabilidade concorrencial entre empreendimentos internos não desenvolvidos e transnacionais**

Iniciadas as atividades da OMC, em 1995, os países pertencentes ao GATT e os demais que à mesma aderiram, pela própria noção de multilateralidade via consenso, propuseram-se a modificar seus ordenamentos jurídicos internos, na medida em que conflitassem com as obrigações internacionais no âmbito deste organismo, sob pena de tornar os acordos firmados internacionalmente em meras formalidades literais e estarem sujeitos às sanções porventura proferidas pelo órgão de solução de controvérsias daquele organismo.

Como dito, o Brasil, a partir de Emendas Constitucionais, vem se adequando aos tratados de ordem econômico-comercial, na tentativa de enquadrar-se no mundo globalizado, o que ocorre com os demais membros da OMC.

Resta, no entanto, questionar acerca do pleno cumprimento dos acordos por todos os países ou, ao menos, pela disposição em discutir, em cada rodada, temas que vão de encontro aos interesses que, até o momento, vêm sendo favorecidos pela condução do comércio internacional.

Ainda, é de se ressaltar o vão econômico-financeiro existente nos países não desenvolvidos, pelos problemas históricos e pela ação dos organismos internacionais em ação integrada com a OMC.

Se, a cada crise, obrigatoriamente, um estado não desenvolvido, para manter o equilíbrio de sua balança comercial, vinculada que está ao contexto internacional dos mercados, necessita de formalizar um acordo pelos direitos especiais de saque, e estes são condicionados a uma série de exigências de cortes e arrecadação orçamentária, é certo que tais países ficarão privados de seu dever de investir em educação, ciência e tecnologia, levando a indústria interna a um paulatino fracasso, pelo aumento excessivo de tributos,<sup>54</sup> pelas dificuldades e custos na concessão do crédito. Estes fatores tornam aquelas economias infalivelmente anticompetitivas se comparadas ao empreendimento transnacional, já treinado, e, como vive da oportunidade oferecida por países em sistema de erosão econômica, fixa-se onde bem lhe convier, não lhe faltando propostas. Isto é realizado pela concessão de benefícios fiscais, renúncia pelo estado de participação nos lucros, via permissão de remessas de divisas para o país de origem ou mesmo para os chamados “paraísos fiscais” (o que já retira a máscara da nacionalidade da empresa “multinacional”).

Não bastasse esse lado imediato do problema, as grandes corporações, para sua própria instalação e permanência, não recrutam empregados mal qualificados como os dos países em que se hospedam (o que, pelas contenções orçamentárias, muitas vezes, devido aos acordos para a concessão do direito de saque, haja tornado impossível tal investimento para aquele estado), recrutando mão-de-obra especializada em suas próprias sedes.

Ainda, sobre o problema do emprego, devido à pobreza generalizada dos

<sup>54</sup> Acerca da eficiência da tributação, vide POSNER, Richard. *El análisis económico del derecho*. pp. 452-475.



países não desenvolvidos, quando podem exercer seu direito ao consumo, os indivíduos, por óbvio, têm de escolher produtos mais baratos, o que só lhes é fornecido pelas transnacionais em seu país instaladas (pela falta dos mesmos incentivos às empresas internas – vide artigo 170, IX, da Constituição, que, embora tenha conferido os mesmos incentivos às empresas nacional e estrangeira, sofre de problemas estruturais que impedem que aquela seja tão competitiva como esta). Isto acarreta a diminuição da produção e o conseqüente fechamento dos estabelecimentos internos, a causar desemprego, diminuindo o consumo, para não dizer do resultado final da quebra da concorrência: o vertiginoso e significativo aumento dos preços pela corporação dominante, conseqüência transparente da monopolização, oligopolização ou mesmo cartelização dos mercados.

Assim, a ingênua impressão de igualdade concorrencial no âmbito da OMC pela concessão de direitos, pelo inciso IX do artigo 170 da Carta de 1988, torna-se simples letra morta de lei, pois pequena empresa estrangeira não procura mercados externos. Isto só se faz possível diante de sua inclusão em grupos empresariais, de cooperação, inclusive, o que viabiliza sua colocação legal em seara de Direito Empresarial tradicional interno, que, infelizmente, já não atende à sofisticação das práticas mercadológicas para a destruição da concorrência, em especial, pela concessão de créditos para vender produtos e serviços mais baratos (caracterizando prática concorrencial abusiva) pelas facilidades conferidas aos participantes de *holdings* e *joint ventures*.<sup>55</sup>

Parece, neste ponto, ficar esclarecida a protelação para as discussões acerca das questões trabalhistas no âmbito da OMC (caracterizadas como *dumping*

social), tentando deixá-las à Organização Internacional do Trabalho – OIT, que, como os demais organismos especializados da Organização das Nações Unidas – ONU, atuam de forma isolada, razão maior da ineficiência de suas recomendações. Esquece-se, assim, de que direitos humanos, inclusive, analisados pelo Comitê específico da Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas - ONU, não se concretizam em situações de miserabilidade mundial pelo comércio e pelas finanças internacionais, cujos rumos são regidos além da própria ONU, em flagrante afronta aos motivos de sua criação, em 1945.

#### IV- POSSIBILIDADES DE REVISÃO DOS TRATADOS

Diante dos problemas analisados em virtude da obrigação internacional pelos tratados, torna-se pertinente um estudo sobre a possibilidade de sua revisão interna e denúncia no âmbito internacional.

O fato de um estado formalizar um tratado, mesmo que pela só assinatura, conduz à obrigação de reorganizar-se internamente, justificando-se, pela transparência, perante a sociedade internacional, sob pena da chamada responsabilidade internacional.<sup>56</sup>

Muitas das vezes, os estados, para não cumprirem compromissos firmados em seara internacional, alegam que o tratado fere sua constituição. É certo que o estado, principalmente, sob o paradigma democrático, não pode esquivar-se de sua função de garantidor do efetivo exercício e aperfeiçoamento dos direitos pelos cidadãos. Isto, entretanto, não vale como justificativa para a quebra de acordos no âmbito internacional (artigo 46 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados), até mesmo porque o Direito Internacional Público

<sup>55</sup> Acerca da cooperação empresarial, vide SANTOS, António Carlos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão. **Direito económico**. pp. 319-346.

<sup>56</sup> Inclusive, podendo haver a responsabilidade internacional de um estado por omissão, o que nos tratados de origem financeira representa o não alinhamento às condições ajustadas para os saques. SILVA, Roberto Luiz. **Direito internacional**. p. 288.



fundamenta suas normas na soberania de seus membros, expressa no que se conhece por consenso.

De outro lado, a realidade econômica vivida pelos países simplesmente não oferece qualquer escolha, senão a formal, que deveria estar suplantada na atualidade, devido aos fracassos sociais oriundos do liberalismo praticado, apoiado que era na autonomia da vontade e na igualdade entre as partes.

Diante, pois, de tamanho impasse, sendo que ambas as posições conduzem os estados economicamente debilitados a conseqüências desastrosas, cabe voltar ao controle dos atos internacionais no âmbito do direito interno, seja prévia ou posteriormente, analisando as formas menos gravosas e, ainda, fazendo um paralelo entre alguns estados desenvolvidos e os periféricos, focando a atenção para o controle de constitucionalidade dos tratados no direito brasileiro.

#### 4.1- Estados Unidos da América

Nesse País, há limitações constitucionais para a formalização de tratados, o que enseja a revisão dos mesmos pela Suprema Corte, em caso de conflito. Embora esse tribunal jamais tenha declarado a inconstitucionalidade de um tratado, até pela discussão do caráter jurídico ou político do ato de formalização de documentos internacionais,<sup>57</sup> a garantia da não adoção internacional de instrumento que coloque em risco a ordem interna é assegurada pelo artigo II, seção 2, cláusula 2 da Constituição, estabelecendo a competência do Senado para aprovar os tratados firmados pelo Presidente.<sup>58</sup>

Claro fica, pois, que a formalização dos tratados a vigorarem em território norte-

americano obedece expressamente as fases de assinatura e posterior ratificação, tradicionalmente aceitas pela Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, flexibilizada pelos imperativos econômicos de um mundo em constante mutação.

Nestes casos, os acordos do executivo são utilizados, quebrando a exigência interna de aprovação pelo legislativo, considerada morosa diante da urgência dos fatos da modernidade.<sup>59</sup> É de se ressaltar, no entanto, que no caso que consagrou os efeitos dos acordos do executivo como válidos em território norte-americano (lembrando-se de que é um estado que adota o sistema de *common law*), *United States v. Guy W. Capps. Inc.*, de 1953, determinou que estes não podem violar lei federal que lhes seja anterior.<sup>60</sup> Isto, certamente, leva ao entendimento de que, pela própria lógica do sistema de princípios basilares constitucionais daquele País, não pode ultrapassar o bem-estar financeiro do País e seus cidadãos.

#### 4.2- França

Cabe ao Conselho Constitucional Francês apreciar a constitucionalidade de um tratado caso seja acionado pelo Presidente da República, pelo Primeiro Ministro e pelo Presidente das Casas do Legislativo. A Constituição prevalece sob a garantia de que tratados somente serão ratificados após alteração constitucional,<sup>61</sup> uma vez que a violação daquele enseja responsabilidade internacional.

Evitando o problema de difícil solução, qual seja o cumprimento de tratado inconstitucional e o ônus da responsabilidade internacional, a França adotou da Bélgica alguns cuidados quando da formalização de tratado sem a apreciação

<sup>57</sup> MELLO, Celso D. Albuquerque. *Direito constitucional internacional*. p. 324.

<sup>58</sup> *Idem*. p. 285.

<sup>59</sup> *Idem*. p. 294.

<sup>60</sup> *Idem*. pp. 293-294.

<sup>61</sup> *Idem*. pp. 324-325.



do legislativo,<sup>62</sup> pela simples limitação dos que sob o crivo deste devem passar, o que, como visto, é um sistema por exclusão. Assim, os acordos do executivo estão previstos no artigo 52 da Constituição de 1958.<sup>63</sup>

Pelo artigo 53 da Constituição Francesa, a repetir o que já havia sido previsto nas de 1875 e de 1946, devem ser submetidos ao legislativo os tratados comerciais, de paz, relativos à organização internacional; os que afetam as finanças do Estado, modifiquem disposições de origem legislativa, relacionados ao estado das pessoas; e os que comportam permuta ou anexação do território.<sup>64</sup>

Assim, em que pese às finanças públicas, como necessárias à concretização dos fins a que o estado se obriga e justifica sua existência na atualidade, não pode o executivo, sob a alegação de urgência econômica, ultrapassar as demais instituições e, principalmente, os direitos dependentes da formalização ou não de determinados tratados.<sup>65</sup>

#### 4.3- Brasil

A constitucionalidade dos tratados no Brasil pode ser feita *a priori* ou *a posteriori*. Neste caso, também, pode-se incorrer no infortúnio da responsabilidade internacional.

Segundo o artigo 102, I, *a*) da Constituição vigente, cabe ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar, originariamente, a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual. Isto se dá porque, em caso de ratificação imperfeita, por constitucionalidade extrínseca, quando o executivo ratifica tratado sem a aprovação

do legislativo, a forma processual tenha sido desrespeitada,<sup>66</sup> tem o “guardião da Constituição” o dever de fazer respeitar, neste caso, formalmente, o documento máximo do estado democrático de direito.

Já intrinsecamente, ou seja, nos efeitos decorrentes da inobservância da Constituição, deve o mesmo tribunal pender para a não violação dos direitos fundamentais e da democracia, paradigma do Estado Brasileiro, pelo *caput* do artigo 1º da Carta de 1988.

No sentido de prevenir a indesejada reparação internacional ensejada pela responsabilidade nesta seara, melhor seria a atenção aos artigos 52, V e 49, I da Carta vigente. Ora, em caso de tratados financeiros, a autorização pelo Senado Federal, se não condizente com a substância dos direitos pelo mesmo tratado afetados, ao menos, respeitaria o processo democrático pela discussão do tema num nível mais amplo do que o fechado círculo do executivo.

Ainda, no que respeita à adoção de tratado que acarrete ônus ou compromissos gravosos para o patrimônio nacional, cabe a exclusiva competência do Congresso para sobre o tema decidir (artigo 49, I), obviamente, pela sua maior representatividade.

#### 4.4- Considerações gerais

Vê-se, pois, que as Constituições dos três estados estudados velam tanto pela revisão interna, antes da formalização oficial do tratado, como pela revisão em juízo, este, ainda acarretando divergências no âmbito do Direito Internacional, pela já existência de obrigação, soberanamente consentida, e conseqüente responsabilidade.

Ademais, põe-se em questão o instituto da soberania para fins de

<sup>62</sup> Idem. pp. 296-297.

<sup>63</sup> Idem. p. 300.

<sup>64</sup> Idem. pp. 297-298.

<sup>65</sup> É recomendável lembrar que a democracia ensina a garantia do devido processo legislativo, fazendo a ratificação dos tratados parte da democratização das decisões do estado, pelo contraditório e ampla defesa nesta seara, contrariamente ao ato unilateral e autoritário executivo, expresso, não raras vezes, por um ou dois indivíduos. Sobre o processo como instituto garantidor da democracia, vide LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos. pp. 63-64, 88-90.

<sup>66</sup> MELLO, Celso D. Albuquerque. *Op.cit.* p. 321.



formalização de acordos de ordem econômico-financeiro-comerciais, tendo em vista a vinculação do sistema mundial a uma estrutura criada e aperfeiçoada a partir de 1944, agravando a situação dos países até então à mesma alinhados, também, pela inserção do antigo mundo socialista ao mesmo sistema. Por tal razão, acredita-se que a resolução de problemas de descumprimento de tratados pelo método da imputação de responsabilidade a Estado inadimplente, por acordos da origem aqui tratados, deve considerar mais do que a simples letra do Direito Internacional clássico, instituído sob situação de guerra, num paradigma de Estados e comunidade internacional meio liberal meio social, o que já não atende às expectativas democráticas de universalização dos direitos.

A continuidade de políticas que denigrem a qualidade de vida da maior parte da população mundial não pode enquadrar-se dentre os objetivos da ONU, que, para dar seguimento às tarefas as quais veio, bem como debelar os desafios propostos pela atualidade em constante mutação, merece ter seu ordenamento e estrutura aperfeiçoados sob o paradigma democrático contemporâneo pela não exclusão de qualquer nação das decisões que lhes serão vinculantes.

### CONCLUSÃO

Ficam, a partir desta breve análise interdisciplinar, as perguntas:

1) a OMC está realmente cumprindo o papel para o qual foi instituída ou, somente, servindo de instrumento internacional legitimador e facilitador de políticas privadas e hegemônicas, a coroarem um sistema que vem sendo preparado antes de 1944 e aprimorado ao longo de cinquenta anos?

2) Em nome da livre concorrência, teria sido a OMC criada para assegurar o livre comércio ou vem ela sendo utilizada

justamente para dificultá-lo sob o véu de uma multilateralidade formal, dependente, para sua efetividade, de uma soberania econômica interna dos países não desenvolvidos, impedida pelos condicionamentos dos direitos de saque, vinculados que estão ao grande empreendimento privado sem pátria?

Acredita-se que a tentativa de liberalização comercial depende, inicialmente, de uma auditoria (o que difere bastante de não pagamento) nas dívidas dos estados em desenvolvimento e, após, de um redirecionamento das finanças internacionais pela democratização das decisões do FMI e do BIRD, já que a multilateralidade na OMC, como complemento do tripé de Bretton Woods, é mais retórica do que substancial. Isso porque a OMC só se concretizou ao final de um longo processo de endividamento dos países não desenvolvidos, que parece eterno. Por consequência lógica, os resultados de tal processo dificultam a concorrência praticável entre empresas e países, empresas estas que, há mais de meio século, despontam pela sua tecnologia e conhecimento, tendo, há muito na história, figurado como credores daqueles dos quais, hoje, exigem liberalização para comercializar. Ironicamente, tal liberalização parece não se enquadrar às exigências dos blocos regionais de que fazem parte (como a União Européia e o Nafta, que requer certificado de origem para os produtos dos países integrantes).

A discussão democrática da atual conjuntura financeira internacional constitui grande passo para a concretização dos objetivos de liberdade, civilidade e dignidade, que justificam os esforços da comunidade internacional organizada pela instituição e continuidade das Nações Unidas.



## BIBLIOGRAFIA

- ALMEIDA Paulo Roberto de. A economia internacional no século XX: um ensaio de síntese. In: **Revista Brasileira de Política Internacional**. Ano 44. n. 1. Brasília: Instituto Brasileiro de Relações Internacionais, 2001.
- BARBIERO, Alan; CHALOUT, Yves. O Mercosul e a nova ordem econômica internacional. In: **Revista Brasileira de Política Internacional**. Ano 44. n. 1. Brasília: Instituto Brasileiro de Relações Internacionais, 2001.
- BARBOSA, Denis Borges. **Direito de acesso do capital estrangeiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1996.
- BARRAL, Welber (org.). **O Brasil e a OMC: os interesses brasileiros e as futuras negociações multilaterais**. Florianópolis: Editora Diploma Legal, 2000.
- BEDJAOUI, Mohammed. **Pour un nouvel ordre économique international**. Paris: Unesco: 1978.
- BROWNLIE, Ian. **Principles of public international law**. Oxford: Clarendon Press, 1990.
- CAMPOS, Roberto. **A lanterna na popa: memórias**. Rio de Janeiro: Topbooks, 1994.
- CHOSSUDOVSKY, Michel. **A globalização da pobreza: impactos das reformas do FMI e do Banco Mundial**. Trad. Marylene Pinto Michael. São Paulo: moderna, 1999. Título original: The globalisation of poverty: impact of IMF and World Bank reforms.
- DINH, Nguyen Quoc; DAILLER, Patrick; PELLET, Alain. **Direito internacional público**. Trad. Vítor Marques Coelho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999. Título original: Droit international public.
- FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito econômico**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- FURTADO, Celso. **Teoria e política do desenvolvimento econômico**. 10.ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000.
- GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- HOBBSBAM, Eric. **Era dos extremos: o breve século XX 1914-1991**. Trad. Marcos Santarrita. 2.ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. Título original: Age of extremes: short twentieth century 1914-1991.
- IMF agrees on Brazil loan**. In: <http://www.cnnfn.com/hotstories/economy/9811/13/imf/index.htm>. nov, 13, 1998.
- LAFER, Celso. **A OMC e a regulamentação do comércio internacional: uma visão brasileira**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.
- LAFER, Celso. **Comércio, desarmamento, direitos humanos: reflexões sobre uma experiência diplomática**. São Paulo: Paz e Terra/FUNAG – Fundação Alexandre de Gusmão, 1999.
- LEAL, Rosemiro Pereira; OLIVEIRA, Allan Helber de; FRANÇA, Gustavo Gomes; MIRANDA FILHO, Juventino Gomes. **Curso de direito econômico-comunitário: teoria do direito e técnica processual nos blocos econômicos**. Porto Alegre: Síntese, 2001.
- LEAL, Rosemiro Pereira. **Soberania e mercado mundial: a crise jurídica das economias nacionais**. 2.ed. Leme: editora de Direito, 1999.
- LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**. 2.ed. Porto Alegre: Síntese, 1999.
- MALANCZUK, Peter. **Akehurst's modern introduction to international law**. 7.ed. London and New York: Routledge.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Direito constitucional internacional**: uma introdução. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.

OLIVEIRA, Márcio Luiz. **A União Européia como entidade política de natureza supra-estatal comunitária de direito internacional público em formação**. Dissertação de Mestrado. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 1999.

POSNER, Richard. **El análisis económico del derecho**. Trad. Eduardo L. Suárez. México: Fondo de Cultura económica, 1998. Título original: Economic analysis of law.

SALA, José Blanes. O conceito de soberania do estado ante o fenômeno de integração econômica e união política. In: CASELLA, Paulo Borba (coord.). **Contratos internacionais e direito econômico no Mercosul**. São Paulo: LTr, 1996.

SANTOS, Antônio Carlos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão. **Direito econômico**. 3.ed. Coimbra: Almedina, 1999.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Trad. Laura Teixeira motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SILVA Roberto Luiz. **Direito comunitário e da integração**. Porto Alegre: Síntese, 1999.

SILVA, Roberto Luiz. **Direito econômico internacional e direito comunitário**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

SILVA, Roberto Luiz. **Direito internacional público**. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras linhas de direito econômico**. 4.ed. São Paulo: LTr, 1999.

THORSTENSEN, Vera. **Organização mundial do comércio**: as regras do comércio internacional e a nova rodada de negociações multilaterais. 2.ed. São Paulo: Aduaneiras, 2001.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. 2 v. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

VAZ, Isabel. **Direito econômico da concorrência**. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

VAZ, Isabel. **Direito econômico das propriedades**. Rio de Janeiro: Forense, 1992.



# ADITAMENTO DA DENÚNCIA E DA QUEIXA NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Antonio Milton de Barros<sup>1</sup>

## RESUMO

Este artigo aborda os diversos momentos em que pode ocorrer o aditamento da denúncia ou da queixa; aponta o que pode o Ministério Público acrescentar em relação à queixa, nos crimes de ação exclusivamente privada, de modo especial se lhe cabe ou não incluir co-réu.

### 1. Introdução

Aditar significa adicionar, acrescentar<sup>2</sup> ou, ainda, aumentar, ampliar.<sup>3</sup>

O Código de Processo Penal prevê vários momentos em que se mostra possível fazer aditamento da inicial acusatória: artigo 29, referente à ação penal privada subsidiária; artigo 45, que se refere a todas as modalidades de ação privada, inclusive a subsidiária; artigo 384, § único, referente à ação penal pública (ainda quando iniciada por queixa subsidiária), e artigo 569, referente a ambas as formas de ação penal condenatória, pública ou privada, além do art. 408, § 5º, que se refere especificamente à inclusão de outros acusados, no rito do júri.

Justamente por corresponderem a momentos distintos, cada uma dessas hipóteses tem características e efeitos peculiares e, quase sempre, igualmente diversos, comportando também, por isso, comentários individualizados, separadamente.

Na verdade, o artigo 569 não trata, propriamente, do aditamento, havendo quem sustente que não seja possível dar-lhe tal extensão. Contudo, como é possível o aditamento da queixa, e não havendo outro momento explícito para o aditamento espontâneo da denúncia, creio que se possa invocar o dispositivo também para tal finalidade.

### 2. Aditamento da queixa subsidiária

O artigo 29, Código de Processo Penal, trata da chamada Ação Penal Privada Subsidiária da Pública, que conseguiu *status* constitucional, em 1988, conforme previsão no artigo 5º, LIX, sendo cabível quando o Ministério Público deixa de oferecer a denúncia no prazo legal.<sup>4</sup>

Nesse caso, não só o aditamento é possível, como a própria substituição da queixa pela denúncia, se aquela for repudiada tempestivamente.

De fato, no caso de ação penal privada subsidiária, as atribuições do Ministério Público são mais amplas e, como se trata de crime de ação penal pública, vige o princípio da obrigatoriedade, sendo cabível, por analogia, a aplicação do artigo 28, se o aditamento não for feito.<sup>5</sup>

Mas “poderá, invés (de repudiar) aceitar a promotoria a situação criada pela instauração da ação penal mediante queixa, mas, então, aditará essa queixa....”<sup>6</sup>

### 3. Aditamento previsto no artigo 45<sup>7</sup>

Antes de comentar especificamente o dispositivo, convém seja lembrado que a ação penal é informada pelo princípio da indivisibilidade<sup>8</sup>, que deve ser fiscalizado pelo Ministério Público<sup>9</sup>, e a renúncia em relação a um dos autores do crime a todos se

<sup>1</sup> Promotor de Justiça aposentado, professor de Processo Penal da Faculdade de Direito de Franca, e doutorando em Processo Penal pela PUC-São Paulo.



estenderá, dispõe o artigo 49, do Código de Processo Penal.

Está claro que o dispositivo não cuida da hipótese de conexão entre crime de iniciativa privada e crime de ação pública, pois, nesse caso, o Ministério Público oferecerá a denúncia, formando um litisconsórcio ativo<sup>10</sup>. Vejamos os demais pontos.

Greco adota o posicionamento restritivo, segundo o qual o Ministério Público não pode aditar a queixa para incluir fato que demande a iniciativa do ofendido, por violar a regra da legitimação, e também para incluir co-réu; a omissão do ofendido configura renúncia, que, no segundo caso, se estende aos demais réus. Justifica seu ponto de vista com o argumento de que, se o legislador quisesse permitir ao Ministério Público conduzir a ação penal pelo simples impulso oficial do ofendido, teria optado pela ação penal pública condicionada à representação. Sugere que o Ministério Público, velando pelo princípio da indivisibilidade, proponha que o querelante adite a queixa para a inclusão de co-réu, sob pena de se considerar renúncia tácita, extensível a todos.<sup>11</sup>

Esse sempre foi nosso entendimento, tendo por ele nos pautado na prática, embora a situação seja de ocorrência pouco comum, como se sabe.

No entanto, a questão está longe de ser pacífica, como se procurará demonstrar. O dissenso se dá não apenas quanto à forma, mas sobretudo quanto ao conteúdo do aditamento, nessa hipótese.

Segundo Mirabete, em face do que consta dos artigos 41 e 43, poderá o Ministério Público aditar a queixa para acrescentar circunstâncias que influam na caracterização do crime e sua classificação ou na fixação da pena. Com relação a co-réu, admite quando a inclusão, na inicial, não tiver sido possível em virtude de desconhecimento da identidade ou falta de provas da participação, pois, nesse caso, não teria sido voluntária a omissão.<sup>12</sup>

Cahez não admite o aditamento, pelo Ministério Público, para a inclusão de outros crimes e querelados, pois que estaria invadindo a esfera de legitimidade do ofendido, sendo que a omissão de algum dos ofensores, pelo querelante, configura renúncia tácita, e conseqüente extinção da punibilidade em relação a todos (CPP, art. 49).<sup>13</sup>

O clássico Espínola não mencionou o que poderia conter o aditamento.<sup>14</sup>

Câmara Leal, comentando o artigo 45, pondera: “cumpre, contudo, notar que a intervenção do Ministério Público não deverá ser tal, a ponto de assumir a direção principal do processo, pois isso seria uma inversão da

<sup>2</sup> HOLANDA FERREIRA, Aurélio Buarque de, *Pequeno Dicionário da Língua Portuguesa*, p. 28.

<sup>3</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, *Processo Penal*, 25. ed., 1º vol., p. 633.

<sup>4</sup> CPP, art. 29: “Será admitida a ação privada subsidiária, cabe ao Ministério Público aditar a queixa, repudiá-la e oferecer denúncia substitutiva, intervir em todos os termos do processo, fornecer elementos de prova, interpor recurso e, a todo tempo, no caso de negligência do querelante, retomar a ação como parte principal”.

<sup>5</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini, *Processo Penal*, p. 137.

<sup>6</sup> ESPÍNOLA FILHO, Eduardo, *Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*, vol. 1, p. 378

<sup>7</sup> Dispõe o artigo 45 que “a queixa, ainda quando a ação penal for privativa do ofendido, poderá ser aditada pelo Ministério Público, a quem caberá intervir em todos os termos subseqüentes do processo”.

<sup>8</sup> Nesse ponto seria possível abrir-se nova frente de discussão sobre se o princípio aplica-se também à ação penal pública, tendo em vista que somente há dispositivo expresso relativamente à ação pena privada. Sobre esse tema remete-se ao artigo “Ação penal pública e o princípio da indivisibilidade”, de autoria de Afranio Jardim, in *Direito Processual Penal*, Rio de Janeiro, Forense, 1997, p. 293 e ss.

<sup>9</sup> CPP, art. 48 “A queixa contra qualquer dos autores do crime obrigará o processo de todos e o Ministério Público velará por sua indivisibilidade”.

<sup>10</sup> Nesse sentido, MIRABETE, op. cit. p. 136 e TOURINHO FILHO, op. cit. p. 633.

<sup>11</sup> GRECO FILHO, Vicente, *Manual de Processo Penal*, p. 112.

<sup>12</sup> MIRABETE, op. cit., p. 136.

<sup>13</sup> CAPEZ, Fernando, *Curso de Processo Penal*, pp. 120-121

<sup>14</sup> ESPINOLA FILHO, op. cit., p. 113.

ordem processual, dado o caráter privado da ação e a função principal que incumbe à parte queixosa”. Contudo, essa posição aparentemente restritiva não é mantida quando se refere especificamente à atividade fiscalizadora do princípio da indivisibilidade (art. 48), em relação ao que afirma: “No caso de exclusão de infratores pela queixa, ao Ministério Público incumbe velar pela indivisibilidade da ação, incluindo em aditamento à queixa todos quantos tenham sido indevidamente excluídos pelo queixoso”.

<sup>15</sup>

Tourinho é defensor intransigente da corrente que admite ser possível ao Ministério Público aditar a queixa para inclusão de co-réu. Aliás, não apenas o admite como recomenda, asseverando tratar-se de dever institucional.<sup>16</sup>

Em primeiro lugar, há que se concordar com esse último quando sustenta ser açado o procedimento do órgão do Ministério Público que, no caso de não inclusão de algum co-réu, requer ao juiz a extinção da punibilidade, com fulcro no art. 107, V, 1ª figura, sob o argumento de que tal conduta implica renúncia tácita.

Convenhamos que, em tal caso, é demais supor, *prima facie*, que o querelante quisesse renunciar, quando, em verdade, agiu demonstrando exatamente o contrário: apresentou a queixa.

Por outro lado, realmente, se a omissão de um dos querelados na queixa implicasse renúncia tácita, não teria qualquer sentido o disposto no artigo 48 do Código de Processo Penal, ao proclamar: “a queixa contra qualquer dos autores do crime obrigará o processo de todos e o Ministério Público velará por sua indivisibilidade”.

Nesse passo, Tourinho preleciona que, uma vez ofertada a queixa, os outros

querelados devem ser incluídos, “por aquele a quem competir velar pela indivisibilidade da ação penal privada”, mas, ao mesmo tempo, alerta que, “se, após o aditamento, o querelante, expressamente, manifestar seu desagrado e sua repulsa àquele ato, por ter sido seu propósito inicial a efetiva exclusão por esta ou aquela circunstância, aí, então, inteira aplicação terá a regra do artigo 49 do Código de Processo Penal, que proclama a comunicabilidade da renúncia, alcançando a todos”<sup>17</sup>.

Nesse ponto é que não concordamos com o ilustre mestre, afigurando-se-nos mais adequado que o Ministério Público propugne pela intimação do querelante, para manifestar-se quanto à inclusão, caso que haverá oportunidade, inclusive, de se reconhecer a renúncia tácita, forma admitida pela lei (CPP, art. 57 e CP, art. 104), não sendo necessário fazê-lo expressamente, como sugerido por aquele autor.

Nas mesas de Processo Penal da USP<sup>18</sup>, concluiu-se, através da Súmula n. 16: “Em face dos princípios que regem a ação penal privada, não é possível aditamento à queixa, pelo Ministério Público, para inclusão de co-réu”.

Em decisão que declarou impertinente a atuação do Ministério Público para incluir co-réu, o TACRIM-SP<sup>19</sup> considerou que o Ministério Público, no caso, figura como assistente do querelante. No entanto, ao que nos parece, a atuação Ministerial não é a de mero assistente da parte, o que pressuporia faculdade de oficiar, mas decorre de sua função de *custos-legis*, devendo ser sempre intimado, pois deve oficiar quer tenha aditado, ou não, a inicial.

Essas questões todas estariam obviadas se o legislador tivesse optado

<sup>15</sup> CÂMARA LEAL, Antonio Luiz da. *Comentários ao Código de Processo Penal Brasileiro*, p. 203

<sup>16</sup> TOURINHO FILHO, op. cit. pp. 633 e ss.

<sup>17</sup> *Ibid.*, p. 635

<sup>18</sup> *Apud* TOURINHO FILHO, op. cit. p.648.

<sup>19</sup> RT 533/354

somente pelo instituto da representação, que já atenderia aos ponderáveis interesses que se procura tutelar através da ação penal privada.<sup>20</sup>

De outro lado, “razões de conveniência a até de moralidade, como o parentesco e a gratidão, justificariam a renúncia ao exercício da queixa em relação apenas a algum ou alguns dos ofensores”.<sup>21</sup>

#### 4. Aditamento previsto no art. 384 § único do Código de Processo Penal

O dispositivo regula o procedimento em caso de *mutatio libelli*, com exasperação da pena pelo novo fato.<sup>22</sup> Na verdade, o correto seria que o aditamento fosse feito, também, nas hipóteses do *caput*, ou seja, o aditamento deveria ser obrigatório sempre que a “circunstância elementar” não estivesse expressa na inicial, independentemente da pena.<sup>23</sup> Se assim fosse feito, haveria maiores e melhores condições para se efetivar os princípios do contraditório e da ampla defesa, preservando-se, de outro lado, a inércia judicial, em obediência ao sistema acusatório adotado pela Constituição Federal.<sup>24</sup>

Logo se vê que essa hipótese de aditamento é bem diferente das demais, pois decorre de iniciativa do juiz, dando ensejo a outros questionamentos, que fogem dos comentários ora feitos.<sup>25</sup>

Outro aspecto a considerar-se,

nesse ponto, é a aplicação desse aditamento apenas aos crimes de ação penal pública, pois o dispositivo, quando se refere à queixa, deixa claro que se trata de ação penal privada subsidiária.<sup>26</sup>

Shimura sustenta que seja possível também ao querelante formular o aditamento, nessa fase, invocando-se o artigo 3º, do Código de Processo Penal, que alude à aplicação analógica.<sup>27</sup>

Embora possa parecer, as duas posições acima não se contradizem e podem coexistir, pois, para nós, o que não se deve admitir é que o juiz formule a proposta de aditamento, o que não impede que o querelante o faça, a qualquer tempo, nos termos do artigo 569, do Código de Processo Penal.

#### 5. O artigo 569 do Código de Processo Penal

Como mencionado na introdução, para alguns, este dispositivo não se refere a aditamento, mas à correção de falhas e omissões da denúncia, ou seja, apenas à correção de erros puramente formais ou materiais.<sup>28</sup>

Contudo, além dessas correções, reconhece-se ao Ministério Público o direito de promover o aditamento da denúncia, a qualquer tempo, durante a instrução, seja para incluir novos ilícitos, ampliar a imputação a novos acusados.<sup>29</sup>

<sup>20</sup> Nesse sentido JARIM, Afrânio Silva. *Ação Penal Pública – Princípio da Obrigatoriedade*, p. 27

<sup>21</sup> Hélio Tornaghi. *Curso de Processo Penal*, 7. ed., p. 63.

<sup>22</sup> CCP, art. 384 § único: “*Se houver possibilidade de nova definição jurídica que importe aplicação de pena mais grave, o juiz baixará o processo, afim de que o Ministério Público possa aditar a denúncia ou a queixa, se em virtude desta houver sido instaurado o processo em crime de ação pública*”.

<sup>23</sup> Sobre o sistema acusatório, v. de nossa autoria: *Processo Penal segundo o sistema acusatório*, LED-Leme, 2002, passim.

<sup>24</sup> Aditar, nesse caso, “*significa formular a imputação em novos termos, acrescentando as circunstâncias que agravam a acusação*”, não sendo admitida a ampliação de novos fatos, pois se refere à nova definição jurídica do fato constante da inicial; Cf. MIRABETE, op.cit., p. 448.

<sup>25</sup> GRECO (op. cit. p. 290) preleciona que o procedimento, que configura caso de inquisitivismos judicial, só é compreensível e justificável para os crimes de ação penal pública, em virtude da indisponibilidade que a informa, enquanto que na ação penal privada prevalecem a oportunidade e a disponibilidade, de modo que, se o ofendido não toma a iniciativa de trazer todo o fato ao exame do judiciário, não será o juiz que irá provocá-lo, devendo fazer o aditamento também por sua iniciativa.

<sup>26</sup> SHIMURA, Sérgio Seiji; “Breves considerações sobre a *emendatio libelli* e a *mutatio libelli*”, In: Revista *Justitia*, 153/34.

<sup>27</sup> GRECO FILHO, op. cit., p. 271.

<sup>28</sup> MIRABETE, op. cit. p. 133, com apoio de farta jurisprudência

<sup>29</sup> CÂMARA LEAL, op. cit. vol. IV, p. 21.



Câmara Leal sustentou que o dispositivo permitiria, inclusive, suprir a inexistência de denúncia ou queixa<sup>30</sup>, mas o exagero ficou bem demonstrado na autorizada crítica de Espínola, que não parece adotar a posição que admite tão-somente as correções materiais, pois, com exceção à possibilidade de suprir-se a inexistência das iniciais acusatórias, no mais concorda com Câmara Leal, inclusive quanto ao significado do verbo *suprir*, como empregado pelo legislador: “preencher a falta”.<sup>31</sup> Borges da Rosa, da mesma forma, só exclui a possibilidade de suprimento da falta da denúncia ou da queixa.<sup>32</sup>

Nesse sentido já se posicionou a egrégia Procuradoria Geral de Justiça do Estado de São Paulo, ao definir: “Qualquer outro aditamento insere-se na órbita de exclusividade do Ministério Público, e sua previsão legal é a do artigo, 569 do Código de Processo Penal. Haja inércia ministerial, poder-se-á intentar ação penal subsidiária”.<sup>33</sup>

Assim, a invocação do dispositivo para o aditamento nos parece indicada, quando se tratar de iniciativa do Ministério Público ou do ofendido, antecipando a possível provocação do juiz, de conformidade com o art. 384, § único, também porque não se aplicaria nesse último caso à ação penal privada principal.

Em outras palavras: “a qualquer tempo, antes da sentença, pode o Ministério Público (ou o ofendido) aditar a inicial,

independentemente de qualquer providência do juízo, à luz do artigo 569, do Código de Processo Penal”, conforme já sustentou Shimura, com apoio em aresto do TACRIM-SP (RT 337/249).<sup>34</sup>

## 6. CONCLUSÕES:

1. O Ministério Público deve sempre officiar nas ações penais privadas, independentemente de haver, ou não, aditado a queixa.

2. O Ministério Público não pode aditar a queixa, nas ações privadas, para a inclusão de co-réu. Deve, contudo, velando pelo princípio da indivisibilidade, propor que o querelante adite a queixa para a inclusão de co-réu, sob pena de se considerar renúncia tácita, extensível a todos os demais.

3. O instituto da representação já atenderia aos interesses que se procura tutelar através da ação penal privada.

4. Em obediência ao sistema acusatório, a denúncia ou a queixa deve ser, obrigatoriamente, aditada, sempre que a “circunstância elementar” não esteja expressa na inicial, pouco importando se a pena permaneça inalterada ou até seja mais branda.

5. Não se aplica o artigo 384, § único, aos crimes de ação penal privada, mas é possível o aditamento da queixa, por iniciativa do querelante, nos termos do artigo 569, do Código de Processo Penal.

<sup>30</sup> ESPÍNOLA FILHO, op. cit. v. 5, p. 404

<sup>31</sup> BORGES DA ROSA, Inocêncio. *Processo Penal Brasileiro*, vol. 3, p. 393.

<sup>32</sup> BURLE FILHO, José Emanuel e RODRIGUES, Eduardo Silveira Melo. *O artigo 28 do Código de Processo Penal*, 1995.

<sup>33</sup> SHIMURA, op. cit. p. 39



## 7. Bibliografia

- BORGES DA ROSA, Inocêncio. *Processo Penal Brasileiro*, vol. 3, Porto Alegre, Livraria do Globo, 1942.
- BURLE FILHO, José Emanuel e RODRIGUES, Eduardo Silveira Melo. *O artigo 28 do Código de Processo Penal*, APMP; São Paulo, 1995.
- CÂMARALEAL, Antonio Luiz da. *Comentários ao Código de Processo Penal Brasileiro*. Freitas Bastos: Rio de Janeiro 1943, vol. I, p. 203
- CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. Saraiva: São Paulo, 1997
- ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*. Borsoi: Rio de Janeiro, 1954
- GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. Saraiva: São Paulo, 1991.
- HOLANDA FERREIRA, Aurélio Buarque de, *Pequeno Dicionário da Língua Portuguesa*, 11. ed. Civilização Brasileira: Rio de Janeiro, 1983.
- JARDIM, Afrânio Silva. Da Imputação alternativa no Processo Penal. In: *Direito Processual Penal*, Forense: Rio de Janeiro, 6. ed. Forense, 1997.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. Atlas: São Paulo, 1996.
- SHIMURA, Sérgio Seiji; “Breves considerações sobre a “*emendatio libelli*” e a “*mutatio libelli*””. In: *Revista Justitia*, APMP: São Paulo, ano 53, vol. 153, jan./mar. 1991.
- TORNAGHI, Hélio. *Curso de Processo Penal*, 7. ed., Saraiva: São Paulo, 1990.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, *Processo Penal*, 25. ed., Saraiva: São Paulo, 2003.





# A INCONSTITUCIONALIDADE DE VEDAÇÃO DE FISCALIDADE JURISDICCIONAL NO PROCESSO LEGISLATIVO BRASILEIRO

André Del Negri<sup>1</sup>

## Sumário

1- A legitimação irrestrita na elaboração e correição popular no direito democrático;  
2- Controle abstrato e difuso amplos e irrestritos de constitucionalidade: razões de estudo;

3- Controle de Constitucionalidade na instância *interna corporis*: legitimação irrestrita e não corporativa;  
4- Conclusões;  
5- Bibliografia.

## RESUMO

Neste trabalho, pretende-se explicitar a fundamentação da legitimidade da lei no seu âmbito de produção. Para tanto, o objetivo é fazer uma reconstrução crítica do atual Processo Legislativo brasileiro à luz do Devido Processo Constitucional.

**Palavras-Chave:** Devido Processo Constitucional.

## ABSTRACT:

In this work, it intends to explain the foundation of the legitimacy of the law in his production extent. For so much, the objective is to do a critical reconstruction of the current Brazilian legislative process to the light of the Due Constitutional Process.

**Key Word:** Due Constitutional Process.

## 1-ALEGITIMAÇÃO IRRESTRITA NA ELABORAÇÃO E CORREIÇÃO POPULAR NO DIREITO DEMOCRÁTICO

A importante distinção, talvez a primeira que se deva fazer no estudo do processo legislativo, é a que se estabelece entre validade, eficácia e legitimidade, pois, no Direito democrático, a legitimação do ordenamento jurídico não se faz mais em juízos de validade ou eficácia, perfis banalizadores de legitimidade tão próprios ao Estado Burguês (Liberal), o qual, por meio da racionalidade estratégica de Weber<sup>2</sup>, achava que era possível garantir a legitimidade do Direito pelo simples cumprimento do procedimento formal de elaboração da lei, ou

do também já ultrapassado Estado Social (Welfare State), onde o sentido da lei era dado pelas normas constitucionais programáticas, normas que estabeleciam programas a serem cumpridos, o que fazia avultar o papel da jurisdição como *medium* para cumprir com o programa contido na lei<sup>3</sup>. Percebe-se, neste paradigma, que era por meio da onipotência da clarividência do juiz que se chegava à norma, vez que ela deixava de ser um dado prévio posto pelo legislador, para ser um dado a ser descoberto pelo portentoso juiz. Mais uma vez o Povo deixa de ser autor e é visto como mero coadjuvante. Por isso, o cuidado que se impõe, hoje, em uma comunidade jurídica brasileira de direito democrático, é a necessidade de conhecer se a lei apresenta **legitimidade** e não apenas

<sup>1</sup> Mestre em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da UFMG; Professor Universitário de Teoria da Constituição e Direito Constitucional na Universidade de Uberaba; Advogado em Minas Gerais.



**validade** (norma produzida pelo órgão competente) e **eficácia** (efetivo comportamento dos destinatários em relação à norma posta).

Portanto, percebe-se que a maioria dos juristas, lamentavelmente, ainda promove estudos engenhosos ora em consonância com fundamentos estratégicos e nocivos de estatização *weberiana*, ora por intermédio de um resgate *carneletutiano* arduo e excessivamente carregado de sacralidade, por trabalhar com fetiches de uma figura mítica de um descobridor-decisor (juiz), cujo cérebro sensitivo e talentoso fosse capaz de reduzir as partes do processo a um *status* (espaço) não democrático e processualmente constitucionalizado.

Esta maneira de problematização revela que, ao postular a existência de um novo âmbito de apreciação normativa (legitimidade), defende-se que a apuração da legitimação deva ocorrer, na pós-modernidade, por meio do **processo legislativo** com fundamento na **Teoria do Processo**, e somente por meio desta é possível constatar se a produção das leis e sua aplicação ocorreu de forma jurídico-democrática ou não.

No Estado Democrático de rompimento com velhas posturas de produção do Direito, faz-se necessário compreender o significado da expressão “pluralismo,” terminologia facilmente reconhecida nas sociedades contemporâneas, compreendida por Gisele Cittadino “como a multiplicidade de valores culturais, visões religiosas de mundo, compromissos morais, concepções sobre a

vida digna [...]”<sup>4</sup> É exatamente essa heterogeneidade que leva Habermas<sup>5</sup> a indagar se há possibilidade de legitimação do Direito moderno.

A produção da lei, nessas intrincadas cogitações, deveria reconhecer essas diferenças multiculturais como fundamento da democracia para possibilitar uma maior participação popular tanto na apresentação de projetos de lei (o que ocorre timidamente), como uma inclusão de um número maior de legitimados a fim de propor uma melhor correção do devido processo legislativo pelo democrático e condicionado direito-de-ação coextenso a um procedimento de fiscalidade, amplo e irrestrito, no âmbito de produção da lei para instalar a legitimidade participativa pelo eixo discursivo da Teoria do Processo.<sup>6</sup>

Na tentativa de solucionar essas questões e a tensão entre validade legal e facticidade é que Habermas<sup>7</sup> defende que o acordo normativo (lei) seja firmado com base na **procedimentalidade jurídica** (razão discursivo-jurídica), a qual é de fato extremamente interessante, mas que não distingue, por intermédio de uma teoria processual do direito democrático, processo, procedimento (ação), direito-de-ação e jurisdição, dificultando a delimitação conceitual do que seja essa tão pronunciada procedimentalidade jurídica.<sup>8</sup>

É sob essa perspectiva que se apresenta a questão sobre o controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo tendo em vista a crise de legitimidade das leis. Nesse sentido é que Marcelo Cattoni,<sup>9</sup> em pesquisa

<sup>2</sup> FREUND, Julien. *Sociologia de Max Weber*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987, p. 167.

<sup>3</sup> FRANÇA, Fernando Luís. A integração social democrática pelo controle processual difuso de constitucionalidade. In: LEAL, Rosemiro Pereira. et al. (Coord.). *Estudos Continuados de Teoria do Processo*. Porto Alegre: Síntese, v. III, 2003, p. 17.

<sup>4</sup> CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva*: elementos da filosofia constitucional contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 78.

<sup>5</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Editora Tempo Brasileiro, v. II, 1997.

<sup>6</sup> DEL NEGRI, André. *Controle de constitucionalidade no processo legislativo*: teoria da legitimidade democrática. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2003.

<sup>7</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade, 1997, v.2.

<sup>8</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*. São Paulo: Landy, 2002, p. 177

<sup>9</sup> OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Devido processo legislativo*, 2000, p. 16.



especializada, chama a atenção sobre a polissemia da expressão controle judicial de constitucionalidade das leis, que está a requerer um tratamento adequado sob um enfoque reconstrutivista, tendente a não limitar o controle de constitucionalidade a um único ponto de vista disciplinar de um controle judicial de constitucionalidade da lei, de emenda ou revisão constitucionais, posto que o controle judicial de constitucionalidade deve ser fundamentalmente considerado como controle jurisdicional de constitucionalidade e de regularidade do **processo de produção da lei**.

## 2- CONTROLE ABSTRATO E DIFUSO AMPLOS E IRRESTRITOS DE CONSTITUCIONALIDADE: RAZÕES DE ESTUDO.

No estudo desse interessante tema, podem-se retomar, no que se refere ao controle judicial de constitucionalidade das leis, duas modalidades básicas de controle: o controle concentrado, de herança européia, representado por um órgão centralizador competente para decidir questões de constitucionalidade de lei; por outro lado, o controle difuso, de origem norte-americana, o qual possibilita a todos, em qualquer procedimento, discutir a constitucionalidade das leis. De conseguinte, são diversas as legislações que receberam tais teorias.

O que se propõe é que a questão do controle jurisdicional de constitucionalidade e de regularidade do processo de produção da lei passe por um redimensionamento no sentido de ser praticado, à efetividade democrática, a partir do devido processo legal no espaço de produção das leis.

Outro embaraço à compreensão da fiscalidade democrática do Direito, é a questão levantada por Fernando Luís França,<sup>10</sup> de que no Brasil, apesar de ser uma sociedade multicultural, participativa, pluralista e aberta, o controle de constitucionalidade concentrado, pela via de ação, somente é exercitável por um número reduzido de pessoas (art. 103, CR/88), acarretando, dessa forma, um modelo exclusivo (exclusão popular) e não inclusivo dos cidadãos.

Também, à compreensão da teoria democrática do controle de constitucionalidade, afigura-se de importância significativa a reflexão de proteção constitucional contra lesão e ameaça de lesão a direito (art. 5º, XXXV, da CR/88),<sup>11</sup> como garantidores de uma mais completa aferição sobre a verificação de constitucionalidade de leis e atos normativos, vez que, no Brasil, há um raciocínio distorcido de fiscalizar e corrigir as leis somente quando já aprovadas e publicadas (lesão a direito). A correição de constitucionalidade, para ser legítima, tem de se voltar, também, para a **ameaça de lesão** a direitos fundamentais líquidos e certos (autoexecutáveis e infungíveis)<sup>12</sup> a qual, no nosso entender, se dará ainda no âmbito de produção da lei.

É óbvio que caberá aos estudiosos da pós-modernidade buscar uma efetivação do controle de constitucionalidade sem passar pelo crivo de Tribunais Constitucionais, autoritários, ordálicos e verticalistas, e de um controle de constitucionalidade de visão saturniana e exordiacal (concentrado-CR/88), desinteligente por excluir um número maior de órgãos, entidades, cidadãos, organizações não governamentais de fiscalizar pela plebiscitarização (direito-de-ação co-extenso

<sup>10</sup> FRANÇA, Fernando Luís. *A integração social democrática pelo controle processual difuso de constitucionalidade*, Estudos continuados de Teoria do Processo, v. III, 2003, p. 26.

<sup>11</sup> FRANÇA, Fernando Luís. *A integração social democrática pelo controle processual difuso de constitucionalidade*, v. III, 2003, p. 32-33.

<sup>12</sup> LEAL, Rosemíro Pereira. In: *Direito e Legitimidade*. MERLE, Jean-Christophe; Moreira Luiz. (Coord.) São Paulo: Landy, 2003, p.338.



ao procedimento) o Devido Processo Legislativo no espaço procedimental demarcado pelo inescapável tempo do contradizer, refazer e discutir o discurso normativo.

No que se refere, especificamente, a essa problemática acerca da **análise preventiva** de legitimidade da lei, proposta somente por parlamentares, e, apreciada *a posteriori*, pelas Comissões, não levando, portanto, a propositura a um número maior de participantes, não mais comporta aceitação frente à Constituição brasileira vigente. Nesse quadro de compreensão da questão, entende-se necessária uma melhor densidade democrática, e não somente entre especialistas do art. 103 CR/88 e parlamentares. Tais discussões devem ser propostas por um número maior de participantes, e, ainda, ser levadas para um espaço mais imparcial possível, onde haja uma análise técnica (Supremo Tribunal Federal), e não política (Casas Parlamentares) dos projetos apreciados em controle de constitucionalidade.

### 3- CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NA INSTÂNCIA INTERNA CORPORIS: LEGITIMAÇÃO IRRESTRITA E NÃO CORPORATIVA

Neste tópico, cuida-se acentuar o controle de constitucionalidade preventivo, o qual recebe, no paradigma do Estado de Direito Democrático, significância diferenciada da conceituação teórica encontrada nos padrões da dogmática brasileira. Nessa conjectura, necessário comentar, rapidamente, que, no Brasil, no que se refere ao controle prévio de constitucionalidade das leis, há órgãos políticos das Casas do Congresso Nacional (Comissão de Constituição e Justiça), cuja atribuição é verificar a adequação de projetos

em tramitação com a Constituição e, dependendo da espécie normativa, há o controle político feito pelo Presidente da República através do veto (art. 66 § 1º).

Mas o que se quer registrar é que a posição majoritária do Supremo Tribunal Federal brasileiro, quanto ao controle jurisdicional das normas constitucionais de procedimento legislativo e normas regimentais das Casas parlamentares, é no sentido de admitir um controle preventivo de constitucionalidade jurisdicional somente no caso de se tratar de Emenda à Constituição que afronte o § 4º do art. 60 da Constituição Republicana, e se houver violação das normas constitucionais de procedimento legislativo (arts. 59 a 69).

Caso haja desobediência, tão-somente, às normas regimentais, não é, segundo o Supremo Tribunal, cabível o controle jurisdicional, haja vista tratar-se de assunto *interna corporis*, insuscetível, portanto, de análise judiciária. Assim, a interpretação e a aplicação do Regimento Interno far-se-iam, privativamente, nas próprias Casas Parlamentares.

Evidente que essa estranha forma de decidir **intramuros** não serve a uma democracia que contempla constitucionalmente o **contraditório**, que só pode ser feito e desenvolvido pelo **princípio da transparência**, pois nada pode ser feito no desacertado espaço *interna corporis*.

Na temática da democracia desenvolve-se a possibilidade de fiscalização continuada pelo povo, desde a produção da lei (controle preventivo), até sua aplicação (controle repressivo). Posto isso, releva pronunciar sobre a posição do Supremo Tribunal Federal, o qual indeferiu, em decisão unânime, o Mandado de Segurança nº 24.138-1/DF de 14/03/2003, confirmando posicionamento antigo desse tribunal<sup>13</sup> de que não se adotou, no Brasil, o controle judicial preventivo de constitucionalidade da

<sup>13</sup> Mandados de Segurança nº 20.257-DF; nº 21.642-5-DF de 19/9/1997; nº 22.503-DF de 6/6/1997 e nº 21.648-4-DF.



lei, não sendo, assim, possível a análise pelo Supremo Tribunal de projeto de lei ao fundamento de contrariar princípio da escritura constitucional em vigor, sendo que, somente, pode-se falar em controle de constitucionalidade jurisdicional depois da lei ou emenda já editada e em vigor (controle repressivo de constitucionalidade) na modalidade concentrada ou difusa. Dessa forma, o relator Min. Gilmar Mendes, em seu voto, considera que

*“O controle judicial, quanto ao mérito de constitucionalidade, não encontra espaço para ser aqui, realizado; de contrário, estaria o STF intervindo na deliberação da Câmara dos Deputados, referentemente ao processo de elaboração da legislação ordinária, sem que se alegue esteja ocorrendo, no procedimento legislativo, qualquer vício formal. Há, pois, um limite ao controle prévio, sempre excepcional, que importa considerar, inclusive em face do princípio básico da separação e independência dos Poderes da República.”*

Assim, percebe-se que a análise do controle jurisdicional preventivo, no relato do eminente Ministro, exige bem mais que uma inteligência decisória voltada ao prodigioso assentamento jurisprudencial desse tribunal. Daí, inaceitável a compreensão de Gilmar Mendes, do que seja controle jurisdicional *preventivo* de constitucionalidade, pois seu voto não encontra eixo teórico no paradigma do **Estado de Direito Democrático**, já que a concepção de um controle de constitucionalidade, para se dizer condizente com o vigente paradigma, exige, expressamente, um nível alargado de discussão. Não é como entende o Ministro, que, se admitisse “a plena discussão sobre a constitucionalidade do projeto, restaria comprometido não só o modelo de **controle repressivo** amplo existente entre nós, mas o próprio sistema de divisão de poderes

estabelecido na Constituição.” (sic), porque esse raciocínio de privatização da Constituição, entendida como propriedade daqueles que deveriam guardar o seu caráter público, de fato vem validando as maiores atrocidades teóricas por via dos guardiães e depositários (in) fiéis do Supremo Tribunal Federal.

O que releva também anotar é quanto ao que se rotula de competência *interna corporis*, para esse caso sob comento e para aqueles casos de desobediência às normas regimentais. É oportuno que se esclareça que esse assunto já não pode ser um tema tratado atualmente em órbita exclusiva do Congresso Nacional, porque a desobediência de um projeto de lei aos princípios e regras constitucionais ou a um regimento interno (Câmara ou Senado), que esteja em harmonia com o **Processo Constitucional**, o qual orienta todo e qualquer **procedimento**, inclusive o regimental, como qualidade da democracia, não deve ser uma questão a se resolver privativamente, por afastar o **debate aberto**, tal qual assegurado nas Constituições democráticas (ampla defesa e contraditório).

No caso de o projeto de lei não observar o regimento interno das casas parlamentares, nota-se uma conseqüência grave do ponto-de-vista processual, pois a lei deve ser produzida por meio do Devido Processo Legislativo, que, por sua vez, é caracterizador da existência de um Estado de Direito Democrático. Se um ato parlamentar inicial é pressuposto do ato seguinte e este, por sua vez, é considerado extensão do ato antecedente, isso significa que os atos legislativos, quando se desviam do regimento (procedimento), encaminham-se para definir a existência de vícios (não observância do devido processo legislativo).

A inobservância de normas regimentais, seja da Câmara ou do Senado, é desvio procedimental contrário aos princípios institutivos e informativos do processo, portanto, passível de controle difuso de constitucionalidade, pois, em consonância com o conceito paradigmático atual, nenhum ato poderá ficar imune à fiscalidade irrestrita de sua constitucionalidade e legitimidade



pelo *devido processo legal*. Neste sentido, os Regimentos Internos das Casas Parlamentares, se ocasionarem eventualmente lesão a direito fundamental ou dano efetivo ou potencial aos direitos processuais constitucionais (direitos fundamentais), jamais podem ficar imunes ao controle amplo e irrestrito de constitucionalidade (art. 5º, XXXV, CR/88).

Percebe-se que, para se falar em legitimidade no Estado de Direito Democrático, o controle de constitucionalidade não pode ser entendido como uma fórmula alquímica de salvação do mundo posta à disposição somente dos parlamentares (decisão *interna corporis*) ou de um tribunal que, anunciando-se titular exclusivo (compreensão austríaca-kelseniana), acaba por reduzir a teoria do discurso. Deve-se, portanto, abandonar essa perspectiva, fazendo um exercício mais profundo de reflexão, a fim de visualizar o controle de constitucionalidade como um instituto constitucional à disposição, também, do povo ativo, para que este, de **forma difusa**, exerça processualmente a fiscalização e as correções no **âmbito de produção das leis**.

#### 4-CONCLUSÕES

Diante do relacionamento de desconformidade do projeto de lei com as normas da escritura constitucional e da desobediência desse projeto ao procedimento do Regimento Interno, deve ser registrada, como inovação importante, em face do processo brasileiro de controle de constitucionalidade das normas jurídicas, uma declaração irrestrita de inconstitucionalidade para expurgar violação a direitos fundamentais, restabelecer o princípio de supremacia da Constituição e fiscalizar o Processo de legitimação da lei.

Mostra-se inquietante, ao nosso entender, a maneira como o Supremo Tribunal Federal tem-se posicionado no tocante à análise de lesão ou ameaça de lesão a direito no controle de constitucionalidade na modalidade preventiva, e à visão de alguns teóricos que, por nostalgia a um constitucionalismo não democrático de direito (liberal e *welfare state*), infelizmente vêm ensinando, salvo raríssimas exceções, um controle de constitucionalidade não efetivamente democrático, que assegure atividade correicional (ameaça de lesão) ainda no âmbito de produção legiferante, e que permita a todos revisitações pelo eixo discursivo da Teoria do Processo.

#### 5-BIBLIOGRAFIA

- CITTADINO, GISELE. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva*: elementos da filosofia constitucional contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.
- DEL NEGRI, André. *Controle de Constitucionalidade no Processo Legislativo*: teoria da legitimidade democrática. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2003.
- FRANÇA, Fernando Luís. A integração Social Democrática pelo Controle Processual Difuso de Constitucionalidade. In: LEAL, Rosemiro Pereira. Et al. (Coord.). *Estudos Continuados de Teoria do Processo*, Porto Alegre: Síntese. vol III, 2003.
- FREUND, Julien. *Sociologia de Max Weber*. Trad. Luís Cláudio de Castro e Costa. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*: entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. 2.
- LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Processual da Decisão Jurídica*. São Paulo: Landy, 2002.
- \_\_\_\_\_. *Direito e Legitimidade*. In. MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz. (Coord.) São Paulo: Landy, 2003.
- OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni. *Devido Processo Legislativo*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.



# A HERMENÊUTICA JURÍDICA NA OBRA DE FRANCESCO FERRARA: UMA (RE)LEITURA DO *TRATATTO DE DIRITTO CIVILLE ITALIANO*

Éder Ferreira<sup>1</sup>

“A interpretação deve ser objetiva, equilibrada, sem paixão, arrojada por vezes, mas não revolucionária, aguda, mas sempre respeitadora da lei.”

*Francesco Ferrara*

## RESUMO

O presente artigo visa apresentar a concepção hermenêutica do direito apresentada por Francesco Ferrara, na Itália, em 1921, no *Tratatto do Diritto Civile Italiano*, o qual traz um debate acerca da interpretação e aplicação do direito. Ferrara, nesse tratado, atribui papel central ao caráter teleológico da interpretação jurídica, sem, entretanto, excluir os momentos histórico, gramatical e lógico do processo hermenêutico. Além disso, defende a junção e fusão das vistas, das críticas e dos desejos da teoria e da prática, isto é, entre a lei e sua aplicação, que somente ocorre no órgão jurisdicional, para cooperarem na atividade legislativa.

**Palavras-chave:** Hermenêutica Jurídica, Francesco Ferrara, Aplicação do Direito.

## 1 – Noções Preliminares – funções da atividade do juiz

O juiz tem o papel de mediador entre a lei e o fato, ou seja, o juiz diz o direito frente aos fatos apresentados. Entretanto, o juiz o faz obedecendo a três operações:

*I - averiguar o estado de fato que é objeto da controvérsia;*

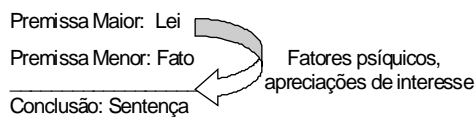
*II - determinar a norma jurídica aplicável;*

*III - pronunciar o resultado jurídico que deriva da subsunção do estado de fato aos princípios jurídicos.* (FERRARA, 2002, p. 9.)

Diz-se, pois, que o julgamento é um silogismo cuja premissa maior é a lei, a premissa menor é o fato, e a conclusão, a sentença (vide esquema 1). Entretanto não se pode reduzir a atividade judicante em mera operação matemática, uma vez que a aplicação

do direito envolve fatores psíquicos e apreciações de interesse, principalmente na determinação do sentido da lei, em que não se pode alcançar a neutralidade axiológica.

Esquema 1:



Daí se conclui que, antes de julgar, o juiz deve apurar os fatos e determinar o direito a que o fato se subordina. Sendo de suma relevância o fato de que cabe às partes o ônus da prova dos fatos e ao juiz a averiguação da(s) norma(s) que se aplicam ao fato, atividade que constitui tarefa central do juiz e para a qual deve previamente proceder às seguintes indagações:

*I - apurar que o direito existe;*

*II - determinar o sentido desta norma jurídica;*

<sup>1</sup> Acadêmico do 8º período do Curso de Direito da Universidade de Uberaba – UNIUBE.

III - decidir se esta norma se aplica ao caso concreto. (FERRARA, 2002, p. 11)

## 2 - Verificação da Existência da Norma Jurídica

### 2.1) Crítica do texto da lei

A crítica do texto da lei consiste na verificação da autenticidade da lei em sua complexidade e em suas partes, o que na modernidade perdeu campo, visto que as leis são escritas e publicadas em documento oficial. É a verificação formal da existência da lei, levando em consideração os *erros materiais do texto* e os *erros conceituais de redação ou coordenação*.

Os erros materiais do texto que levam a lei ao vício ocorrem “*por incorreções tipográficas, erros de impressão, mudança de palavras ou de algarismos, acréscimos ou omissões, pontuação diversa, transposições, que podem alterar o sentido da disposição*” (Ibidem, p. 13)”. Quando esses vícios ocorrem de maneira tal que se possa perceber palavra estranha ao texto legal que lhe retira a coesão ou coerência e há outra palavra foneticamente semelhante que em substituição àquela devolve ao texto o caráter lógico, ou casos semelhantes que não demandem muito esforço de correção, pode o juiz exercer sua crítica e até emendar o texto da lei.

Se, no entanto, esses vícios importarem em substancial divergência de pensamento ou determinam equívoco sobre o sentido da lei, o juiz estará vinculado ao texto publicado na imprensa oficial. Neste caso, poderá a parte interessada arguir a inexatidão do texto publicado em relação ao texto original, já que, sendo assim, nenhuma lei atingiu existência – o texto impresso por não corresponder à vontade do legislativo, e o texto original por não ter sido devidamente publicado – e, portanto a solução cabível é uma nova publicação do texto original ou uma retificação oficial.

Já os *erros conceituais de redação ou coordenação* são manifestações, omissivas ou comissivas, tecidas na elaboração do texto da lei que não coincidem com a vontade do legislador. Neste caso, dado o caráter vinculante do erro no texto da lei, não pode o juiz retificar a lei, salvo se a retificação resultar da interpretação do texto da própria lei ou de outras normas. Ou seja, a tarefa crítica do judiciário se alarga na medida em que se aplicam leis mais antigas ou princípios do direito, os quais devem ser observados em consonância à época.

### 2.2) Controle substancial da existência da lei

E o *controle substancial da existência da lei* diz respeito à análise da substância da lei, ou seja, é neste momento que se distingue a norma jurídica das demais *regras que não têm caráter jurídico, ou por falta das condições e formas constitucionais para seu nascimento, ou por falta de competência e poder na autoridade que as emanou, ou enfim, porque essas normas perderam sua eficácia em virtude de ab-rogação*. (FERRARA, 2002, p. 16).

No caso de discordância entre o texto aprovado pelas duas Câmaras e o sancionado e promulgado, dir-se-á que não há lei, “há aparência de lei”, da qual não pode decorrer nenhuma consequência jurídica, visto que a sanção e promulgação estão subordinadas à aprovação nas duas Câmaras, não podendo, pois, substituí-la. Uma vez que *A promulgação, com efeito, não serve para completar a lei, não é o último estágio de seu processo de formação, mas pressupõe a lei já formada. É um documento que atesta solenemente a existência da lei [...]*. (Ibidem, p. 19).

Por isso, entende-se que a promulgação não constitui meio único de se





verificar a existência da lei, sendo, pois, suscetível de crítica e revisão, do judiciário, mas somente no que tange à “existência exterior dos elementos da lei: aprovação dos órgãos legislativos, promulgação, publicação [...]”.

Com efeito, a esfera jurisdicional engloba também a delegação legislativa do poder executivo, a qual, quando extrapola sua competência, reveste-se de nulidade no campo jurídico mediante ato jurisdicional. O decreto-lei é uma disposição emanada do poder executivo, em circunstâncias extraordinárias e de urgência, para as quais o processo legislativo demoraria a formalizar decisões, mas o executivo por ser uma “espécie de gestor de negócios” pode antecipá-lo em fornecer uma solução. Desta forma, “resulta que os decretos-lei hão de considerar-se como leis potenciais, dependentes de aprovação, e que tal aprovação opera com eficácia retroativa”. (Ibidem, p. 20).

### 3 – Determinação do Sentido das Normas

#### Jurídicas – Interpretação

*“Aplica-se a interpretação a todas as leis, sejam claras ou sejam obscuras, pois não se deve confundir a interpretação com a dificuldade da interpretação.”*

*Francesco Ferrara*

A lei exprime a vontade do legislador por meio de palavras, que constituem a *letra da lei*, ou seja, a lei está para a alma como as palavras – *letra da lei* – estão para o corpo. A lei é, pois, muito mais profunda que seu texto, e, portanto, o aplicador do direito deve apreciar a vontade da lei, não o que as palavras que a constituem representam estritamente<sup>2</sup>. Daí surge a classificação da aplicação das leis em *sentido amplo* e em *sentido estrito*, sendo esta a interpretação

que “consiste em determinar a significação da lei e desenvolver seu conteúdo em todas as direções”, e aquela a que “compreende também a analogia, isto é, a elaboração de normas novas para casos não contemplados, induzidos de casos afins regulados pela lei”.

Deve o aplicador, então, interpretar todas as leis, claras ou não, de forma arrojada por vezes, mas não revolucionária, evitando os excessos:

*de uma parte daqueles que por timidez ou inexperiência estão estritamente agarrados ao texto da lei, para não perderem o caminho (...); por outro lado, o perigo ainda mais grave de que o intérprete, deixando-se apaixonar por uma tese, trabalhe de fantasia e julgue encontrar no direito positivo idéias e princípios que são antes o fruto das suas locubrações teóricas ou das suas preferências sentimentais.* (FERRARA, Op. Cit., p. 25).

Deve ainda observar que a interpretação jurídica não se assemelha à histórica ou filológica, as quais se aplicam a documentos históricos esgotando-se com o achado de um sentido histórico, sem, entretanto avaliar sua logicidade. Diferente é a interpretação teleológica, aplicável ao direito, e que tem por objeto os fins a que se destina a lei, a finalidade para a qual foi criada, os resultados que dela se espera, uma vez que a lei sempre visa a tutela de um bem, dito jurídico.

Dado, então, o caráter lógico da interpretação, quando se fala em interpretação filológica, está-se buscando “determinar o sentido da lei através de sua formulação verbal”, ou seja, “pretende-se inferir logicamente das palavras o valor da norma jurídica”. Por isso é válida, no direito, a interpretação gramatical.

<sup>2</sup> “A missão do intérprete é justamente descobrir o conteúdo real da norma jurídica, determinar em toda a plenitude o seu valor, penetrar o mais possível (como diz Windseheid) na alma do legislador, reconstruir o pensamento legislativo.” (FERRARA, 2002, p. 24).



Na verdade, a interpretação é uma atividade única e complexa. É única por ser um processo, e complexa porque se constitui de vários momentos que se integram entre si, não podendo o todo ser coeso sem uma das partes, nem as partes sem serem consideradas no todo.

A interpretação autêntica é aquela feita pelo próprio órgão do qual emanou a lei. A interpretação autêntica se processa mediante a elaboração de leis interpretativas, ou seja, leis que têm por finalidade a determinação do sentido de uma norma jurídica.

*Não estamos em face de uma interpretação autêntica, quando se regula só para o futuro [preâmbulo] ou se completa qualquer lacuna de uma lei precedente [leis confirmativas e retificativas]. (Ibidem, p. 28).*

O efeito da lei interpretativa é criar interpretação vinculada ao sentido determinado por ela.

*A interpretação autêntica, pelo contrário [em relação à interpretação doutrinal], declara formal e obrigatoriamente o sentido de uma lei anterior, prescindindo de que este se ache efetivamente contido na lei interpretada. (FERRARA, Op. Cit., p. 28).*

Portanto, não estará o legislador elaborando lei interpretativa quando esta alterar o sentido da norma interpretada ou lhe der finalidade diversa. É mais importante que a vinculação da interpretação da norma anterior é a eficácia retroativa de que se reveste a lei interpretativa, já que, mesmo antes de receber autêntica interpretação, a norma anterior já gerava efeitos jurídicos, salvo se a controvérsia já houver sido resolvida por transação, ou pelo transito em julgado da sentença. Por isso tal lei deve emanar de órgão que possa derogar à norma

interpretada.

### 3.1) Objeto da interpretação – Voluntas

#### legis, non legislatoris

A *voluntas legis* é a vontade do texto da lei, e a *voluntas legislatoris* é a vontade do legislador, expressa em lei. Na interpretação, o aplicador deve analisar a vontade da lei, aquilo que do texto pode ser extraído independentemente da vontade do legislador.

O intérprete deve apurar o conteúdo de vontade que alcançou expressão em forma constitucional, e não já as volições alhures manifestadas ou que não chegaram a sair do campo intencional. Pois que a lei não é o que o legislador quis ou não quis exprimir, mas tão somente aquilo que ele exprimiu em forma de lei. [SCHLOSSMANN. Der Irrtum über wesentl. Eigenschaften, p. 26.].

*[...] Como diz Thöl, pela sua aplicação a lei desprende-se do legislador e contrapõem-se a ele como um produto novo, e por isso a lei pode ser mais previdente do que o legislador. (Ibidem, p. 30).*

A grande relevância disso é que assim se pode interpretar a lei independentemente da vontade do legislador, não por desvirtuar seu sentido pela ação do tempo, mas por aplicar (novos ou antigos) princípios com uma diversa apreciação e projeção no meio social.

Daí dizer-se que a lei é uma obra de arte, distinta, pois, de quem a criou:

*A obra legislativa é como uma obra artística em que a obra de arte e a concepção do criador não coincidem. Também o conteúdo espiritual da lei não coincide com aquilo que dela pensam os seus artífices: na lei está sempre um fundo, de inconsciente e apenas suspeitada vida espiritual, em que repousa o trabalho mental de séculos. (Ibidem, p. 31).*



Dessa forma é dada a objetivação da lei, ou seja, ela é considerada em si mesma, enquanto corpo de pensamento e vontade próprios.

### 3.2) Método de interpretação

*“A interpretação não é pura arte dialética, não se desenvolve com método geométrico em um círculo de abstrações, mas perscruta as necessidades práticas da vida e a realidade social.”*

*Francesco Ferrara*

Na busca do sentido da lei, o intérprete deve analisá-la em vários momentos: primeiro, socorre-se do momento literal, ou seja, analisa o texto da lei com base nas palavras e na conexão lingüística; depois, deve-se submetê-lo – o texto da lei – à interpretação lógica, a partir da qual quer-se deduzir a *voluntas legis* com base em outras circunstâncias que não as gramaticais, quer sejam os elementos históricos, os racionais, quer sejam os sistemáticos.

*[...] A interpretação lógica, porém, não deve contrapor-se rasgadamente à interpretação lingüística: não se trata de duas operações separadas, [...] são as partes conexas de uma só e indivisível atividade.* (FERRARA, Op. Cit., p. 33).

A interpretação literal é a análise da lei com base nas palavras que compõem seu texto, bem como da conexão entre elas. E se, “efetivamente, o texto da lei forma o substrato de que deve partir e em que deve repousar o intérprete”, a interpretação literal há de ser o primeiro momento da interpretação da lei.

Neste momento, o intérprete visa o sentido das palavras a partir do *uso lingüístico*, com base nos seguintes passos:

- 1) as palavras devem entender-se no seu sentido usual comum, salvo se da conexão do discurso ou da matéria tratada derivar um significado especial técnico;

- 2) se a acepção técnica da palavra não coincidir nem corresponder ao seu significado popular, é de presumir que o legislador usou as palavras com plena reflexão e, portanto, serviu-se de seu significado técnico, de preferência ao vulgar;

- 3) quando o legislador empregar uma fórmula e maneira de dizer com um valor especial, diverso do ordinário e do jurídico, e que resulte do confronto com a terminologia e a estilística adaptada em um código ou corpo de leis, deve prevalecer este significado individual;

- 4) as palavras devem ser entendidas em sua conexão;

- 5) *“se as palavras são equívocas ou indeterminadas, se todo o princípio é obscuro, se resultam conseqüências contraditórias ou revoltantes, (...) Será preciso recorrer à interpretação lógica”.* (Ibidem, p. 34)

Entretanto, dada a possibilidade de que as palavras sejam defeituosas ou imperfeitas; ou sejam demasiado gerais; e que não se exclui o emprego de termos errôneos, “O sentido literal é incerto, hipotético, equívoco”. Daí emerge a necessidade do momento lógico.

A interpretação lógica refere-se ao momento em que se quer deduzir a *voluntas legis* com base em outras circunstâncias que não as gramaticais, quer sejam os elementos históricos, os racionais, quer sejam os sistemáticos.

O elemento racional da interpretação lógica implica a análise da lei a partir da *ratio legis*, sem, entretanto, ignorar a *occasio legis*. Ou seja, entende-se o sentido da norma com base na razão que ensejou sua elaboração – *ratio legis* – entretanto, tal razão pode ser encontrada observando-se a ocasião de sua criação – *occasio legis*. A *ratio legis* é, pois, o “fundamento racional objetivo da norma”,



enquanto a *occasio legis* é a “circunstância histórica de onde veio o impulso exterior para a criação da lei”.

Quanto a este elemento, torna-se mister ressaltar que:

*[...] a cessação das circunstâncias que fizeram nascer uma lei não exercita nenhuma influência sobre seu valor jurídico.*

*A ratio legis [também] pode mudar com o tempo. O intérprete, examinando uma norma de há um século, não está incondicionalmente vinculado a procurar a razão que induziu o legislador de então, mas qual é o fundamento racional de agora. (FERRARA, Op. Cit., p. 36).*

O elemento sistemático da interpretação lógica quer se referir ao caráter complexo do direito, ou seja, o significado de uma norma em relação com as outras hierarquicamente superiores ou mais gerais.

O direito objetivo, de fato, não é um aglomerado caótico de disposições, mas um organismo jurídico, um sistema de preceitos coordenados ou subordinados, em que cada um tem o seu posto próprio. (Ibidem, p. 37).

Temos, pois, que o elemento sistemático nos permite vislumbrar o direito, enquanto um todo harmônico, à metáfora de um organismo. É a análise da parte sem perder de vista o todo.

Dado que “o direito, em especial o direito privado, é o produto de uma lenta evolução”, o elemento histórico da interpretação racional refere-se ao (re)montar da história de institutos jurídicos com a finalidade de entender o que pelo elemento lógico não se pôde compreender. É delinear o sentido de uma norma com base na sua história, nas acepções sobre ela quando de sua criação original, no conjunto de transformações que sofreu desde sua elaboração.

### 3.3) Os trabalhos preparatórios

*“... os Trabalhos Preparatórios (...) amiúde não nos dizem nada ou são uma caótica mixórdia de teorias opostas em que todo o intérprete pode achar cômoda confirmação para as opiniões próprias.”*

*Francesco Ferrara*

Os trabalhos preparatórios são o conjunto de trabalhos realizados pelos legisladores e que precedem à lei, incluindo desde os projetos de lei, as discussões de comissões, os motivos, relatórios, até os discursos parlamentares.

Mas a grande questão é: qual o valor desses *Trabalhos Preparatórios* ?

*Está hoje refutada a obsoleta concepção que, identificando o legislador com o redator da lei, dava a tais discussões e opiniões quase a autoridade de uma interpretação autêntica. (Ibidem, p. 39).*

Considera-se, pois, atualmente, os *Trabalhos Preparatórios* como mero material interno dos órgãos legiferantes que refletem debates dos legisladores, demonstram teorias citadas para defender ou refutar a razão da elaboração da norma, ou seja, são a expressão da manifestação de vontade individual dos diversos atores da criação da lei. Sendo assim, se nem todos fazem registrar sua vontade, e se as vontades manifestadas se contraditam, como podem ser os *Trabalhos Preparatórios* valorados na interpretação da lei? Duas são as possíveis valorações, como se segue:

*Os trabalhos preparatórios podem esclarecer-nos relativamente às idéias e ao espírito dos proponentes da lei ou de alguns votantes, e [1] valem como subsídio, quando puder demonstrar que tais idéias e princípios foram incorporados na lei. [2] Em caso diverso, devem*



*considerar-se momentos estranhos à lei e sem influência jurídica. Valem apenas como ilustrações de caráter científico.* (FERRARA, Op. Cit., p. 39).

Reforça-se aqui que a interpretação da norma deve ser feita no seu valor objetivo, e em conexão com o sistema jurídico.

### 3.4) Resultado da interpretação

*“Se as palavras empregadas são eqúvocas ou indeterminadas, se todo o princípio é obscuro, se resultam conseqüências contraditórias ou revoltantes, a interpretação literal não poderá remediar esta situação. Será preciso recorrer à interpretação lógica”.*  
Francesco Ferrara

Quando há concordância entre o resultado da interpretação lógica e o da gramatical, diz-se haver uma interpretação declarativa. Na interpretação declarativa, nada mais é feito que “declarar o sentido *lingüístico* coincidente com o pensar legislativo”.

- Há perfeita correspondência entre as palavras e o sentido da lei: a interpretação lógica apenas confirma e valoriza a interpretação literal ou;
- as palavras da lei são ambíguas e permitem vários sentidos à lei, e a interpretação lógica ajuda a fixar o sentido da lei: “A interpretação lógica adotará, conforme as circunstâncias, o sentido que melhor se ajuste à vontade da lei”.

A interpretação declarativa pode ser *lata* ou *restrita* conforme se adote o sentido limitado ou amplo das expressões ambíguas, respectivamente.

E quando há discordância entre o resultado da interpretação lógica e o da

gramatical, a interpretação pode ser restritiva ou extensiva.

*A imperfeição lingüística pode manifestar-se de duas formas: ou o legislador disse mais do que queria dizer [restritiva], ou disse menos, quando queria dizer mais [extensiva].* (Ibidem, p.42).

Aplica-se a interpretação restritiva quando o texto da lei se refere a uma classe ampla, genérica, quando quis se referir a uma classe especial de relações. Sendo assim, aplica-se:

*1º se o texto, entendido no modo tão geral como está redigido, viria a contradizer outro texto de lei; 2º se a lei contém em si uma contradição íntima (é o chamado argumento ad absurdeum); 3º se o princípio, aplicado sem restrições, ultrapassa o fim para que foi ordenado.* (Ibidem, p. 43).

A interpretação extensiva se aplica aos casos contrários aos da interpretação restritiva<sup>3</sup>. Ou seja, destina-se a corrigir um texto que restringe por demais a aplicabilidade da lei.

*O legislador, exprimindo seu pensamento, introduz um elemento que designa espécie, quando queria aludir ao gênero, ou formula para um caso singular um conceito que deve valer para toda uma categoria.* (FERRARA, Op. Cit., p. 43).

E pelo fato de *reintegrar* o pensamento legislativo, a interpretação extensiva se aplica a todas as normas, inclusive as normas penais e as de caráter excepcional. É, pois, o meio mais eficaz para a sistematização dos princípios do direito.

O resultado mais extremo a que pode chegar uma interpretação é a abrogação de

<sup>3</sup> As omissões no texto legal, com efeito, nem sempre significam exclusão deliberada, mas pode tratar-se de silêncio involuntário, por imprecisão de linguagem.



uma lei, que consiste em negar sentido e valor a uma norma por ser absolutamente contraditória e incompatível com outra de caráter superior e principal. Há, embora, casos em que as normas absolutamente contradicentes e incompatíveis têm “preceitos igualmente principais e antagônicos, [é quando] a contradição leva à sua elisão recíproca”.

*... quando entre duas disposições há uma contradição absoluta e não se descobre nenhum meio de as conciliar, a interpretação deve logicamente eliminar a norma contradicente, reputando-a letra morta, vazia de conteúdo. (Ibidem, p.45).*

### 3.5) Desenvolvimento do sentido da lei

*“Os preceitos jurídicos têm um conteúdo virtual, que é função do intérprete extrair e desenvolver.”*

*Francesco Ferrara*

O intérprete da lei deve desenvolvê-la, ou seja, extrair-lhe princípios implícitos, além dos explícitos – é claro – e tirar desses princípios todas as conseqüências possíveis: tanto as *expressas*, quanto as *latentes*.

Para desenvolver a lei, o aplicador pode se utilizar dos seguintes argumentos:

1º) *Legitimado um fim, legitimados estão os meios indispensáveis para se conseguir esse fim (aplicação nos temas das servidões, art. 639º). Vice-versa, se o fim é incondicionalmente proibido, são também ilícitos os meios respectivos.*

2º) *Quem tem direito ao mais, tem direito ao menos (argumentum a maiori ad minus). Se é vedado o menos, deve sê-lo também o mais (argumentus a minori ad maius). Se a disposição é limitada só a uns tantos casos, para os outros casos não abrangidos deve entender-se o*

*contrário (argumentum a contrario).* (Ibidem, p. 46).

Entretanto, não há que se confundir o desenvolvimento das leis com a interpretação extensiva, pois enquanto esta “tem lugar quando o legislador quis dizer mais do que disse”, aquela, ao invés, propõe-se “extrair um pensamento *novo* não expresso, em antítese com o estabelecido para caso regulado” (FERRARA, Op. Cit., p. 47).

### 3.6) Integração das lacunas das leis –

#### Analogia

*“Por muito previsora e vigilante que seja a obra legislativa, é impossível que todas as relações encontrem regulamentação jurídica especial e que a plenitude da vida prática se deixe prender nas apertadas malhas dos artigos de um Código.”*  
*Francesco Ferrara*

As relações sociais e a sociedade se alteram com o passar do tempo, e pode ocorrer que novas formas de se relacionar se originem, não estando, pois, sob a égide do direito. Mas o ordenamento jurídico possui “tendência a contentar a aspiração das várias relações a tornarem-se objeto de regulamentação adequada”. Sendo assim, o ordenamento jurídico revela-se como um universo que contém todo o espaço amostral das relações sociais (“... é uma atmosfera que circunda a vida social...”).

*Por isso embora o direito positivo não apresente disposição especial para certa matéria ou caso, há nele, porém capacidade e força latente para a elaborar, e contém os germes de uma série indeterminada de normas não expressas, mas ínsitas e viventes no sistema. (Ibidem, p. 49).*

Tem-se, então, que as lacunas do direito são as *brechas* no ordenamento



jurídico deixadas pelo surgimento de novas relações jurídicas, as quais são integradas ao sistema jurídico por meio da analogia, desde que observadas as seguintes regras:

1º) *Que falte uma precisa disposição de lei para o caso a decidir, que portanto a questão não se encontre já regulada por uma norma de direito – e isto não apenas segundo a letra, mas também segundo o sentido lógico dessa norma.*

2º) *Que haja igualdade jurídica, na essência, entre o caso regular e o caso regulado.* (Ibidem, p. 49).

A analogia não *cria* direito novo, ela apenas descobre um direito já *existente*; é, pois, o desenvolvimento de normas latentes.

### 3.7) A escola do direito livre e os novos

#### métodos de interpretação

A escola do direito livre consiste em uma *nova orientação doutrinal* em contraposição à *clássica*, que delimita por demais os poderes do aplicador das leis, estando ele fadado a sempre obedecer à norma.

A escola livre do direito sustenta que,

*visto ser a lei defeituosa e insuficiente, toca ao juiz corrigi-la e completa-la, e que nesta função integradora ele pode guiar-se por momentos subjetivos, por apreciações de interesses, pelo seu próprio sentimento, criando no posto e ao lado do direito positivo um direito livre judiciário.* (FERRARA, Op. Cit., p. 56-57).

Seus defensores e suas respectivas teses são:

- **Adickes:** nega a teoria das fontes sob alegação de que lei e costume não criam o direito, ele nasce na *convicção*

individual, logo o juiz deve descobrir livremente o direito em sua consciência. “O direito positivo é um *limite* à convicção do juiz, mas para além desta barreira ele pode formar direito livremente”.

- **Bülow:** confere à função jurisdicional a *força criativa de direito*, ao reconhecer um *direito judiciário*. “A lei não passa de ser um plano do ordenamento jurídico que é realizado só pelo juiz”.
- **Kohler:** estuda a teoria da interpretação, pondo à luz a força criadora da jurisprudência.
- **Geny:** critica os métodos tradicionais baseados na lógica formal – construção de silogismos – restritiva das possibilidades jurídicas, afirmando dever o juiz produzir o direito com base nos princípios da justiça, da sociologia, da filosofia...
- **Kantorowicz:** “o juiz deve decidir a seu arbítrio; a sentença não deve ser motivada; liberdade em toda a linha; em uma palavra, o direito entra em sua fase voluntarística.”
- **Ehrlich:** em caso de silêncio da lei, pode o juiz aplicar o direito livremente descoberto consoante sua época.
- **Stampe:** a descoberta do direito se dá mediante apreciação de interesses.
- **Muller Ersbach:** o método realista da ponderação dos interesses é o que fazem a teoria e a prática, embora inconscientemente.<sup>4</sup>

Entretanto, há divergências sobre a amplitude da livre criação do direito, uma vez que alguns autores defendem tal possibilidade somente nos casos de silêncio da lei (analogia); outros, no âmbito da interpretação lógica; e há aqueles que defendem a criação do direito em qualquer hipótese.

<sup>4</sup> Além de Mayer com as normas de civilização e Stammler com o direito justo.





### 3.8) Elaboração científica – O direito como ciência

A interpretação e o desenvolvimento da lei, entretanto, são funções jurisdicionais do operador do direito, e constituem a etapa *mais baixa e primitiva* do conhecimento do direito. Não são, pois, as únicas atividades desempenhadas pelos juristas. Há uma sistematização das normas no sentido de extrair-lhe conceitos e sistematiza-los, mediante *simplificação quantitativa* – classificação e redução a categorias – e *qualitativa* – ordenação interior, para se estabelecer uma unidade harmônica.

Daí decorre o caráter científico do direito, e de acordo com o qual se estabelecem métodos jurídicos. Sendo assim, podemos elencar três operações fundamentais da elaboração científica do direito:

- *Análise jurídica* – A análise jurídica consiste na decomposição da regra de direito nas suas unidades elementares, na separação e eliminação daquilo que é particular e contingente, e na redução dos preceitos a conceitos jurídicos. (FERRARA, Op. Cit., p. 67).
- *Concentração lógica* – Uma vez distinguidos e separados, os elementos do direito devem reunir-se para serem reagrupados segundo razões intrínsecas de semelhança, de íntima afinidade, e extraindo-se as regras gerais que presidem às soluções particulares. (Ibidem, p. 69).
- *Construção jurídica* – A fase mais alta da elaboração teórica do material de direito é a construção dos institutos jurídicos. Entende-se por construção jurídica o procedimento pelo qual se procura colher as qualidades essenciais características de um instituto, reconduzindo-as a conceitos mais

*amplos e conhecidos, ou então se apresenta a concepção geral de um instituto, resumindo sob uma idéia unitária de caráter técnico e seu complexo ordenamento positivo.* (Ibidem, p. 70).

A *construção jurídica* deve satisfazer a algumas condições para ser boa, tais como *coincidir exata e inteiramente com o direito positivo* – a construção jurídica deve respeitar todo o conteúdo das regras legais –, *ter unidade sistemática* – não pode haver contradições entre teoria e lei –, *ter beleza artística* – deve ser extremamente simples a construção jurídica.<sup>5</sup>

### 4 – Determinação da norma a aplicar ao caso concreto: o direito como técnica

*“Está nisto a aplicação consciente do direito, ou a técnica da decisão: está em saber atinar com as diversas normas a que, na sua combinação, pertence governar o caso concreto.”*

Francesco Ferrara

Técnica jurídica é a habilidade de aplicar a lei, pela utilização, *a priori*, de aplicação *instintiva* do direito e, *a posteriori*, da subsunção dos fatos à norma, somada à aplicação dos *conhecimentos extrajurídicos que constituem elementos ou pressupostos do raciocínio*.

A teoria, elaborada com base nas regras legais, é construída para ser aplicada, ou seja, para a prática. Então, deve o juiz observar a doutrina e seus resultados, na aplicação do direito, momento no qual *deve pô-los à prova*.

*Teoria e prática não estão em antítese, não são inimigas ou estranhas que mutuamente se ignoram ou desprezam...* (Ibidem, p.80).

<sup>5</sup> *Elegentia juris*: configuração artística da matéria, como forma simples, natural, transparente, da realidade jurídica.





Temos, pois, que o direito se constrói na sua aplicação, uma vez que na prática é que a teoria irá colher a expressão das necessidades sociais.

*Uma e outra [teoria e prática] devem juntar e fundir as suas vistas, as suas críticas, os seus desejos, para cooperarem na atividade legislativa. (FERRARA, Op. Cit., p. 81).*

E, visto que as normas jurídicas são criadas pelo estado e se desprendem das razões psicológicas e sociais de sua criação, bem como de quem as criou, uma norma apenas pode ser extinta<sup>6</sup> por decisão do estado, o que ocorre somente em dois casos:

- 1º) quando a norma traz em si um limite à sua eficácia;
- 2º) ou quando a norma é mudada ou abrogada por outra posterior.

## 5 – Hermenêutica Constitucional:

### superação do modelo privatista ferrariano

*...não há padrão de verdade fixo,  
nem caminho absoluto,  
nem sentido prévio.  
Rodolfo Pereira Viana*

A concepção hermenêutica apresentada por Francesco Ferrara (correspondente ao modelo da Hermenêutica Jurídica Clássica) teve origem na aplicação de métodos interpretativos a preceitos normativos do direito privado, sobretudo no período das grandes codificações (em especial, o Código Civil de Napoleão).

Até a década de 70<sup>7</sup>, segundo Rodolfo Pereira Viana, nos países da Europa e América Latina, prevaleceu sobremaneira esse modelo clássico de Hermenêutica Jurídica. A Lei de Introdução ao Código Civil

– LICC<sup>8</sup> (Decreto Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942), interpretada por Maria Helena Diniz, documenta a recepção de várias das propostas sustentadas por Ferrara, tais como:

1. Hipóteses de extinção da lei: modificação ou revogação por outra lei; ou quando a lei traz em si um limite à sua eficácia (vigência temporária) – Art. 2º da LICC;
2. Prevalência do critério objetivo como ponto de partida do processo hermenêutico – Art. 5º da LICC;
3. Possibilidade de interpretação intensiva e extensiva da lei, como resultados da interpretação – Art. 5º da LICC;
4. Composição da interpretação das técnicas gramatical e histórica, e processos sistemático, lógico e teleológico – Art. 5º da LICC, entre outras.

Entretanto,

*As reviravoltas no pensamento filosófico ocorridas no século há pouco findo mostram claramente a insustentabilidade dessas concepções, que, ao mesmo tempo, superestimam e subestimam a capacidade humana no curso de seu projeto de vida. Superestimam por atribuírem ao indivíduo uma qualidade racional, que, vista como absoluta, ilhada e aistórica, escapa à sua própria condição, torna-o inconsciente da temporalidade do mundo que o cerca e cria a ilusão dos fáceis e perigosos conhecimentos ‘verdadeiros’. Subestimam, pois vendam os olhos à nossa vocação de, mesmo imersos na contradição entre ser finito e ser dado à racionalidade,*

<sup>6</sup> “As normas jurídicas não são imortais, mas sujeitas a se modificarem e a se extinguirem”. (FERRARA, Op. Cit., p.81).

<sup>7</sup> Na verdade, nesse período ainda se notava pouco interesse pelo tema da interpretação constitucional. (PEREIRA, Op. Cit., p. 96).

<sup>8</sup> Sobre a natureza da LICC, Maria Helena Diniz assim se manifestou: “Na verdade, é uma lei de introdução às leis, por conter princípios gerais sobre as normas sem qualquer discriminação.” (DINIZ, 1997, p.3). Caracterizando, assim, a autonomia da LICC em relação ao Código Civil, caso contrário, uma mudança neste alcançaria àquela.



*superar a circunstancialidade e estabelecer patamares adequados e rigorosos de conhecimento. Ou seja, a Hermenêutica não pode fugir à nossa própria condição demasiadamente humana: a liberdade de ser, o impulso em conhecer e a inexistência de padrão de verdade imediatamente apreensível. (PEREIRA, 2001, p. 175).*

Sendo assim, excluímos de plano a possibilidade da criação de procedimentos e métodos de interpretação cujos resultados sejam uma *verdade-em-si*, pois *não há padrão de verdade fixo, nem caminho absoluto, nem sentido prévio* (Ibidem, p. 177), ou seja, a compreensão, como fenômeno que antecede a interpretação e aplicação da lei, dá-se, ontologicamente, pela *pré-compreensão* e pela *crítica*, desde que considerada a dimensão histórica do processo hermenêutico.

*Dando curso a essa pretensão, importa primeiramente postular a seguinte assertiva: a Constituição é o ‘locus’ hermenêutico do Direito; é o ‘lugar’ a partir do qual se define a amplitude dos significados possíveis dos preceitos jurídicos infraconstitucionais. Isso não poderia ser de maneira diferente em função da afirmação do ‘constitucionalismo moderno’ como modo de regulamentação da convivência política, bem como da consagração do princípio da ‘supremacia constitucional’.* (Ibidem, p. 177).

Constitucionalismo moderno fundado na crença na superioridade da Constituição escrita (pela certeza à conquista dos direitos), na idéia de renovação do contrato social e na representação de um

insuperável meio de educação política (difundindo entre os cidadãos o conhecimento de seus direitos) deve ser entendido como *conformação jurídica da política*, na qual o pacto social submete-se ao padrão constitucional como forma de garantir determinados direitos em face da disciplina do poder<sup>9</sup>.

Mas, para efetivar a garantia de direitos ditos fundamentais em face da disciplina do poder, urge a necessidade de um controle de constitucionalidade das leis, pelo qual se exclui do ordenamento norma que contrarie preceito constitucional, ou seja, a validade da lei depende de sua conformação ao padrão constitucional. Esta é a consagração do princípio da supremacia da Constituição.

*Ora, em consonância à afirmativa de que a Constituição é o ‘locus’ hermenêutico do Direito, a conclusão a ser extraída é pela unicidade do fenômeno que leva, pois, à assertiva de que o processo de compreensão, interpretação e aplicação dos preceitos jurídicos (constitucionais e infraconstitucionais) é essencialmente unitário – processo esse que será descrito posteriormente como ‘concretização’. Há, em verdade, uma constitucionalização de toda interpretação jurídica; em outras palavras, uma absorção da Hermenêutica Jurídica Clássica pela Hermenêutica Constitucional.* (PEREIRA, Op. Cit., p.179 – grifos nossos).

Talvez esse seja o maior ganho alcançado pela Hermenêutica Constitucional: reestabelecer a unidade do direito, uma vez que as diversas áreas do saber jurídico (direito civil, direito comercial, direito administrativo, direito tributário, direito penal, etc.) deverão

<sup>9</sup> Cf. PEREIRA, Op. Cit., p. 89-92.



se conformar aos preceitos constitucionais, sob pena de ter prejudicada a manutenção de um pacto de convivência pública e de limitação de poderes através da positivação de garantias fundamentais.

*No âmbito do fazer hermenêutico, o desafio manifesta-se da mesma forma, a começar pela queda do mito da lei como único sinônimo de ‘norma’ (em um sentido tradicional). Com as chamadas correntes pós-positivistas, os ‘princípios’, sobretudo os constitucionais, atingem o patamar de juridicidade, figurando, ao lado das ‘regras’, como espécie de ‘preceito jurídico’ dotado de um comando obrigatório de validade binária. A diferença essencial é que as ‘regras’ disciplinam a sua situação de aplicação e os ‘princípios’ não. Em verdade, toda aplicação no Direito demanda um ‘juízo de adequabilidade’ a fim de determinar qual o conjunto normativo que, respeitando o dever de ‘coerência’, deve regular o problema concreto. (Ibidem, p.179).*

Ou seja, estabelecida a hierarquia entre princípios constitucionais (implícitos ou explícitos) e leis infraconstitucionais, e dado o caráter obrigatório de aplicação dos princípios, estes devem sempre ser aplicados, mesmo que isso implique o desprezo à lei no caso concreto, como forma de efetivar o pacto político juridicamente conformado.

*Lado outro, o arejamento proporcionado pelos ‘princípios’ faz com que possamos continuar inseridos no padrão de juridicidade sem cairmos em posições míopes que reduzam a regulamentação dos casos concretos às hipóteses restritas das ‘regras’. Nesse contexto, a Constituição mostra-se, uma vez mais, como fonte de toda legitimidade por representar a extensão e o limite*

*de qualquer atividade hermenêutica. (Ibidem, p. 181).*

Portanto, os princípios constitucionais representam a possibilidade de continuação do direito como meio de estabelecimento de um pacto político de vivência legítimo, uma vez que permite a elasticidade das leis para uma conformação com direitos e garantias constitucionalmente fundamentais.

### **5.1) Conformação ao Padrão**

#### **Constitucional nos Acórdãos do TJMG**

Neste momento serão apresentadas decisões do Tribunal de Justiça de Minas Gerais que revelam a adoção da Hermenêutica Constitucional na interpretação e aplicação do Direito. Foram selecionados 06 acórdãos do referido tribunal, de 180 consultados, com base na diversidade de princípios constitucionais referenciados nas decisões.

*DIREITO CONSTITUCIONAL. EXAME PREPARATÓRIO PARA TRANSPLANTE RENAL. OBRIGAÇÃO CONSTITUCIONAL DO ESTADO. INTELIGÊNCIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA, À SAÚDE E DO PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. O Decreto Federal n. 2.268/97 não pode inviabilizar a pretensão da impetrante de realizar o exame de prova cruzada positiva, o qual, dependendo do resultado, a permitirá realizar o referido transplante. A negativa de realização do mencionado exame é desarrazoada, haja vista que a incompatibilidade imunológica havida entre a impetrante e a doadora NÃO constitui contra-indicação para a realização do transplante renal. Ou se permite a realização do exame pleiteado, ou*



*se impõe à impetrante a penosa opção de continuar o tratamento de hemodiálise, enquanto espera angustiante um possível, mas pouco provável, novo doador. Nenhum juiz tem o direito de frustrar a esperança e a luta pela vida do jurisdicionado. A opção, sempre, deve ser pela vida, jamais pela morte.* (TJMG, 3ª CC, Mandado de Segurança nº 1.0000.03.403012-2/000, rel. Desª. Maria Elza, j. 19.05.04, “DJ” 09.06.04).

No caso supracitado, a Terceira Câmara Cível optou pela aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana, em detrimento do Decreto Federal n. 2.268/97, para garantir os direitos fundamentais à vida e à saúde, constitucionalmente reconhecidos.

*CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO - MANDADO DE SEGURANÇA - PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA - RETROPROJEÇÃO DA NORMA CONSTITUCIONAL ELABORADA PELO CONSTITUINTE DERIVADO - IMPEDIMENTO - PRESERVAÇÃO DOS DIREITOS ADQUIRIDOS PELOS SERVIDORES - PERCEPÇÃO DE VANTAGENS E GRATIFICAÇÕES. O princípio da segurança jurídica impede a retroprojeção da norma constitucional elaborada pelo Poder Constituinte Derivado, de tal forma que devem ser preservados os direitos adquiridos pelos servidores antes da alteração constitucional, quanto à percepção de vantagens e gratificações.* (TJMG, 5ª CC, Reexame Necessário Nº 1.0024.03.927982-3/001, rel. Des. Dorival Guimarães Pereira, j. 20.05.04, “DJ” 04.06.04).

Nesse acórdão, já percebemos a limitação imposta ao poder constituinte

derivado, imposta pelo princípio constitucional da segurança jurídica, ou seja, a alteração do texto constitucional não poderá afetar aqueles servidores detentores de direito adquirido.

*DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO - SERVIDOR PÚBLICO DO MAGISTÉRIO - DESIGNAÇÃO - LEI ESTADUAL N. 7.109/77 - DIREITO ÀS FÉRIAS PROPORCIONAIS - CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS LEGAIS - VERBA HONORÁRIA - FAZENDA PÚBLICA - CUSTA - ISENÇÃO LEGAL. 1- Inexiste incompatibilidade entre as Leis Estaduais n. 10.254/90 e 7.109/77. Essa, que “contém o Estatuto do Pessoal do Magistério Público do Estado de Minas Gerais”, expressamente assegura, ao regular o ato de convocação, o direito do servidor assim designado às referidas férias proporcionais. 2- O princípio da separação harmoniosa de poderes consagra o Poder Judiciário como fiscal da lei e dos atos administrativos, os quais pode rever, tanto que seja possível esclarecer com quem se acha a razão. 3- O art. 10, I, da Lei Estadual n. 12.427/96, que dispõe sobre o Regimento de Custas do Estado de Minas Gerais, isenta a Fazenda do pagamento de custas.* (TJMG, 5ª CC, Apelação Cível/ Reexame Necessário Nº 1.0024.03.925798-5/001, rel. Des. Nepomuceno Silva, j. 13.05.04, “DJ” 01.06.04).

Na referida decisão, a parte apelante (Estado de Minas Gerais) alegou que a sentença dada pelo juiz *a quo* (em 1º grau) constituía afronta ao princípio da separação dos poderes, já que se punha entre a lei estadual e a execução da mesma pelo poder Executivo, que entendeu ser desnecessário



o pagamento de verba honorária. Mas tal argumento, ao contrário, serve justamente para manter a sentença, uma vez que a separação dos poderes, no Brasil, é pautada no sistema de freios e contrapesos, o que implica dizer que há separação, mas que essa deve ser harmoniosa, e que ao judiciário compete fiscalizar a lei, ou seja, é outra forma de limitação do poder, para garantir o exercício de direitos.

*CONSTITUCIONAL, CIVIL E PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO DE REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS - EDUCAÇÃO DO MENOR - PODER-DEVER DA MÃE - OITIVA DO MENOR - DILIGÊNCIA TIDA POR INÚTIL - PRINCÍPIO DA PERSUASÃO RACIONAL - PREVALÊNCIA DO INTERESSE DO MENOR - INTELIGÊNCIA DO ART. 1.634, I DO CC, ART. 130 DO CPC E ART. 227 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. Incumbe à mãe, detentora do pátrio poder dirigir a educação do menor. O Juiz, reitor do processo, a quem compete proferir a decisão segundo o princípio da persuasão racional, cabendo-lhe ainda indeferir diligências que entender inúteis ou protelatórias, em atenção aos princípios da economia e da celeridade. Em tema de regulamentação de visitas de menor leva-se em conta o bem-estar da criança e a garantia de sua integral proteção, de forma a afastá-la da convivência em situações difíceis, fazendo-se indispensável o respeito aos seus direitos indisponíveis, que constituem bem jurídico da mais alta relevância. É de ser mantida sentença que, em Ação de Regulamentação de Visitas, julga improcedente o pedido, quando a prova ministrada nos autos evidencia que a Requerente, avó paterna, não possui condições*

*propícias para se predeterminar seu referido direito.*(TJMG, 5ª CC, Apelação Cível nº 1.0701.01.004885-1/001, rel. Des. Dorival Guimarães Pereira, j. 29.04.04, “DJ” 28.05.04).

O supra acórdão explicita a aplicação do princípio da persuasão racional, que limita o poder de discricionariedade do juiz em face de o direito do jurisdicionado conhecer os fundamentos, que não devem ser subjetivos, da decisão proferida. Neste caso, o fundamento se dá na ausência de condições propícias para se predeterminar o direito da avó paterna de requerer a transferência da criança para outra escola, uma vez que a educação do *menor* é poder-dever da mãe.

*AÇÃO CIVIL PÚBLICA - DESMATAMENTO DE ÁREA DE RESERVA LEGAL - REGENERAÇÃO NATURAL - NECESSIDADE - PRESERVAÇÃO DO MEIO AMBIENTE. Sendo incontroversa a responsabilidade do agente pelo desmatamento de área de reserva legal, impossível eximi-lo da condenação, por força do princípio constitucional de que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Recurso a que se nega provimento.* (TJMG, 3ª CC, APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0713.03.012085-9/001, rel. Des. Kildare Carvalho, j. 29.04.04, “DJ” 14.05.04).

Nessa decisão, os desembargadores fazem menção ao princípio constitucional do equilíbrio ecológico, que impõe como dever do pacto de convivência a manutenção do meio ambiente ecologicamente equilibrado, manifestando-se, também, como limite de poder ao exercício da propriedade privada, para garantir o direito a um bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade



o dever de defendê-lo para as presentes e futuras gerações. (Art. 225 da Constituição Federal).

*CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO - AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO NO SERVIÇO PÚBLICO - SERVIDORES PÚBLICOS - DEMISSÃO - AUSÊNCIA DE PRÉVIO PROCESSO ADMINISTRATIVO - REINTEGRAÇÃO - DEVIDO PROCESSO LEGAL - PROCEDÊNCIA DO PEDIDO - MANUTENÇÃO - INTELIGÊNCIA DO 5º, LV DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. O servidor demitido sem instauração prévia de processo administrativo deve ser reintegrado a seu cargo, em homenagem ao princípio do devido processo legal, com os meios e recursos a ele inerentes, nos termos do mandamento constitucional de regência.* (TJMG, 5ª CC, Reexame Necessário nº 1.0086.03.001970-6/002, rel. Dorival Guimarães Pereira, j. 15.04.04, “DJ” 14.05.04).

Outra forma de salvaguardar o cidadão, desta vez em especial o servidor

público, percebida no acórdão supracitado, é o princípio do devido processo legal. Tal princípio, neste caso, garante a proteção do servidor contra o poder (arbítrio) de seu superior hierárquico, o qual somente pode exonerá-lo após instauração de processo administrativo precedido da sindicância, ressalvada, ainda, a possibilidade de o servidor exercitar seu direito de ação no órgão jurisdicional competente.

### 6 – Considerações Finais

A proposta hermenêutica de Francesco Ferrara está superada, dado o momento histórico de afirmação do constitucionalismo contemporâneo, em oposição ao tempo dos códigos portadores da *plenitude lógica*.

Entretanto, há que se ressaltar que tal superação consiste na absorção da Hermenêutica Jurídica Clássica pela Hermenêutica Constitucional, ou seja, os métodos de antes continuam sendo utilizados na interpretação e aplicação do direito, ressalvada a conformação aos padrões constitucionais como função precípua do intérprete e condição *sine qua non* para a manutenção da juridicidade do pacto político de convivência.

### 7 – Referências Bibliográficas

- BETIOLI, Antônio Bento. Introdução ao Direito: lições de propedêutica jurídica. São Paulo: Hermes Editora, 1989.
- DINIZ, Maria Helena. Aplicação do Direito. *In*: Compêndio de Introdução à ciência do Direito. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p.374-458.
- \_\_\_\_\_. Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
- \_\_\_\_\_. Objeto e Finalidade da Teoria Geral do Direito Civil. *In*: Curso de Direito Civil Brasileiro. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p.3-96.
- ERLICH, Eugen. Fundamentos da Sociologia do Direito. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1999.
- FERRARA, Francesco. Como Aplicar e Interpretar as Leis. Belo Horizonte: Líder, 2002.
- HERKENHOFF, João Baptista. Aplicar o Direito: à luz de uma perspectiva axiológica, fenomenológica e sociológica. 5ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989.
- MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e Aplicação do Direito. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

PEREIRA, Rodolfo Viana. *Hermenêutica Filosófica e Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

### Acórdãos

TJMG, Corte Superior, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.0000.00.347824-5/000, rel. Des. Pinheiro Lago, j. 10.03.04, “DJ” 19.05.04

TJMG, Corte Superior, Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 1.0000.03.400966-2/000, rel. Des. Almeida Melo, j. 28.04.04, “DJ” 21.05.04

TJMG, 1ª CCr, Recurso de Agravo Nº 1.0000.04.406617-3/001, rel. Des. Gudesteu Biber, j. 04.05.04, “DJ” 07.05.04

TJMG, 5ª CC, Agravo (C. Cíveis Isoladas) Nº 1.0105.00.012565-5/001, rel. Desª. Maria Elza, j. 22.04.04, “DJ” 11.05.04

TJMG, 4ª CC, Apelação Cível Nº 1.0000.00.346847-7/000, rel. Des. Hyparco Immesi, j. 22.04.04, “DJ” 25.05.04

TJMG, 5ª CC, Apelação Cível nº 1.0701.01.004885-1/001, rel. Des. Dorival Guimarães Pereira, j. 29.04.04, “DJ” 28.05.04

TJMG, 3ª CC, APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0713.03.012085-9/001, rel. Des. Kildare Carvalho, j. 29.04.04, “DJ” 14.05.04

TJMG, 5ª CC, Apelação Cível/Reexame Necessário Nº 1.0024.03.925798-5/001, rel. Des. Nepomuceno Silva, j. 13.05.04, “DJ” 01.06.04.

TJMG, 3ª CC, Mandado de Segurança nº 1.0000.03.403012-2/000, rel. Desª. Maria Elza, j. 19.05.04, “DJ” 09.06.04.

TJMG, 5ª CC, Reexame Necessário nº 1.0024.03.927982-3/001, rel. Des. Dorival Guimarães Pereira, j. 20.05.04, “DJ” 04.06.04.

TJMG, 5ª CC, Reexame Necessário nº 1.0086.03.001970-6/002, rel. Des. Dorival Guimarães Pereira, j. 15.04.04, “DJ” 14.05.04.







# HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL NA TEORIA DISCURSIVA E ESTADO DE DIREITO DEMOCRÁTICO

Danillo Sapia Gutier,  
Joziane Cristina Chieregato Matheus,  
Marcela Mansur Dagrava<sup>1</sup>

## Sumário

1- O Artificio dos Métodos Clássicos de Interpretação; 2- Teorias Hermenêuticas e Direito Democrático; 2.1- O Direito como Integridade de Ronald Dworkin; 2.2- A Proposta de Robert Alexy; 2.3- A Questão de Adequabilidade em Klaus Günther; 3- Análise de caso: a recusa de transfusão de sangue; 4.1- Interpretação Jurídica para o caso em tela de exame; 5- Conclusão; 6-Bibliografia.

## RESUMO

O artigo visa analisar e comparar, sob o ponto de vista do Estado de Direito Democrático, as teorias existentes sobre Hermenêutica Constitucional. Sob este mesmo paradigma, revisou-se a sentença proferida em um caso concreto quanto aos métodos de interpretação utilizados pelo juiz. Dessa forma, buscou-se criar uma resposta alternativa para o caso em análise e apontar qual teoria poderia melhor atender às necessidades atuais, respeitando o Devido Processo Legal e promovendo justiça social.

## ABSTRACT

The article seeks to analyze and compare, from the point of view of the DEMOCRATIC RULE OF LAW, the existent theories on CONSTITUTIONAL HERMENEUTICS.

Initially, it was made a brief presentation of classic model theories (Kelsen - Maximiliano - Bobbio), pointing its inefficacy for limiting to the validity and effectiveness, besides disrespecting the social context. Therefore, the pos-positive theories of interpretation (Dworkin - Alexy – Günther) were analyzed. After the appearance of “hard cases” (conflicts among constitutional beginnings), they would be those that would try to solve the problem in the Judiciary.

Later, trying to exemplify the theme in discussion, it was presented an uttered sentence in a concrete case. Aided by the analyzed theories, such sentence was revised as for the methods used by the judge and, on that same paradigm of Democratic Rule of Law, it was intended to create an alternative answer for the problem in subject.

Finally, after the theoretical and applied study, it was concluded which of the idealizations could better assist the current needs, respecting the Due Process of Law and promoting social justice.

**KEY-WORDS:** Democratic Rule of Law; Constitucional Hermeneutics; Blood Transfusion.

<sup>1</sup> Os autores são acadêmicos do 4º Período do Curso de Direito da Universidade de Uberaba – MG



## 1-O ARTIFÍCIO DOS MÉTODOS CLÁSSICOS DE INTERPRETAÇÃO

A doutrina clássica teve grande importância na evolução do Direito para o Modernismo. Foi através das obras de Kelsen, Maximiliano, Bobbio, entre outros, que a hermenêutica jurídica subiu o degrau para a positivação dos princípios constitucionais.

O grande marco desta evolução mostra-se presente na pirâmide kelseniana. Através desta, conflitos entre normas encontraram solução, seja na hierarquia, cronologia ou especialidade apresentada pela lei. Assim, perante um caso a ser julgado, os Tribunais possuiriam competência para “criar” uma lei específica para o mesmo, desde que esta não desrespeitasse um preceito superior originado do Poder Legislativo.<sup>2</sup>

Maximiliano afirmava que

*“a aplicação do Direito consiste no enquadrar um caso concreto em norma jurídica adequada. Submete às prescrições da lei uma relação da vida real; procura e indica o dispositivo adaptável a um fato determinado.”*<sup>3</sup>

Estes critérios, por sua vez, tornaram-se ineficazes com o início do Pós-Modernismo. Segundo Habermas<sup>4</sup>, os clássicos limitavam sua visão à validade, vigência e eficácia, não considerando a opinião social ou sua aprovação. Conseqüentemente, com o surgimento dos “hard cases”, ou seja, casos complexos caracterizados por conflitos de princípios constitucionais, houve uma nova problemática a ser solucionada no Judiciário, resultando em uma nova dificuldade para o sistema.

## 2-TEORIAS HERMENÊUTICAS E DIREITO DEMOCRÁTICO

Tendo em vista os novos horizontes da hermenêutica constitucional, teorias surgiram para suprir as necessidades do período pós-positivo. Com a constitucionalização dos princípios em 1988, o Ordenamento Jurídico brasileiro expandiu-se, iniciando mais um processo de conflitos nas normas vigentes. A partir daí, o mundo abriu as portas às novas idéias que, exaustivamente, tentariam suprir tais falhas, englobando inclusive os chamados “hard cases”.

### 2.1-O DIREITO COMO INTEGRIDADE DE RONALD DWORKIN

Ronald Dworkin elaborou sua teoria baseado no estudo do ordenamento jurídico e do contexto em que o caso se apresenta. A chamada de Teoria do Direito como Integralidade fundamenta que o direito deveria ser analisado, primeiramente, como um conjunto de regras e princípios. Afirma que

*“O direito como integridade pede que os juízes admitam, na medida do possível, que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo, e pede-lhes que os apliquem nos novos casos que se lhes apresentem, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas normas.”*<sup>5</sup>

<sup>2</sup> KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Tradução de João Baptista Machado. 6ª ed. Coimbra, Portugal: Ed. Arménio Amado, 1984.

<sup>3</sup> BETIOLI, Antonio Bento. *Introdução ao Direito. Lições de Propedêutica Jurídica*. 8ª ed., p. 368. São Paulo: Ed. Letras e Letras, 2002.

<sup>4</sup> HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms*; contributions to a discursive theory of law and democracy. Cambridge, MA: MIT, 1996 *apud* BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. *A nova hermenêutica na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. *Crise e desafios da Constituição*. p. 517. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

<sup>5</sup> DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. p. 291. São Paulo: Martins Fontes, 1999.



Havendo uma possível colisão entre princípios (chamada por ele de “tensão”), Dworkin propõe uma visão principiológica genérica, sendo que só o juiz é que pode invocá-los ao caso concreto. A partir desse raciocínio, sua teoria cria a figura do Juiz Hércules, ou seja, um juiz imaginário capaz de solucionar os “hard cases” da melhor maneira possível. A partir daí, caberia ao juiz espelhar-se nessa figura para solucionar os conflitos. De acordo com ele, Hércules

*“é um juiz criterioso e metódico. Começa por selecionar diversas hipóteses para corresponderem à melhor interpretação dos casos precedentes, mesmo antes de tê-los lido.*

*“(...) começa a verificar cada hipótese (...) perguntando-se se uma pessoa poderia ter dado os veredictos dos casos precedentes se estivesse, coerente e conscientemente, aplicando os princípios subjacentes a cada interpretação.”<sup>6</sup>*

Segundo Elke Andrade Soares de Moura Silva,

*“para Dworkin, apesar de reconhecer a tessitura aberta dos princípios, a distinção entre regra e princípio não é morfológica, não podendo ser feita em abstrato; apenas o caso concreto é que determinará se um ou outro. Tanto os princípios quanto as regras permanecem no nível de abstração em que nascem, em constante concorrência, até que as particularidades de um caso específico, individual e concreto possam definir, deontologicamente, qual a norma adequada para reger*

*a situação posta.”<sup>7</sup>*

Sua teoria foi inicialmente criticada por não respeitar o Devido Processo Legal e por adotar princípios de natureza muito ampla. Dworkin deixou subentendido que as partes não são ouvidas por achar desnecessário o princípio processual. O juiz sozinho, baseando-se no Juiz Hércules, seria capaz de decidir e solucionar o caso uma vez que só ele pode invocar os princípios que hoje estão constitucionalizados.

## 2.2-A PROPOSTA DE ROBERT ALEXY

Robert Alexy apresenta sua proposta de interpretação com a Teoria da Proporcionalidade enfocada na ponderação dos princípios. Os princípios para ele encontrariam uma hierarquia onde, se fosse obedecida, teria o poder de solucionar qualquer caso do Judiciário. A figura de Juiz Hércules não existe aqui, porém o contexto não é analisado como na teoria dworkiniana. Segundo ele,

*“Los principios jurídicos deben permitir que también exista una única respuesta correcta. La única respuesta correcta o verdadera sería así la que mejor pueda justificarse a través de una teoría substantiva que contenga aquellos principios y ponderaciones de principios que mejor se correspondan con la constitución, las reglas de Derecho y los precedentes.”<sup>8</sup>*

As críticas a esse “sistema” não encontram fim. Doutrinadores de todo o mundo acreditam que equalizar os princípios de Direito seria transformar uma ciência humana em uma tabela matemática,

<sup>6</sup> Ibidem. p. 288-289.

<sup>7</sup> SILVA, Elke Andrade Soares de Moura. *Controle difuso de constitucionalidade como salvaguarda do Estado Democrático de Direito*. In: Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Belo Horizonte, v. 50, n. 1, Jan./Mar. 2004.

<sup>8</sup> ALEXY, Robert. *Derecho y Razon Practica*. p. 10. Distribuciones Fontamara: México, 1993. “Os princípios jurídicos devem permitir que também exista uma única resposta correta. A única resposta correta ou verdadeira seria, assim, a que melhor pudesse justificar, através de uma teoria substantiva que contenha aqueles princípios e ponderações de princípios que melhor correspondam com a Constituição, as regras de Direitos e os precedentes.” (Tradução livre)



ignorando, de forma grosseira, os valores que aquela sociedade atribui ao fato jurídico<sup>9</sup>. Por não levar em consideração tais valores e criar fórmulas pré-julgadas dentro do Judiciário, esta teoria perde espaço no campo jurisdicional, dando força a Günther e Dworkin.

Cabe citar a pesquisa realizada por José Alfredo de Oliveira Baracho Júnior,<sup>10</sup> que mostra a freqüente utilização da teoria alexyana pelo Judiciário Brasileiro. Tal afirmação assusta e encontra lógico esclarecimento. Com a morosidade de nosso sistema, torna-se mais prático e rápido julgarmos de acordo com essa teoria. Com o comodismo em não analisar o contexto e os valores sociais envolvidos, juízes abrem portas a Alexy com o falso raciocínio de estar gerando pacificação social por meio da jurisdição.

Ora, se a Constituição Republicana sacramenta o Estado Democrático de Direito, os princípios do contraditório, a imparcialidade do juiz, a ampla defesa, a persuasão racional do magistrado e a motivação das decisões, pode-se dizer que tal posicionamento ignora valores constitucionais consagrados. Em outras palavras, ao analisar os processos que entram no Judiciário brasileiro e sua tramitação até serem julgados, pode-se ver que as sentenças aplicadas são ilegítimas, pois não respeitam o devido processo legal e denunciam a inércia do Ministério Público em garanti-las à sociedade. Baracho Jr. concorda, portanto, com Habermas quando este afirma que “o princípio da proporcionalidade possibilita uma ponderação de valores e que essa não seria adequada à interpretação da Constituição.”<sup>11</sup>

## 2.3-A QUESTÃO DA ADEQUABILIDADE

### DE KLAUS GÜNTHER

Klaus Günther, apoiado nas idéias de Dworkin e nos princípios garantidos pelo Devido Processo Legal, criou a Teoria da Adequabilidade. Esta defende a garantia da efetivação e da legitimação dos julgamentos, atribuindo ao juiz a responsabilidade de analisar o contexto em que o caso se apresenta e as normas que o envolvem. Uma coleta de princípios deveria ser feita pelo juiz com a finalidade de obter uma norma que melhor se adequasse para solucionar o caso.

A partir daí, o magistrado deve respeitar o Devido Processo Legal e, ao julgar, deve fundamentar sua escolha na norma que melhor se encaixa para a solução do caso. Por ser mais moderna, a Teoria da Adequabilidade não encontrou críticas fortes a ponto de desconsiderá-la. Pode-se dizer que ela se apresenta como uma revisão do pensamento dworkiniano, onde suas falhas passaram por uma reforma, sendo hoje mais viável a atender os conflitos de princípios presentes no Ordenamento Jurídico.

Marcelo Campos Galuppo interpreta Günther afirmando que:

*“O termo adequabilidade, utilizado por Günther, significa que o juiz, quando excepciona concretamente a aplicação de princípios concorrentes em um determinado caso, apenas reconhece que os mesmos são ou não adequados para realizar a exigência de Integridade e de justiça naquela situação. Isso leva à conclusão de que os princípios se diferenciam das regras pela indeterminação maior quanto às condições de sua aplicação,*

<sup>9</sup> OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni. *Interpretação jurídica, processo e tutela jurisdicional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito*. In: *Revista de Direito*, Belo Horizonte, v.4, n. 7 e 8, p.106-117, 1º e 2º sem. 2001.

<sup>10</sup> BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. *A nova hermenêutica na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. *Crise e desafios da Constituição*. p.509-520. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

<sup>11</sup> HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms: contributions to a discursive theory of law and democracy*. Cambridge, MA: MIT, 1996 *apud* BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. *A nova hermenêutica na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. *Crise e desafios da Constituição*. p. 517. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.



*indeterminação ligada ao fato de não se poder estabelecer um escalonamento entre os mesmos.”<sup>12</sup>*

### 3-ANÁLISE DE CASO: A RECUSA DE TRANSFUSÃO DE SANGUE

O caso a ser analisado refere-se ao Processo n.º 01193306956, 16ª Vara Cível de Porto Alegre, RS. Nele esteve envolvido o paciente R.C.G, 50 anos de idade, internado em um hospital com diagnóstico de varizes esofágicas e quadro de hemorragia digestiva alta, com hipotensão ortostática e taquicardia reflexa. Por motivos de convicções religiosas, o paciente solicitou tratamento médico isento de sangue. Discordando do posicionamento do paciente, o hospital ajuizou uma ação cautelar inominada, obtendo liminar *inaudita altera pars* autorizadora da hemotransfusão.

Ao tomar conhecimento da decisão, o paciente abandonou o hospital, mesmo sem autorização médica, partindo em busca de tratamento médico compatível com seus mais profundos ideais. Foi tratado em outra instituição hospitalar, sem necessidade de transfusões de sangue, tendo recuperação plena. No mérito, a ação foi julgada improcedente, porque se evidenciou que o paciente não foi tratado em harmonia com seus valores pessoais. Eis alguns trechos da sentença:

*“Inconforma-se que o médico, quer por preconceito religioso, quer por limitação profissional, venha a juízo requerer autorização judicial para violar direitos individuais consagrados, com base em um atestado incompleto, com o claro objetivo de justificar o iminente risco de vida, tão iminente, que o paciente ainda está vivo, a par de não ter sido procedida a transfusão sangüínea*

*(...). O direito ao tratamento há de abranger a integridade da pessoa do doente, observando-se os aspectos religiosos, jurídicos, intelectuais e físicos.”<sup>13</sup>*

Entretanto, segundo esclarecimento prestado por profissional da área da saúde, *“No caso em questão, o paciente apresenta varizes esofágicas, ou seja, dilatação dos vasos que irrigam o esôfago em virtude do aumento da pressão arterial por alterações hepáticas. A ruptura das varizes esofágicas com sangramento maciço cursa com aproximadamente 50% de óbito no primeiro episódio, 70% no segundo e até 90% no terceiro, caracterizando assim risco iminente de vida. O paciente citado apresenta hipotensão arterial e taquicardia, o que o enquadra num Choque Hipovolêmico num grau tal em que há indicação precisa de transfusão sangüínea.”<sup>14</sup>*

#### 4.1-INTERPRETAÇÃO JURÍDICA PARA O CASO DE EXAME EM TELA

A falha existente no controle dos bancos de sangue, o que pode resultar na contaminação das mais diversas doenças, e alguns motivos religiosos levam inúmeras pessoas de diferentes países a rejeitarem a transfusão sangüínea. Entre elas, estão as Testemunhas de Jeová, que, por seguirem um mandamento bíblico (Gênesis 9, 3:5; Levítico 17, 10:12 e Atos 15, 20) de que devem se abster de sangue, não aceitam qualquer tratamento médico em que seja necessária sua transfusão.

Dessa forma, colocam os profissionais da área de saúde num grande impasse: salvar a vida ou respeitar a liberdade

<sup>12</sup> GALUPPO, Marcelo Campos. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília a. 36 n. 143 jul./set. 1999.

<sup>13</sup> *Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul*. Disponível em: <www.tj.rs.gov.br>.

<sup>14</sup> Dra. Jaqueline M. Matheus (CRM 38.455), residente do segundo ano de Clínica Médica da Faculdade de Medicina do Triângulo Mineiro. Uberaba – MG.



de crença, pois ambos são princípios garantidos aos cidadãos em nossa Constituição Federal, no art. 5º. Sendo assim, surge a discussão em torno de qual deveria ser a atitude correta adotada pelos médicos, caso um paciente adepto da religião precisasse de tratamento no qual seria necessária e **imprescindível** a utilização de transfusão de sangue.

Analisando os artigos referentes ao Código de Ética Médica, vê-se que é obrigação dos profissionais da área estarem sempre atualizados com as novas técnicas médicas, possibilitando melhores condições de saúde aos seus pacientes. Ficam assim proibidos de utilizarem sua autoridade para forçá-los a fazerem aquilo que não querem (salvo quando o enfermo se encontrar em risco iminente de vida), além de não poderem usar qualquer meio que abrevie a vida dos pacientes (art. 5º, II CF/88 c/c art. 66 CEM).

Na opinião dos médicos, quando um paciente se encontra em perigo iminente de vida, quer dizer que o tratamento alternativo já foi realizado e não solucionou o problema, sendo a transfusão sangüínea o único meio capaz de solucioná-lo. Deve-se levar em conta também que o Brasil, apesar de possuir excelentes centros de tratamento médico, apresenta inúmeros outros problemas que impedem que esses meios alternativos sejam implantados e se tornem acessíveis a toda a população, muitas vezes forçando o médico a agir contra a vontade do seu paciente.

Dessa forma, se o paciente é maior e capaz de exercer todos os atos da vida civil e o médico optar por respeitar a vontade dele em não receber sangue de outrem, cabe a este registrar o ocorrido juntamente às autoridades públicas competentes, evitando assim ter sua conduta tipificada como **crime por omissão**, prevista nos artigos do Código Penal Brasileiro.

A doutrina referente à responsabilidade civil do médico lembra que

a relação médico-paciente é contratual, baseada em uma relação de meio e não de resultado (salvo nos casos de cirurgia plástica). Logo, sua obrigação consiste em utilizar todas as possibilidades para proporcionar ao seu paciente o tratamento adequado, mas isso não o obriga a garantir sua cura. Sendo assim, sob análise do Código de Defesa do Consumidor, Arruda Alvim entende que seu art. 14, § 4º, que vela sobre a prestação de serviço,

*“afasta dos profissionais liberais a responsabilidade independentemente de culpa pelo fato do serviço. Assim, a responsabilidade civil pelos danos decorrentes do serviço dos profissionais liberais, como **médicos** (grifo nosso), **advogados, odontólogos, contadores e outros, dependerá de existência e comprovação da culpa.**”<sup>15</sup>*

Em relação aos pacientes menores e aos demais considerados relativa ou absolutamente incapazes e que são tutelados, e que estão sob perigo iminente de vida, caberá somente à autoridade médica decidir sobre qual o melhor procedimento a ser utilizado, independentemente do consentimento de seus responsáveis legais. Sendo assim, os médicos, buscando cumprir o direito garantido no artigo 5º, *caput* do ECA, que protege crianças e adolescentes de serem vítimas de negligência, acabam por violar os arts. 15 e 16, III da mesma lei, que lhes garante liberdade, inclusive de crença.

Continuando a análise do caso concreto, questiona-se novamente qual deveria ser a atitude do médico, vendo-se frente à negativa de seu paciente em realizar a transfusão sangüínea e, pressionado, por outro lado, por sua obrigação de agir.

Embora se saiba que a aplicação de tratamentos alternativos para transfusão sangüínea nem sempre é possível, deve-se

<sup>15</sup> ALVIM, Arruda. Código de Defesa do Consumidor e Dano Moral. Rio de Janeiro: Forense, 2002.



ignorar esse fato por ora. Apenas analisar-se-ão as conseqüências penais advindas de casos similares àquele em questão.

A omissão do médico à aplicação do tratamento é condenável, se desse fato resultar algum dano ao paciente. Por outro lado, sua ação a fim de realizar a transfusão sangüínea, sem o consentimento do enfermo, também o será, se não provado o iminente risco de vida, conforme reza o Código de Ética Médica e o Código Penal.

Na primeira hipótese, o profissional da saúde, omitindo-se, abandonando seu paciente sem realizar o tratamento, poderá enquadrar-se nos tipos penais denominados **perigo para a vida ou saúde de outrem** e/ou **abandono de incapaz**, além de **omissão de socorro**.

Sendo ainda o paciente criança ou pessoa em estado de inconsciência, e se seus responsáveis legais induzirem o médico à não utilização do tratamento com sangue, levando-o à omissão de socorro, eles devem responder por participação em tal delito, segundo o art. 29 do CP. Os parentes da vítima participam do crime por induzimento do omitente, enquanto o médico pelo delito em si, ou seja, o homicídio, caso o paciente venha a falecer por falta daquele tratamento.

Na segunda hipótese, a da ação, em que o médico aplica o tratamento no paciente sem seu prévio consentimento, estará cometendo **constrangimento ilegal**, previsto no art. 146 do CP. Tal artigo, em seu parágrafo terceiro, faz uma ressalva e, no inciso primeiro, declara que a intervenção médica em caso de **iminente perigo de vida** não será considerada criminosa. Também o Código de Ética Médica protege os profissionais da área quando o paciente se encontra nesse estado de risco, possibilitando ao médico sua ação a fim de salvar a vida do doente.

Assim, analisando-se juntamente o CEM e o CP, percebe-se que fica estabelecido que, **em caso de risco iminente de vida**, o médico será o único árbitro, podendo agir livremente na tentativa de salvar a vida. Não

sendo possível a terapêutica por tipo alternativo à transfusão, poderá fazê-la, sem que posteriormente isso seja usado contra ele.

A mesma conduta é assegurada pelo Conselho de Ética Médica, que, devido a grande polêmica gerada em torno das transfusões sangüíneas em Testemunhas de Jeová, criou em 1980 a Resolução nº 1.021. Ela está fundamentada de acordo com o Código Penal Brasileiro, o Código de Ética Médica, além da Constituição Federal de 1967 – já revogada –, tendo como objetivo unificar as condutas médicas, caso algum paciente adepto daquela religião busque tratamento em que só a transfusão sangüínea é possível.

Apesar de atualmente vigorar um novo Código de Ética Médica e uma nova Constituição Federal, ambos criados em 1988, a resolução continua vigente, por não apresentar nenhuma disposição em contrário a eles

#### 4- CONCLUSÃO

Os “*hard cases*” são objetos de grande preocupação que o Poder Judiciário enfrenta no início do Pós-Modernismo. A colisão de princípios deve ser analisada com cautela, levando em consideração as teorias mais atuais, não deixando faltar, por parte do Judiciário, uma melhor análise do contexto em que o caso se insere.

Analisando o quadro clínico no qual se encontra o paciente R.C.G., conclui-se que se trata de estado de iminente perigo de vida. Sendo assim, não é possível ao médico optar por um tratamento alternativo, no qual não se utilize a transfusão sangüínea.

O caso, no entanto, apresenta-se mais amplo, sendo capaz de resultar impactos sociais e psicológicos na vida dos envolvidos, tornando-o ainda mais complexo. Pode-se dizer que não se trata somente de um conflito de princípios constitucionais.

Logo, para que fosse possível analisar se o médico agiu ou não



corretamente, ao optar pela preservação da vida e não da religião do paciente, foi adotada a Teoria da Adequabilidade dos Princípios de Klaus Günther. Buscou-se, então, a análise do fato em discussão e, através do Ordenamento Jurídico, indicar leis válidas que se ajustem ao exemplo concreto a fim de solucioná-lo.

Segundo esse ponto de vista, de acordo com Günther, o contexto de cada situação não poderá de forma alguma ser desprezado. Tem-se dois grandes princípios, a vida e a liberdade, que aparentam estar em conflito. Havendo tensão, deve-se buscar então entre essas normas válidas aquela que melhor se adequará ao caso concreto.

Assim, a questão repousa na pergunta: “Há risco de vida?” Havendo *perigo iminente*, o médico ou qualquer outra pessoa deve agir sempre de forma a tentar evitar que alguém venha a falecer. Mesmo quando uma pessoa pretende suicídio, se houver uma segunda pessoa em cena, esta terá obrigação de agir, mesmo que, para impedir o ato, seja necessário desconsiderar a opinião daquela pessoa ou usar a força, conforme permite o art. 146 *caput*, § 3º, I, II, do CP, sobre constrangimento ilegal. Também pelo Código de Ética Médica, o profissional da saúde estará protegido ao adotar qualquer conduta que considere adequada e fundamental. Assim como lembra o professor Jurandir Sebastião,

*“Nos casos de perigo de vida, a transfusão de sangue deverá ser executada (...) mesmo contra a vontade do paciente, em cumprimento aos artigos 46 e 56 do CEM, sem qualquer receio de processo administrativo ou judicial.”<sup>16</sup>*

Caso não haja risco iminente de vida, a liberdade, não só religiosa, mas a de decidir

sobre o próprio corpo, deve ser respeitada. Entretanto, nessa hipótese, não haverá conflito algum. Se a vida não está sob ameaça, o paciente não estará abdicando a ela ao preferir respeitar o que manda sua religião. A questão já estará resolvida.

Como o laudo pericial declarou que o estado do paciente era de risco iminente, evidencia-se que o tratamento com uso de sangue deveria ser feito, mesmo desrespeitando a opinião de familiares e do próprio paciente.

Sendo assim, cabe ao médico realizar a transfusão sangüínea contra a vontade de seus pacientes, toda vez que se encontrarem em situação de perigo iminente de vida, onde a possibilidade de utilizar tratamento alternativo estará excluída, conforme também dispõe a Resolução nº 1.021/1980 do Conselho Federal de Medicina.

No caso em questão, depois de verificado todo o impasse, entende-se que a atitude do médico foi aceitável, tendo ele agido com as melhores intenções a fim de garantir a boa recuperação de seu paciente, além de estar protegido pela legislação para tal. Tendo, ainda, ajuizado ação cautelar, mais uma vez aprova-se sua conduta processualmente correta, buscando proteção e respaldo na lei de seu país.

Conclui-se, então, que o sistema alexyano seria o menos plausível, pois ignora até mesmo princípios já constitucionalizados, tornando o julgamento impróprio de aceitação social. É inadmissível uma hierarquização de princípios, visto que a própria Constituição delega igualdade entre eles, podendo afirmar até mesmo uma inconstitucionalidade na prática desta teoria.

Entende-se também que a Teoria do Direito como Integridade, de Ronald Dworkin, não seria a mais adequada por se acreditar que é impossível ao magistrado solucionar o caso a partir de sua imersão em uma figura

<sup>16</sup> SEBASTIÃO, Jurandir. *Responsabilidade Médica: Civil, Criminal e Ética*. 3ª ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 248.





imaginária perfeita – o Juiz Hércules – para que, baseando-se nela, invoque os princípios que hoje estão constitucionalizados. Não se deve esperar que ele decida, dentre todas as possibilidades, por aquela que se almeja como a mais adequada, por se tratar de uma questão extremamente subjetiva, que pode ser alterada segundo pontos de vista diferentes.

Em uma sociedade onde vigem gigantescas diferenças de credo e opinião, o contexto de cada situação não pode deixar de ser analisado cuidadosa e atentamente, como defende Klaus Günther. Desta maneira,

no Estado de Direito Democrático, não se pode ignorar que esta teoria mostra-se mais coerente, uma vez que ela apresenta extrema flexibilidade ao se falar de valores sociais éticos e morais.

Günther não falha nos mesmos pontos que Dworkin e Alexy, e adota um sistema inteligente de adequação do Direito, de maneira que, se este fosse utilizado, promoveria uma justiça menos superficial e mais eficiente, respeitando o Devido Processo Legal e aumentando, assim, a credibilidade no Poder Judiciário.

### 5- REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert. *Derecho y Razon Practica*. Distribuciones Fontamara: México, 1993.
- ALVIM, Arruda. *Código de Defesa do Consumidor e Dano Moral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. *A nova hermenêutica na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. *Crise e desafios da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 21ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2000.
- BETIOLI, Antonio Bento. *Introdução ao Direito. Lições de Propedêutica Jurídica*. 8ª ed., p. 368. São Paulo: Ed. Letras e Letras, 2002.
- BONAVIDES, Paulo. *Direito Constitucional*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988.
- \_\_\_\_\_. *Curso de Direito Constitucional*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Parte Geral. v.1. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- GALUPPO, Marcelo Campos. *Os princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação*. In: Revista de Informação Legislativa. p. 191-209. Brasília a. 36 n. 143 jul./set. 1999.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. 20ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução: João Baptista Machado. 6ª ed. Coimbra, Portugal: Ed. Armênio Amado, 1984.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 15ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- MURIEL, Christine Santini. Aspectos Jurídicos das transfusões de sangue. *RT 706*, p. 30-35. São Paulo: RT, 1994.



NETO, Miguel Kfourri. *Responsabilidade Civil do Médico*. 5ª ed. ver. e atual. p. 173-176. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni. *Interpretação jurídica, processo e tutela jurisdicional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito*. In: Revista de Direito, Belo Horizonte, v.4, n. 7 e 8, p.106-117, 1º e 2º sem. 2001.

PEREIRA, Rodolfo Viana. *Hermenêutica Filosófica e Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Crise e desafios da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SEBASTIÃO, Jurandir. *Responsabilidade Médica: Civil, Criminal e Ética*. 3ª ed. rev. e atual. p. 245-251. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SILVA, Elke Andrade Soares de Moura. *Controle difuso de constitucionalidade como salvaguarda do Estado Democrático de Direito*. In: Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Belo Horizonte, v. 50, n. 1, Jan./Mar. 2004.



# SENTENÇA LESIVA AO ERÁRIO PÚBLICO E SUA INVALIDAÇÃO

Lúcio Eduardo de Brito<sup>1</sup>

## RESUMO

A Constituição Federal, art. 37, *caput*, impõe obediência aos princípios que declina a todos os agentes públicos, bem como a Lei n. 4.717/65 (ação popular) e a Lei n. 8.429/92 (improbidade administrativa) não distinguem a natureza do ato ou a função exercida pelo agente que pratica ato de improbidade.

Logo, atos jurisdicionais não podem estar fora da incidência da ação popular ou da ação civil pública quando já não estão mais passíveis de recurso próprio ou quando é incabível ação rescisória, o que legitima qualquer do povo ou o Ministério Público impugnar ato jurisdicional lesivo ao patrimônio público ou à moralidade administrativa.

**PALAVRAS-CHAVES:** sentença – improbidade administrativa – anulabilidade - ação popular - ação civil pública.

## ABSTRACT

The Federal Constitution, article 37, *caput*, the Law nr. 4.717/65 (popular action), and the Law nr. 8.429/92 (harming public property or the administrative morality) impose the obedience by principles which establish that all public agent don't distinguish the nature of the act or the function exercised by the agent who practice act by harming public property or the administrative morality.

Therefore, jurisdictional acts can't escape from the incidence of popular action or public civil action, mainly when it is no longer possible to have its own resources, or when it is no longer possible to apply rescisory action, what legitimize any citizen, or Departmente of Justice, to ask for the invalidation of the jurisdictional act harming public property or the administrative morality.

**Key words:** sentence - harming public property - administrative morality - voidableness - popular action - public civil action.

## Sumário

Introdução. – 1. Tripartição de funções e a função jurisdicional. – 2. Lesão ao patrimônio público. - 3. O ato ilegal. – 4. Violação do princípio da moralidade. – 5. Ato tipicamente jurisdicional. – 6. Ato jurisdicional e ação popular. – 7. Ato jurisdicional e a ação civil pública – 8. Tratamento jurisprudencial. – 9. Casos concretos de atos jurisdicionais inconstitucionais ou lesivos ao erário público. – 10. A coisa julgada. – 11. Sentença lesiva ao erário e sua inexistência jurídica. – 12. Imprescritibilidade do pedido de reparação do erário. – Conclusão. - Bibliografia.

## INTRODUÇÃO

A dilapidação do erário público, muito embora praticada usualmente pelos que exercem a função administrativa, também está passível de ser materializada através de

um ato jurisdicional típico, com caráter de imutabilidade.

O ato jurisdicional típico, como uma das formas de agir do Estado, deve necessariamente obedecer aos princípios e

<sup>1</sup> O autor é Juiz de Direito em Uberaba, MG, especialista em Direito Público pela Faculdade de Direito do Oeste de Minas e mestrando pela Faculdade de Direito da UEMG – campus Ituiutaba, MG.



valores positivados no ordenamento jurídico vigente, sobretudo aqueles sedimentados na Constituição Federal, visto que o art. 37, *caput*, impõe obediência aos princípios que declina, sem distinguir a natureza do ato ou a função exercida pelo agente, assim como a Lei n. 4.717/65 (ação popular) e a Lei n. 8.429/92 (improbidade administrativa) não distinguem a natureza do ato ou a função exercida pelo agente.

Com efeito, atos jurisdicionais não podem estar fora da incidência da ação popular ou da ação civil pública, quando já não estão mais passíveis de recurso próprio ou quando é incabível a ação rescisória.

Também é inadmissível a supervalorização da coisa julgada para justificar a imutabilidade de um ato jurisdicional contrário aos princípios constitucionais e anseios do povo, até porque, em caso de sentença lesiva ao erário público ou à moralidade, o prejudicado em última análise é sempre o cidadão.

Daí a análise que se propõe, qual seja, a de se invalidar o ato jurisdicional lesivo ao patrimônio público, através da ação popular, proposta por qualquer do povo, ou de ação civil pública, ajuizada pelo Ministério Público.

### 1. Tripartição de funções e a função jurisdicional

Aristóteles<sup>2</sup>, ao analisar as constituições das cidades-estado gregas, identificou as funções de deliberação, execução e jurisdição, mas a contemporânea noção de separação de poderes, como forma de limitação do abuso de poder, teve berço na história inglesa, em que o parlamento conseguiu pela força impor-se às monarquias absolutas até então existentes.

A revolução gloriosa, com a queda

do Rei Jaime II, foi ponto de partida, tendo sido o pensador John Locke<sup>3</sup> patrono da defesa da autoridade do parlamento inglês frente ao Rei.

Locke defendia que os poderes legislativo e executivo deveriam ser separados, mas foi o aristocrata francês Charles Louis de Secondat, o Barão de Montesquieu<sup>4</sup>, quem concebeu a teoria da separação de poderes, sugerindo um terceiro poder independente: o Poder Judiciário.

Em sua idéia de tripartição de poderes, Montesquieu atribui a cada órgão o exercício de uma função, objetivando com isso combater os regimes absolutistas, concentrados e ilimitados, através de um sistema de divisão do exercício do poder político em órgãos distintos.

Pela tripartição de Poderes, a atividade do Estado foi dividida em três funções preponderantes, que devem ser desenvolvidas de forma independente e harmônica entre si, mas acima de tudo em absoluta obediência aos princípios norteadores da Constituição.

A prática separada de atos não implica, de modo algum, que qualquer deles deixe de ser ato de Estado, uma vez que “la división de poderes significa que cada poder, cada órgano Del Estado, tenga a su cargo *una sola función Del Estado*”<sup>5</sup>, afirma o argentino Agustín Gordillo.

Tem-se, então, o Poder Executivo, que pratica preponderantemente ato administrativo; o Poder Legislativo, que produz leis; e o Poder Judiciário que aplica as leis aos casos concretos, através de sentenças. O Estado exerce o que se chama de *funções*.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto destaca “que as funções exercidas pelos três Poderes orgânicos são modalidades de ação do Estado”<sup>6</sup>, observando que são

<sup>2</sup> ARISTÓTELES. *Política*. Trad. de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret. 2004.

<sup>3</sup> LOCKE, John. *Segundo Tratado Sobre o Governo*. Trad. Alex Marins. São Paulo: Martin Claret. 2003.

<sup>4</sup> MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*. Trad. Jean Melville. São Paulo: Martin Claret. 2002.

<sup>5</sup> GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. Belo Horizonte: Del Rey. Séptima edición. 2003. Tomo 1. P. IX-2

<sup>6</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 13ª edição. Rio de Janeiro: Forense. 2003. P. 23.



distribuídas com maior ou menor grau de autonomia a cada função, em caráter de complementaridade.

Em suma, pode-se dizer que o Estado exerce suas ações através de três modalidades bem definidas: criando normas gerais e abstratas (função legislativa), aplicando a ordem jurídica ao decidir casos concretos de conflitos (função jurisdicional) ou administrando interesses públicos (função administrativa).

O português Marcello Caetano, antes de definir o que seja ato administrativo, faz expressa referência ao que chama de *actos da Administração*, que é gênero, do qual é espécie o ato administrativo. Segundo Marcello Caetano

*São actos da Administração todos aqueles que sejam praticados por órgãos das pessoas colectivas de direitos públicos no exercício das suas funções. Podem ser actos genéricos, de entre os quais os regulamentos têm relevância especial, actos praticados nos termos do Direito privado, embora para fins administrativos, actos de natureza jurisdicional, actos políticos, e actos administrativos.*<sup>7</sup>

Como se vê, o ato jurisdicional é, em suma, um ato jurídico da administração, aqui compreendida em sentido amplo.

Marcello Caetano, em outro ponto de sua obra, destaca que “nem todos os actos dos órgãos da Administração Pública são actos administrativos”, admitindo “a existência de uma categoria ampla de actos jurídicos da Administração, dentro da qual cabem, além de outros, os regulamentos (ou

actos normativos), os actos jurisdicionais e os actos administrativos.”<sup>8</sup>

Em síntese, legislar, administrar e julgar são funções que o Estado pratica por órgãos separados. Como não são eles dotados de personalidades jurídicas próprias, a manifestação concreta de cada um é, em última análise, uma *ação do Estado*, seja através da lei, seja através da sentença, seja através do ato administrativo. No entanto, como *ação do Estado* ou declaração deste, tanto a lei, como a sentença ou o ato administrativo, hão de estar sempre em harmonia com a Lei Maior, dada a supremacia constitucional, sob pena de inconstitucionalidade.

Por esses fundamentos é que não se pode aceitar a idéia comodista de que o ato jurisdicional esteja imune à invalidação através de outra sentença, ainda que aparentemente protegido pelo instituto da *coisa julgada*.

## 2. Lesão ao patrimônio público

A lesividade, na visão do inesquecível administrativista Hely Lopes Meirelles, “é toda manifestação de vontade da Administração, danosa aos bens e interesses da comunidade,”<sup>9</sup> ou seja, se o ato ou a omissão desfalcar indevidamente o patrimônio público, óbvio que é lesivo. E considera-se patrimônio público não só os bens da entidade pública, “mas também e com maior razão no que se refere ao erário ou fisco, que se formam com as contribuições fiscais”, conforme conceitua José Afonso da Silva.<sup>10</sup>

Lesão é o desfalque, o desvio de verba, o embolso do dinheiro ou a apropriação indevida de bem ou serviço. É, enfim, via de regra, a improbidade, praticada

<sup>7</sup> CAETANO, Marcello. *Manual de Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina. Vol. I. 1990. P. 425/426.

<sup>8</sup> Ob. cit. pp. 440/441.

<sup>9</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, “Habeas-Data”, Ação Declaratória de Inconstitucionalidade e Arguição de Descumprimento de Preceito fundamental*. 25a ed. Atual. por Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003. P. 130.

<sup>10</sup> SILVA, José Afonso da. *Ação popular constitucional – Doutrina e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968. P. 150.



quase sempre por ato doloso do agente, pelas diversas formas que a mente humana sem um mínimo de escrúpulo é capaz de imaginar e perpetrar, com ou sem enriquecimento ilícito para o autor do ato ou de terceiros. É curioso observar, contudo, que em recente julgado o Tribunal de Justiça do Amapá<sup>11</sup> entendeu que “a lesividade ao erário pode abranger tanto o patrimônio material, quanto o moral e o cívico”.

Sendo ato lesivo ao erário, óbvio que é inconstitucional, porque viola os princípios que regem a administração pública, posto que o art. 37, *caput*, da CF cobra obediência de todos os agentes, de qualquer dos três Poderes, sem distinguir a natureza do ato.

Para o caso específico da ação popular, Cândido Rangel Dinamarco destaca que “é insuficiente pensar na mera capacidade abstrata de causar dano hipotético, num futuro incerto e na mera suposição da ocorrência de circunstâncias apenas imagináveis mas não comprovadas no processo”<sup>12</sup> e salienta: “Ato lesivo é aquele que seja portador concreto de dano efetivo ao patrimônio comum.”<sup>13</sup>

### 3. O ato ilegal

Ainda no que se refere à ação popular, a ilegalidade do ato, conjuntamente com a lesividade, tem sido um requisito exigido pelos tribunais, para se anular o ato impugnado, em que pese a Celso Antônio Bandeira de Mello alertar que todos os servidores “hão de ter perante a lei - para cumprirem corretamente seus misteres - a mesma humildade e a mesma obsequiosa

reverência para com os desígnios normativos.”<sup>14</sup>

A ilegalidade do ato, isoladamente considerada, deveria no mínimo ser motivo de nulidade do ato, visto que a “reserva da lei faz com que estatutos, ordens, prescrições e medidas que contradizem uma lei, sejam nulos”<sup>15</sup>, lembra Jürgen Habermas. E Seabra Fagundes afirma que “não estando adstrito aos limites pré-traçados pela lei, o ato é nulo”<sup>16</sup>.

Assim sendo, seja por ser efetivamente lesivo ao erário público, como também apenas e tão-somente imoral ou meramente ilegal, o ato deveria estar passivo de ser invalidado através de sentença judicial proferida em ação popular. Não basta, no entanto, ser ilegal: exige-se a lesividade, e “a não-demonstração de sua ocorrência acarreta a improcedência da ação”, entendeu o Tribunal de Justiça do Maranhão<sup>17</sup>.

Esta dificuldade não ocorre em caso de ação civil pública por improbidade administrativa. Felizmente o art. 11 da Lei n. 8.429/92 diz que é ato de improbidade administrativa não só os que atentem contra os princípios da administração pública, como também “qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, *legalidade* e lealdade às instituições” (destaque nosso). Com efeito, o Ministério Público, através de ação civil pública, tem a seu dispor ferramental mais eficiente para buscar a invalidade de ato meramente ilegal.

### 4. Violação do princípio da moralidade

Inicialmente foi discutido se bastaria a imoralidade do ato para estar ele

<sup>11</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Amapá. **Apelação n. 1.117/02** - Câmara Única - j. 08.10.2002 - rel. Des. Mário Gurtyev. Revista dos Tribunais n. 816, p. 297

<sup>12</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. 5ª ed., São Paulo: Malheiros. 2002. Vol. I, p. 427.

<sup>13</sup> Ob. cit., p. 427.

<sup>14</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2ª ed., São Paulo: Malheiros Editores. 1993. P. 50.

<sup>15</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 1997. Vol. I, pp. 216-217

<sup>16</sup> FAGUNDES, Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. São Paulo: Saraiva, 1985. P. 61.

<sup>17</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão. **Apelação n. 1.369/96** - 1ª Câmara - j. 03.06.2002 - rel. Des. Jorge Rachid Mubárack Maluf. Revista dos Tribunais n. 806, p. 293



passível de ataque via ação popular. Felizmente tal dúvida que não durou muito. A professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, por exemplo, sustenta que “tornar-se-ia letra morta o dispositivo se a prática de ato imoral não gerasse a nulidade do ato da Administração”<sup>18</sup>.

Historicamente a figura do princípio da moralidade administrativa surgiu através de Maurice Hauriou<sup>19</sup>, há quase 90 anos, no caso Gommel, Sirey, em 1917.

O referido autor francês alertava que a existência da moralidade administrativa emanava de tudo que possui uma conduta prática, distinguindo o bem do mal, que é transposta para a conduta da Administração; também os agentes públicos deveriam praticar esta distinção concorrentemente com aquela do justo e injusto, do lícito e do ilícito, do honorável e do desonorable, do conveniente e do inconveniente, para definir a moralidade administrativa como sendo um conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração.

Assim, ao administrador cabe distinguir não apenas em meio ao bem e ao mal, ao legal e ao ilegal, ao justo e ao injusto, ao conveniente e ao inconveniente, mas também entre o honesto e o desonesto.

A norma jurídica é veículo de instrumentalização de um valor, tido como aceito por uma sociedade, em determinado momento histórico e cultural. O princípio da moralidade, aqui denominada moralidade jurídica, cristalizou-se como norma jurídica vigente, positivando-se, enfim. A propósito, “uma norma jurídica só pode ser legítima, quando não contrariar princípios morais”<sup>20</sup>, destaca Jürgen Habermas.

E no caso do Brasil, o princípio da moralidade foi consagrado como um dogma Constitucional, a ser seguido por todos os agentes públicos, em quaisquer atos que

praticarem, seja qual for a função ou a natureza do ato.

Uma vez positivados os preceitos morais, estes passam a compor a dimensão de validade das normas jurídicas, vinculando a conduta do operador jurídico. Qualquer descompasso do ato praticado com os princípios estará ele passivo de impugnação.

Por esse motivo é que o agente público deve observar o que a sociedade, em determinado momento, considera ético e moralmente aceito. Deverá o administrador ter especial atenção ao elemento moral no seu atuar e sempre buscar os fins colimados (interesse público), visto se tratar de pressuposto inseparável de legitimidade do ato praticado.

É importante ressaltar, por último, que o conteúdo do princípio da moralidade administrativa, sedimentado na Constituição, para fins de controle do Judiciário, “atua sobre o resultado da atividade do agente público e não sobre sua intenção”<sup>21</sup>, afirma Wallace Paiva Martins Júnior.

Concluindo, é importante frisar que, se o ato for lesivo ao erário público, se atentar contra a moralidade ou se for simplesmente ilegal, estará logicamente infringindo o art. 37 da CF. Tal situação jurídica dará a qualidade negativa de ato revestido de inconstitucionalidade, passível de ser invalidado judicialmente.

## 5. Ato tipicamente jurisdicional

Como o objeto do presente estudo é sustentar a possibilidade de invalidação de sentença lesiva ao erário ou à moralidade administrativa, através de outra sentença, mister é que se faça uma rápida análise do ato tipicamente jurisdicional. Em seguida será visto o porquê da sua submissão ao controle judicial.

<sup>18</sup> PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. 14ª ed.. São Paulo: Atlas. 2002. P. 656.

<sup>19</sup> HAURIOU, Maurice. *Précis Élémentaire de Droit Administratif*. Paris. 1926.

<sup>20</sup> Ob. cit. p. 140-141.

<sup>21</sup> MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade administrativa*. São Paulo: Saraiva. 2001. p. 55.



Processo, estruturalmente visto, é uma seqüência de atos praticados em busca da prestação jurisdicional, razão pela qual “são atos processuais todos aqueles realizados por uma parte, ou o Tribunal, frente à outra parte, que mediata ou imediatamente servem ao impulso do procedimento civil”<sup>22</sup>, observa o alemão Adolf Schönke.

O ato processual não deixa de ser, entretanto, um ato jurídico, em sua essência. A diferença está em que o ato processual é praticado e surte seus efeitos no processo.

Tanto isso é verdade que Luiz Rodrigues Wambier, Flávio Renato Correia de Almeida e Eduardo Talamini conceituam o ato processual como “toda manifestação de vontade humana que tem por fim criar, modificar, conservar ou extinguir a relação jurídica processual”<sup>23</sup>, praticado pelas partes e todos os integrantes do processo.

Dentre os atos processuais praticados pelos diversos partícipes da relação processual, temos aquele que é tido como o mais importante, no caso, o ato jurisdicional denominado sentença, praticado pelo juiz.

Jorge Miranda<sup>24</sup> diz que o ato jurisdicional é função de garantia da própria Constituição. Inconcebível, então, falar-se em uma decisão judicial que contrarie a Constituição; a sentença não pode, portanto, violar o princípio da moralidade administrativa, muito menos causar uma lesão ao erário público, como resultado prático de um ato de improbidade nela materializado.

O Estado democrático de direito, ao vedar o exercício da autotutela, passou a ter sob sua responsabilidade a prática de atos que receberam a denominação de atos de jurisdição.

O juiz, ao proferir uma sentença, em verdade pratica ato do Estado, em seu nome, e somente tem sua validade porque é com base em um poder instituído pelo povo.

O fato de ser função específica, fruto de reflexão do julgador, portanto com características próprias e especiais, não tem o resultado da atividade jurisdicional poder absoluto de decidir acima ou contra a própria Constituição e ficar a salvo pela necessidade de se colocar fim no litígio. Ao contrário, tem que atender aos seus comandos, tal qual deve observar o agente que administra e o que legisla, cujos atos estão sujeitos ao controle de constitucionalidade.

Atos de conteúdo jurisdicional é o que emana do juiz, na prestação jurisdicional, que, na dicção dos parágrafos do art. 162 do Código de Processo Civil, são classificados como *sentença*, *decisão interlocutória*, *despacho* e *ato meramente ordinatório*, inserindo-se neste rol o acórdão: decisão dos órgãos colegiados, os tribunais de instâncias superiores.

O doutrinador José Frederico Marques ensina que “a sentença é *nomem iuris* de ato processual dos juízos monocráticos de primeiro grau, que põe fim ao processo de conhecimento na instância inferior.”<sup>25</sup>

A origem etimológica colhida no Dicionário Houaiss diz que sentença vem da locução latina *sentire*, que significa “perceber pelos sentidos, sentir”, que por sua vez originou a palavra *sententia*, ou seja, “sentimento, parecer, opinião, idéia, maneira de ver, impressão do espírito; modo de pensar ou de sentir”. O juiz, ao proferir sua sentença, em verdade está expressando seu sentimento acerca do que lhe foi demonstrado e questionado.

<sup>22</sup> SCHÖNKE, Adolf. **Direito Processual Civil**. Tradução de Karina Andréa Fumberg, Vera Longuini e Diego Alejandro Fabrizio. Campinas: Romana. 2003. p. 147.

<sup>23</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de Almeida; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002. P. 164.

<sup>24</sup> MIRANDA, Jorge. **Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade**. Coimbra: Coimbra Editora. 1996. P. 224/225.

<sup>25</sup> MARQUES, José Frederico. **Manual de Direito Processual Civil**. Atualiz. por Vilson Rodrigues Alves. 1997. Campinas: Bookseller. Vol. III. P. 41.





Considerando que sentença ou acórdão são atos de Estado, será analisada e sustentada, no próximo tópico, a possibilidade de impugnação destes atos, se lesivos ao erário ou à moralidade administrativa, através da ação popular ou ação civil pública por improbidade administrativa.

## 6. Ato jurisdicional e ação popular

A ação popular é um dos direitos públicos subjetivos mais importantes dado ao cidadão, porque viabiliza a sua participação ativa e direta na vida política do país.

A própria nomenclatura *ação popular* já diz tudo: atribuiu a qualquer do povo legitimidade para requerer a tutela jurisdicional de interesse que pertence não só a ele, mas a todos os membros da comunidade, sendo, com efeito, garantia constitucional dada ao efetivo exercício da cidadania.

Em que pese à importância política do instituto, doutrinadores de envergadura sustentam que os atos de natureza jurisdicional escapariam da incidência da ação popular.

Sustenta, por exemplo, o constitucionalista José Afonso da Silva:

*[...] que não cabe ação popular contra atos jurisdicionais. É conhecida a controvérsia a respeito do exercício do mandado de segurança contra tais atos. O problema poderia ter surgido também relativamente à ação popular, porquanto a Constituição vigente, como a de 1946, não especifica que espécies de atos são sindicáveis por meio dela, do mesmo modo que não diz contra que autoridade especificamente é cabível o mandado de segurança. - Todavia, podemos sustentar que os atos*

*jurisdicionais são imunes a seu ataque, não que tais atos não possam ser inválidos por lesivos ao patrimônio público. Ao contrário, o art. 798 do C.P.C. indica casos de nulidade de sentença e, entre eles, um especialmente propício a prejudicar o patrimônio de entidades públicas (se estas forem parte no feito): a proferida por juiz peitado.*

<sup>26</sup>

Segue, o renomado autor, apontando três argumentos que o convence da inoponibilidade da demanda popular contra atos jurisdicionais:

*Primeiro, para tal hipótese, a lei outorga uma ação própria – rescisória do julgado, cumprindo notar que, se eventualmente fosse admissível a ação popular, somente o seria contra coisa julgada, único caso em que a lesão seria efetiva; ora, ação popular nunca pode ser sucedânea de outra; logo, se é cabível a ação rescisória do julgado, ela não o será. Segundo, porque sentença nula somente poderia causar dano ao patrimônio público, se fosse proferida contra as pessoas e entidades sindicáveis em ação popular (União, Estados, Municípios, etc.), mas, em tal caso, cumpre a elas a defesa do patrimônio, promovendo a nulidade da sentença viciada, mediante ação própria; já vimos que a ação popular não é sucedânea de outra, como não é supletiva de omissão das partes interessadas. Terceiro, em se não tratando de coisa julgada, mas de decisão ainda recorrível, o prejuízo seria meramente potencial, e caberia recurso que a ação popular não pode substituir, e, se o pudesse, legítima*

<sup>26</sup> SILVA, José Afonso, *Ação popular constitucional – Doutrina e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968. Pp. 130 e 131.



*para usá-lo seria a parte, não qualquer cidadão.*<sup>27</sup>

Idêntica linha de entendimento é a de Elival da Silva Ramos, para quem “existe coisa julgada material não atacável por rescisória e tampouco por ação popular”.<sup>28</sup>

A respeitada Maria Sylvia Zanella Di Pietro também afirma:

“Contra ato judicial não é cabível ação popular; se o ato não é definitivo, deve ser impugnado pelos recursos previstos na lei processual, ou, na falta deles, por mandado de segurança; se já se tornou definitivo, pelo trânsito em julgado, não permite ação popular, porque traz em si uma presunção de legitimidade, impossível de ser contrastada por outra via que não a ação rescisória.”<sup>29</sup>

Temos, ainda, a vacilante posição de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, entendendo que “a discussão é acadêmica, pois não consta haver tribunal algum acolhido ação popular contra decisão judiciária”<sup>30</sup>. O autor admite ser possível ajuizar ação popular contra ato judicial, mas em face da coisa julgada recua, dizendo que entre a “ação popular de caráter rescisória seria preferir a moralidade à segurança das decisões judiciárias”<sup>31</sup>. Não haveria, a seu ver, aspecto prático em promover ação popular contra ato do próprio Poder Judiciário.

Ainda que relevantes os argumentos declinados pelos autores indicados, não há como com eles comungar o mesmo ponto de vista, ainda que a jurisprudência siga idêntico caminho, conforme se verá no item 8 deste estudo.

## 7. Ato jurisdicional e a ação civil pública

Gregório Assagra de Almeida qualifica a ação civil pública como *ação de dignidade constitucional*, porque funciona “como instrumento processual constitucional de acesso à justiça dos interesses ou direitos difusos, coletivos em sentido estrito e os individuais homogêneos.”<sup>32</sup>

Por estar prevista também na Carta Magna, como função institucional do Ministério Público, trata-se de típica *ação constitucional*, ainda que haja outros legitimados pela Lei n. 7.347/85.

O ponto de eclipse entre ação popular e ação civil pública é exatamente a coincidência do objeto tutelado em ambas.

O objeto protegido pela ação popular e pela ação civil pública é essencialmente o interesse difuso, e em ambas busca-se a desconstituição de ato lesivo. A coincidência de objeto e finalidade coloca as duas ações – popular e civil pública – lado a lado. Rodolfo Camargo Mancuso diz que há “um regime integrado de mútua complementariedade entre as diversas ações exercitáveis na jurisdição coletiva: a ação civil pública recepcionou a ação popular, ao invocá-la expressamente no caput do art. 1º da Lei 7.347/85”.<sup>33</sup>

Certo é que, confrontadas uma e outra, o que as diferencia ao primeiro relance de olhar é a legitimação: ação popular pode ser proposta por qualquer cidadão, e ação civil pública somente pode ser ajuizada pelo Ministério Público e demais legitimados pelo art. 5º da Lei n. 7.347/85.

Se a causa de pedir da ação popular for, contudo, a improbidade administrativa, a

<sup>27</sup> Ibid. Pp. 130 e 131.

<sup>28</sup> RAMOS, Elival da Silva. **Ação popular como instrumento de participação política**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. P. 159.

<sup>29</sup> PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas. 5ª ed.. 1995. P. 528.

<sup>30</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 28ª ed.. São Paulo: Saraiva. 2002. P. 318.

<sup>31</sup> Ibid. P. 318.

<sup>32</sup> ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual**. São Paulo: Saraiva. 2003. P. 343.

<sup>33</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação Popular: proteção do erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 1998. P. 35.



ação civil pública certamente irá obter resultado mais amplo que a primeira.

A ação popular legítima do cidadão *desconstituir* o ato lesivo ao erário e a sentença *condenará* os responsáveis “ao pagamento de perdas e danos”<sup>34</sup>, como prevê o art. 11 da Lei n. 4.717/65.

A mesma causa *petendi*, ou seja, o ato lesivo, pode também legitimar o Ministério Público propor ação civil pública que vise *desconstituir* tal ato, que, por gerar enriquecimento ilícito, terá embasamento na chamada Lei de Enriquecimento Ilícito – Lei n. 8.429/92.

Ocorre que a ação civil pública, se baseada em ato de improbidade lesivo ao erário público, nos moldes da Lei n. 8.429/92, poderá não só buscar sentença desconstituindo o ato e o ressarcimento dos cofres públicos, como também poderá obter liminarmente o afastamento cautelar do agente autor do ato lesivo, a indisponibilidade de bens dos envolvidos e o seqüestro destes (arts. 20, parágrafo único, 7º e art. 16, todos da Lei n. 8.429/92), o que em tese não é possível em ação popular, a não ser que se estenda a ela as medidas conservativas de urgência ou, ainda, as antecipações de tutela.

E na sentença final, se procedente a ação, poderá, por exemplo, nos termos do art. 12, inc. I, da Lei n. 8.429/92, ser decretada a perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, e perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de 8 (oito) a 10 (dez) anos. Pode ser, ainda, imposta multa civil de até 3 (três) vezes o valor do acréscimo patrimonial e a proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermediário de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 10 dez anos.

Isso sem falar nas outras sanções previstas nos incisos II e III do mesmo dispositivo.

Ao ensejo, Hely Lopes Meirelles, destaca

*Embora o mesmo fato possa ensejar o ajuizamento simultâneo de ação civil pública e ação popular, as finalidades de ambas as demandas não se confundem. Uma ação não se presta a substituir a outra. [...] a ação popular é predominantemente desconstitutiva, e subsidiariamente condenatória (em perdas e danos). A ação civil pública, por sua vez, como decorre do art. 3º da Lei n. 7.347/85, é preponderantemente condenatória, em dinheiro ou em obrigação de fazer ou não fazer.*<sup>35</sup>

O confronto entre a ação popular que visa invalidar o ato lesivo ao patrimônio público decorrente de improbidade e a ação civil pública com base no mesmo ato de improbidade, na segunda opção é possível obter do Poder Judiciário um *plus*, que o autor popular não obtém, mas deveria obter.

Com efeito, diante de uma sentença lesiva ao erário público ou à moralidade administrativa, com mais razão ainda pode ser invalidada por outra sentença proferida em ação civil pública promovida pelo Ministério Público ou pessoa jurídica interessada (art. 17 da Lei n. 8.429/92).

## 8. O tratamento jurisprudencial

O Supremo Tribunal Federal, pela sua 2ª Turma, ao julgar o Agravo Regimental n. 2.018-9-SP, interposto contra decisão proferida em ação popular ajuizada contra ato que havia reconduzido o então prefeito de São Paulo, Celso Pitta, ao seu cargo, entendeu que os atos de conteúdo jurisdicional, por não serem de caráter administrativo, não podem ser atacados via ação popular, porque

<sup>34</sup> NEGRÃO, Theotonio. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 34ª ed.. Colab. De José Roberto Ferreira Gouvêa. São Paulo: Saraiva. 2002. P. 1027.

<sup>35</sup> Ob. cit.. P. 165.



estão passíveis de recurso próprio ou de ação rescisória.

Argumentando que “os atos de conteúdo jurisdicional - precisamente por não se revestirem de caráter administrativo - estão excluídos do âmbito de incidência da ação popular”<sup>36</sup>, o Ministro Celso de Mello entendeu que os atos de conteúdo jurisdicional “se acham sujeitos a um sistema específico de impugnação, quer por via recursal, quer mediante utilização de ação rescisória”.

Ocorre que o Ministro Celso de Mello, no corpo do acórdão, afirmou de forma categórica que se estava diante de uma *impossibilidade jurídica* e, apoiando-se nas lições de Cretella Júnior, sustentou que tal impossibilidade “decorre da circunstância de a ação popular restringir-se, quanto ao seu âmbito de incidência, à esfera de atuação administrativa”, abrangendo, assim, “unicamente os atos administrativos, os fatos administrativos e as resoluções que veiculem conteúdo materialmente administrativo”<sup>37</sup>.

Tal entendimento leva à conclusão absurda de que o juiz de direito poderá, livremente, praticar atos lesivos ao erário público, materializados em suas sentenças, que, depois de transitadas em julgado, teriam que ser cumpridas.

A redação da ementa não foi feliz. Deveria ressaltar o pormenor de que não seria possível o manejo de ação popular, desde que ainda fosse possível ser o ato jurisdicional impugnado por recurso próprio.

A entender que contra ato jurisdicional, em hipótese alguma, é possível valer-se de ação popular constitucional, é o mesmo que supervalorizar a função jurisdicional. Equivale a elevar a função jurisdicional acima da própria Constituição Federal e dos princípios fundamentais seguidos pela mesma.

Ora, a falibilidade humana, a

diversidade de caráter e a formação das pessoas que ocupam cargos de juízes indicam que nem sempre a atividade jurisdicional pode estar em sintonia com os cânones da Constituição Federal.

Como ficaria o interesse público frente a uma sentença lesiva ao erário público ou que atente contra a moralidade administrativa (por isso inconstitucional), transitada em julgado, não mais passível de ação rescisória e de embargos à execução?

Em uma análise contextual e considerando todo o arcabouço jurídico pátrio, notadamente os princípios fundamentais que regem a Carta Magna, a melhor interpretação do referido julgado é no sentido de que somente não seria possível falar-se em propor ação popular contra ato jurisdicional quando este estivesse passível de modificação por recurso ou outro instrumento processual, como os embargos.

Em artigo sobre a coisa julgada inconstitucional, Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria fazem os seguintes questionamentos:

*O problema para cuja reflexão se deseja fazer um convite é o de já não mais ser a decisão judicial inconstitucional passível de impugnação recursal. Nesta hipótese, existiria um mecanismo de controle de constitucionalidade da coisa julgada ou esta é isenta de fiscalização? Ou reformulando o questionamento: verificando-se que uma decisão judicial sob o manto da res iudicata avilta a Constituição, seja porque dirimiu o litígio aplicando lei posteriormente declarada inconstitucional, seja porque deixou de aplicar determinada norma constitucional por entendê-la inconstitucional, ou, ainda, porque deliberou*

<sup>36</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Petição n. 2.018-9-SP** - 2.ª Turma - Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, - j. 22.08.2000. DJU 16.02.2001. Revista dos Tribunais n. 788, p. 173.

<sup>37</sup> Idem, p. 176.



*contrariamente a regra ou princípio diretamente contemplado na Carta Magna, poderá ser ela objeto de controle?*<sup>38</sup>

O presente estudo, por ser inevitável, irá contemplar a análise da coisa julgada inconstitucional, mácula essa que pode ser derivada do fato de atentar contra a moralidade administrativa em decorrência de ser lesiva ao erário público.

Conforme será visto no item 9 deste estudo, a realidade tem demonstrado que é perfeitamente possível deparar-se com sentença transitada em julgado lesiva ao erário, em que não é mais cabível ação rescisória ou embargos, e em situações que os recursos possíveis já foram manejados ou sequer foram interpostos oportunamente.

Sentença que decide afetando o patrimônio público não pode ficar inalcançável, em momento algum, da fiscalização do povo, destinatário que é das conquistas democráticas, inclusive a atividade jurisdicional.

Canotilho, discorrendo sobre princípio democrático, ensina que “ele implica esquemas de organização e de procedimento que ofereçam aos cidadãos efectivas possibilidades de participar no processo de decisão e exercer o controle democrático do poder.”<sup>39</sup>

Inconcebível, portanto, é a idéia de que atos jurisdicionais escapem desse controle democrático, até porque o Brasil se intitula como um Estado Democrático de Direito e o mesmo raciocínio expendido para a ação popular se aplica para a ação civil pública, em face de situação de improbidade administrativa.

## 9. Sujeição do ato jurisdicional ao princípio da moralidade

O ato jurisdicional típico, conforme fundamentado antes, porque praticado por agente público, não deixa de ser ato estatal ou pelo menos é, em última análise, verdadeira manifestação de vontade de um dos poderes constituídos, praticado, portanto, pelo Estado.

Para Habermas, “a lógica da divisão dos poderes só faz sentido, se a separação funcional garantir, ao mesmo tempo, a primazia da legislação democrática”<sup>40</sup>.

Dessa forma, o ato jurisdicional tem que estar no mesmo pedestal do ato administrativo, sujeitando-se às mesmas regras e aos mesmos princípios do art. 37 da CF.

O art. 37 diz que a administração pública de *qualquer dos Poderes* deve obedecer aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e eficiência. Ao empregar a expressão *administração pública*, quis a Carta Magna indicar que se trata de administração pública no sentido lato. Não pretendeu a Constituição (e é inconcebível essa idéia) que as funções típicas de legislar ou julgar estivessem liberadas para agir fora daqueles princípios.

“O poder é uno e indivisível”<sup>41</sup>, destacam Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior, que em seguida arrematam: “Assim, a edição de uma lei, de um ato administrativo ou de uma sentença, embora produto de distintas funções, emana de um único pólo irradiador do poder: o Estado”<sup>42</sup>.

É o que também afirma José Afonso da Silva:

*Vale dizer, portanto, que o poder*

<sup>38</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. In: “A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle”. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, n 795. jan. 2002. P. 23.

<sup>39</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra. 1991. p. 77.

<sup>40</sup> Ob. Cit. p. 233.

<sup>41</sup> ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed.. São Paulo: Saraiva. 2003. p. 271.

<sup>42</sup> Ob. cit. p. 271.



*político, uno, indivisível e indelegável, se desdobra e se compõe de várias funções, fato que permite falar em distinção das funções, que fundamentalmente são três: a legislativa, a executiva e a jurisdicional.*<sup>43</sup>

Com efeito, qualquer que seja a natureza do ato, praticado por qualquer agente público, deve sempre se amoldar àqueles sagrados princípios constitucionais, mormente em um Estado Democrático de Direito, porque por democracia somente se compreende com a efetiva participação do povo nas coisas públicas.

É interessante notar, mais uma vez, que a impugnação por imoralidade administrativa ou lesividade, aqui analisada, não é de ato jurisdicional ainda passível de ser modificado pelas vias ordinárias previstas no ordenamento jurídico. O enfoque é voltado para o ato que se reveste de aparente imutabilidade em nome de uma segurança jurídica. O ato jurisdicional ainda passível de recurso, se contraria a Constituição, pode ser levado à apreciação do próprio Supremo Tribunal Federal, por recursos das partes.

Sustenta-se, portanto, que pode haver o controle jurisdicional de atos jurisdicionais típicos, não mais passíveis de recurso ou de ação rescisória, através de ação popular e ação civil pública, porque a Lei nº 4.717/65 e a Lei n. 8.429/92, bem como a Constituição Federal, não fazem qualquer distinção sobre a natureza do ato a ser impugnado.

O art. 1º da Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965, diz que “qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de *atos lesivos*”<sup>44</sup>,

e o art. 1º da Lei n. 8.429/92 fala em “atos de improbidade praticados por qualquer agente público”. Não há, como se vê, distinção da natureza destes atos ou a qualidade do agente.

De igual forma, o art. 5º, inc. LXXIII, da CF, diz que “qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular *ato lesivo* ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe”, sem restringir a possibilidade de este ato lesivo ser típico ato jurisdicional.

Conclui-se, portanto, que o legislador ordinário e sobretudo o Constituinte de 1988 não afastaram ou restringiram a possibilidade do ato lesivo passível de invalidação através da ação popular ser de natureza eminentemente jurisdicional.

Não é dado ao intérprete restringir onde o legislador não restringiu, principalmente em se tratando de legislador constituinte; aplica-se aqui o brocardo *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*, ou seja, se “o texto dispõe de modo amplo, sem limitações evidentes, é dever do intérprete aplicá-lo a todos os casos particulares que se possam enquadrar na hipótese geral prevista explicitamente”<sup>45</sup>, ensina Carlos Maximiliano.

Eduardo García de Enterría, a respeito da conduta do juiz perante a administração, sustenta a igualdade de tratamento e de submissão aos cânones constitucionais por parte dos magistrados, porque “La posición del juez ante la Administración como sujeto, em cuanto ésta “*sometida plenamente a la Ley y al Derecho*”, [...]”<sup>46</sup>.

No estudo dos atos de improbidade administrativa, previstos na Lei 8.429/92, especificamente sobre a atividade de

<sup>43</sup> SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 19ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2001. P. 112.

<sup>44</sup> NEGRÃO, Theotonio. **Código de Processo Civil e legislação processual em vigor**. 34ª ed.. Colab. de José Roberto Ferreira Gouvêa. São Paulo: Saraiva, 2002. P. 1019.

<sup>45</sup> MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 19ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003. P. 201.

<sup>46</sup> ENTERRÍA, Eduardo García de. **Democracia, jueces y control de la administración**. Madrid: Civitas S.A. Segunda Edición Ampliada. 1996. P. 129.



magistrados, Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves sustentam:

*Em que pese ser o magistrado um instrumento utilizado para o exercício da soberania estatal, sendo-lhe garantida a independência no exercício de sua relevante atividade, é absolutamente incompatível com o atual estágio de evolução da ciência jurídica que se conceba um agente público absolutamente irresponsável pelos seus atos ou omissões.<sup>47</sup>*

E a coisa julgada, produto final da atividade estatal de dizer o Direito, em que pese a reclamar imutabilidade em nome da paz social, terá também necessariamente que se amoldar aos princípios constitucionais, porque se subordina à ordem democrática em que está inserida e eventual desajuste poderá levá-la à invalidação.

### 9. Casos concretos de atos jurisdicionais lesivos ao erário público

A efetiva existência de casos concretos de sentenças inconstitucionais, por vários motivos, inclusive lesivas ao erário público, despertaram nosso interesse pelo estudo da questão.

Há exemplos de sentenças inconstitucionais em matéria tributária, em que a lei que havia autorizado a cobrança de tributo foi considerada inconstitucional e também nas hipóteses de ação de investigação de paternidade, julgadas antes improcedentes com base em prova indiciária e que, com o advento do DNA, deixaram expostas situações que atentam contra a dignidade da pessoa humana, ao determinar que seja pai quem biologicamente não o é e vice-versa.

No que tange aos casos de lesão ao patrimônio, é de se trazer aqui exemplo vivenciado por nós em uma comarca de

interior do Estado de Minas Gerais, onde tramitou execução de sentença contra um acanhado município, oriunda de uma ação de cobrança movida por empreiteira. A exequente fora contratada para a construção de um ginásio esportivo, mas a obra mal saiu da base e foi abandonada, sem o pagamento da empresa.

Vitoriosa em primeira e segunda instância na ação de cobrança, executou o crédito apurado. Até esse ponto nada de errado, não fosse o valor ter atingido à época a cifra de cerca de um milhão de reais, que visivelmente não poderia jamais representar o pouquíssimo que foi edificado em prol da comunidade: a malfadada obra mal havia saído do chão.

Seguiu-se que o município foi citado na execução e não opôs embargos. O passo seguinte foi a expedição de precatório, cujo valor dificilmente seria pago ou, se pago, rasparia até o último centavo do cofre do município.

A lesividade saltava aos olhos ante o simples fato de o valor da execução ter atingido quantia absurda, frente ao que foi expendido em uma obra inacabada. Aquilo aviltava a consciência do homem comum daquela comunidade tão carente de saúde, lazer e dignidade humana. Situação como a narrada, sem dúvida, fere o senso de justiça de qualquer cidadão, ainda mais em uma pequena comunidade, sem bons hospitais, desprovida de adequado saneamento básico, com vias públicas por pavimentar.

O exemplo dado acima efetivamente ocorreu e demonstra como não é difícil de muitos outros acontecerem, em situações em que a lesividade ao erário acontece através de ato jurisdicional típico, petrificado pela coisa julgada.

A propósito, Cândido Rangel Dinamarco observa que “não é justa uma indenização que vá extraordinariamente além do valor de mercado do bem, porque, ao contrariar a regra da moralidade, ela estará

<sup>47</sup> GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. Rio de Janeiro: Lumen Júris. 2002. P. 259.



em choque com os próprios objetivos do Estado, traçados na Constituição.”<sup>48</sup>

Não muito longe no tempo, tivemos o escandaloso caso dos famigerados fraudadores da previdência social, no Estado do Rio de Janeiro, que envolveu uma advogada, um procurador do INSS e o próprio juiz saqueando os cofres da previdência social.

Há pouco tempo, nada menos que um Ministro do Superior Tribunal de Justiça foi afastado do cargo sob a acusação de estar envolvido em suposta “venda de *habeas corpus*” a traficantes de entorpecentes, e tem sido alvo da imprensa a chamada “indústria de liminares”.

E em data recente juízes federais foram apanhados na famosa *Operação Anaconda*, que culminou com a prisão de um juiz federal, sob a acusação de envolvimento em um esquema de venda de sentenças.

Como se vê, situações concretas ocorreram, justificando plenamente as idéias ora propostas.

## 10. Coisa julgada

Como se sabe, a paz social e a necessidade de não se eternizar os litígios são tomadas como justificativas para a existência da autoridade da coisa julgada. Não há qualquer preocupação com o acerto ou a justiça da decisão. Como bem lembra Humberto Theodoro Júnior:

*[...] ao instituir a coisa julgada, o legislador não tem nenhuma preocupação de valorar a sentença diante dos fatos (verdade) ou dos direitos (justiça). Impele-o tão-somente uma exigência de ordem prática, quase banal, mas imperiosa, de não mais permitir que se volte a discutir acerca das questões já*

*soberanamente decididas pelo Poder Jurídico. Apenas a preocupação de segurança nas relações jurídicas e de paz na convivência social é que explicam a res iudicata.*<sup>49</sup>

De fato, é de importância para a paz social e a tranqüilidade dos litigantes que, uma vez decidida a demanda e ultrapassados os possíveis recursos, a questão reste definitivamente decidida. É de se questionar, no entanto, se essa paz ou tranqüilidade seriam mais importantes que a justiça ou a moralidade da decisão.

A releitura das teorias desenvolvidas para justificar a existência da coisa julgada não resiste a uma análise frente à moderna concepção de um processo que deve entregar um resultado justo às partes.

Em contrapartida, como única solução encontrada para pôr fim à demanda, não se cogita aqui o puro e simples desaparecimento do instituto da coisa julgada. O que não se pode admitir é a sua existência em detrimento da justiça da decisão, da moralidade administrativa e da própria Constituição. É o que pensa José Augusto Delgado:

*Essas teorias sobre a coisa julgada devem ser confrontadas, na época contemporânea, se a coisa julgada ultrapassar os limites da moralidade, o círculo da legalidade, transforma fatos não verdadeiros em reais e violar princípios constitucionais, com as características do pleno Estado de Direito que convive impelido pelas linhas do regime democrático e que há de aprimorar as garantias e os anseios da cidadania.*<sup>50</sup>

<sup>48</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. “Relativizar a coisa julgada material”. In: **Revista de Processo**. Vol. 109, janeiro/março 2003. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 30.

<sup>49</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 38a ed., Rio de Janeiro: Forense. 2002. Vol. I. P. 477.

<sup>50</sup> DELGADO, José Augusto. “Pontos polêmicos das ações de indenização de áreas naturais protegidas: efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais”. In: **Revista de Processo n° 103 – junho/setembro 2001**. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 18.





Não é mais a coisa julgada tida como intangível a ponto de fazer o quadrado mudar para redondo e o preto ficar branco.

Na literatura estrangeira temos nomes como o do português Paulo Manuel Cunha da Costa Otero<sup>51</sup>, o argentino Juan Carlos Hitters<sup>52</sup> e o boliviano José Antonio Rivera S.<sup>53</sup>. Entre nós, temos Humberto Theodoro Júnior, em co-autoria com Juliana Cordeiro de Faria<sup>54</sup>. Antes tivemos os posicionamentos de José Augusto Delgado<sup>55</sup>, Paulo Roberto de Oliveira Lima<sup>56</sup> e José Maria Tesheiner<sup>57</sup>. E recentemente escreveram sobre o tema Cândido Rangel Dinamarco<sup>58</sup> e Teresa Arruda Alvim Wambier<sup>59</sup>, esta em co-autoria com o paranaense José Miguel Garcia Medina.

Os tempos mudaram e o modo de ver a coisa julgada é outro.

Assim, ao homem, a quem o Direito deve servir, não é assimilável a sentença que represente uma injustiça, que venha a ferir a dignidade da pessoa humana, que queira fazer do branco o preto, do quadrado o redondo, muito menos a que surrupia dinheiro do povo, que a duras penas e honestamente pagou seus impostos.

Não podemos esquecer que o “homem da rua é o homem simples, ingênuo e destituído de conhecimentos jurídicos, mas capaz de distinguir entre o bem e o mal, o sensato e o insensato, o justo e o injusto”<sup>60</sup>, escreveu Dinamarco, valendo-se das lições de Piero Calamandrei.

Justiça do ato, obediência à regra ética, a realização da paz e a bondade são idéias sintonizadas com a dignidade do ser humano, anunciada no inciso III, do artigo 1º da CF.

Sendo a sentença judicial ato de poder do Estado, como forma de manifestação concreta da ciência do Direito, subordinada está à Constituição Federal e aos princípios fundamentais que a informam; deve também emanar conteúdo e comando que não entrem em choque com aquilo que se tem como justo, digno, moral e aceitável em um determinado momento histórico e social dos homens a quem ela se dirige.

Igualmente a coisa julgada não pode contrariar tal assertiva, apenas sob o fundamento de que se faz necessária esta cristalização em nome da segurança jurídica e da paz social, como o ponto final definitivo da demanda.

Cândido Rangel Dinamarco, ao discorrer sobre os escopos sociais do processo, destaca que a relevância do valor da justiça é “*Eliminar conflitos mediante critérios justos* – eis o mais elevado escopo social das atividades jurídicas do Estado.”<sup>61</sup>

Coisa julgada que encerre em seu dispositivo uma determinação injusta, imoral ou indigna, ao invés da segurança e da pacificação desejadas, talvez irá gerar outros conflitos. É, em verdade, fomentadora de insegurança e intranquilidade entre os homens, além de dar azo ao descrédito do

<sup>51</sup> OTERO, Paulo Manuel Cunha da Costa. **Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional**. Lisboa : Lex, 1993.

<sup>52</sup> HITTERS, Juan Carlos. **Revisión de la cosa juzgada**. La Plata: Platense, 1977.

<sup>53</sup> RIVERA S. José Antonio. “El amparo constitucional contra sentencias judiciales con autoridad de cosa juzgada: una perspectiva Del tema em Bolivia. In: **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**. Número 2. Julho/dezembro 2003. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. PP. 372-392.

<sup>54</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. “A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle”. In: **Revista dos Tribunais**. São Paulo. Vol. 795 - jan. 2002. PP. 21-40.

<sup>55</sup> DELGADO, José Augusto. “Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais”. In: **Coisa Julgada Inconstitucional**. Coord. Carlos Valder do Nascimento. 2ª ed.. Rio de Janeiro: América Jurídica. 2003. PP. 77-121.

<sup>56</sup> LIMA, Paulo Roberto de Oliveira. **Contribuição à teoria da coisa julgada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

<sup>57</sup> TESHEINER, José Maria. **Eficácia da sentença e coisa julgada no Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

<sup>58</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. “Relativizar a coisa julgada material”. In: **Revista de Processo**. Vol. 109, janeiro/março 2003. São Paulo: Revista dos Tribunais. PP. 9-38.

<sup>59</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 2003.

<sup>60</sup> Idem. P. 32.

<sup>61</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Malheiros. 2001. P. 161.



Poder Judiciário.

Dessa forma, a coisa julgada, que decorre de ato de Estado, na sua especial função de dizer o direito, há também que obedecer aos sagrados princípios norteadores da administração pública.

E como afirmado antes, no confronto da segurança das relações jurídicas advindas da coisa julgada com a justiça das decisões, doutrina e jurisprudência admitem uma nova visão do instituto. É o que destaca Cândido Rangel Dinamarco:

*[...] a doutrina e os tribunais começam a despertar para a necessidade de repensar a garantia constitucional do instituto técnico-processual da coisa julgada, na consciência de que não é legítimo eternizar injustiças a pretexto de evitar a eternização de incertezas.*<sup>62</sup>

Acompanhando essa tendência, felizmente nossos tribunais já vêm decidindo de forma a relativizar a coisa julgada.

Tanto que, ultrapassado entendimento contrário, anteriormente manifestado, o Superior Tribunal de Justiça<sup>63</sup> veio a permitir que se transpusesse a coisa julgada para analisar nova ação investigatória de paternidade baseada no exame de DNA, caso a primeira tenha sido julgada improcedente por falta de provas.

Em situação análoga, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais<sup>64</sup> também assimilou a nova perspectiva do instituto em demandas de investigação de paternidade, entendendo que “o direito de investigar a paternidade constitui interesse indisponível e

imprescritível, razão pela qual a investigação de paternidade, por se cuidar de uma ação de estado, não se materializa na coisa julgada.”

Em matéria tributária a coisa julgada também tem sido mitigada, em hipótese de sentença transitada em julgado que tenha se embasado em lei posteriormente declarada inconstitucional pelo STF.

## 11. Sentença lesiva ao erário e sua inexistência jurídica

Sabe-se que o ato processual, inclusive a sentença, “como todo ato jurídico, exige, para ser válido, agente capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei”<sup>65</sup>, preconiza José Frederico Marques. O processualista ensina ainda:

*Há também atos processuais inexistentes, embora difícil, em algumas hipóteses, a distinção entre ato nulo e ato inexistente. Neste, há a impossibilidade de configurar-se o ato em sua fisionomia particular: existirá apenas um quid de fato sem qualquer projeção jurídico-processual, pois inadmissível será concebê-lo como ato processual.*<sup>66</sup>

Assim, no caso do processo, será ele inexistente se não existir a jurisdição, ou, existindo esta, não foi a parte requerida validamente citada para se defender. Não existindo o processo, não se pode sequer cogitar da existência de sentença, se esta foi proferida.

O processualista Humberto Theodoro Júnior, ao dissertar sobre o tema, admite que inexistente “é o julgado que não reúne as mínimas condições sequer para

<sup>62</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. “Relativizar a coisa julgada material”. In: **Revista de Processo**, nº 109 – janeiro/março 2003. São Paulo: Revista dos Tribunais. P. 13.

<sup>63</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 226436/PR**. 4ª Turma. Relator: Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Brasília: Diário da Justiça da União de 04.02.2002, p. 370

<sup>64</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Agravo de Instrumento nº 247.666-1/00**. 1ª C. Cível. Relator: Des. Francisco Lopes de Albuquerque. Julg. em 30.04.2002. Belo Horizonte: Jurisprudência Mineira n. 161, p. 310.

<sup>65</sup> MARQUES, José Frederico. **Manual de Direito Processual Civil**. Atualizado por Wilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller. 1997. Vol. II. P. 148.

<sup>66</sup> *Ibid.*, pp. 149/151



aparentar o ato processual que pretende ser.”<sup>67</sup>

O respeitável Calmon de Passos, ao tratar do ato processual nulo e do ato processual inexistente, afirma:

*A inexistência é uma negação, e o ato processual inexistente é um não ato processual, vale dizer, é um não-ser e o que “não é” jamais pode ser viciado ou defeituoso. [...] A inexistência é, pois, um conceito que, quanto aos efeitos, coincide com o de nulidade absoluta, mas é um conceito que precede ao de nulidade bem como é mais rigoroso e taxativo do que ele.*<sup>68</sup>

Fábio Gomes lembra que “a doutrina identifica não só a inexistência material, mas também a inexistência jurídica”<sup>69</sup>. Assim, a inexistência que se cogita é a jurídica, posto que no campo fático tem-se a visão de uma pretensa sentença, impressa em papel timbrado do Poder Judiciário, com assinatura de juiz, publicada, etc., inclusive confirmada em segundo grau, por vezes revestida de imutabilidade e capaz mesmo de provocar efeitos materiais, empíricos, porque, como tudo, tem-se uma aparência de sentença com eficácia.

Por outro lado, para provocar a função jurisdicional estatal, ou seja, pedir a tutela jurisdicional e o juiz analisar o mérito da causa, é preciso preencher as condições da ação: legitimidade de partes, possibilidade jurídica do pedido e interesse processual de agir. E, na falta de qualquer uma das condições da ação, o processo é simplesmente extinto pelo juiz, ou seja, *deixa de existir* por carência de ação (art. 267, inc. VI, do CPC).

O Professor Humberto Theodoro Júnior destaca: “a existência da ação depende de alguns requisitos constitutivos que se chamam “condições da ação””<sup>70</sup>

Uma das condições da ação, como se sabe, é a possibilidade jurídica do pedido.

Para que se possa falar em possibilidade jurídica do pedido, é preciso averiguar se existe a admissibilidade da demanda no ordenamento jurídico, ou seja, para que o pedido seja juridicamente possível é mister que seja compatível, ainda que em tese, com a ordem jurídica. É juridicamente impossível um pedido quando o mesmo se choca com preceitos do ordenamento jurídico, e é possível do ponto de vista jurídico tudo que não está vedado.

Assim, necessário se faz que inexista, no ordenamento jurídico, qualquer vedação ou proibição ao acolhimento da postulação deduzida em juízo. É vedado, por exemplo, cobrar dívida de jogo, deferir usucapião de vias públicas, assim como qualquer pretensão que viole a moralidade administrativa, consagrada no art. 37 da Constituição Federal.

Este raciocínio, no entanto, só é válido para o campo do direito privado, posto que no âmbito de direito público o princípio básico a ser seguido é o de que só é permitido aquilo que a lei expressamente autorizar. É vedado o que a lei nada se referir.

“Ao contrário dos particulares, os quais podem fazer tudo o que a lei não proíbe, a Administração só pode fazer o que a lei antecipadamente autorize”<sup>71</sup>, alerta o administrativista Bandeira de Mello.

Por isso, se a pretensão envolver direito público e o pedido contido na inicial não estiver *expressamente permitido pelo*

<sup>67</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. “Nulidade, inexistência e rescindibilidade da sentença”. In: **Revista de Processo**. Número nº 19, julho/setembro 1998. São Paulo: Revista dos Tribunais. Pp. 23/37.

<sup>68</sup> PASSOS, J. J. Calmon de. **Esboço de uma teoria das nulidades processuais**. Rio de Janeiro: Forense. 2002. P. 96

<sup>69</sup> GOMES, Fábio. **Comentários ao Código de Processo Civil, v. 3: do processo de conhecimento, arts. 243 a 269**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000. P. 24.

<sup>70</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 38ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2002. Vol. I. P. 49.

<sup>71</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 4ª. Ed., São Paulo: Malheiros. 1993. P. 52



*ordenamento jurídico*, em tese se estará diante de um pedido juridicamente impossível, visto que a “lei para o particular, significa ‘pode fazer assim’; para o administrador público significa ‘deve fazer assim’”<sup>72</sup>, assevera Hely Lopes Meirelles.

Dinamarco<sup>73</sup> chama a atenção para o conceito amplo da possibilidade jurídica, propondo como adequada a locução *impossibilidade jurídica da demanda*, na medida em que abrange todos os elementos, já que a impossibilidade pode estar não só no pedido, como também na “*causa petendi* (dívida de jogo), outras é alguma especial condição da pessoa (não se faz execução contra pessoa jurídica de direito público).”<sup>74</sup>

Embasado nas lições de Allorio, Humberto Theodoro escreve que não se deve confundir impossibilidade jurídica do pedido frente ao direito material, pois a ausência deste levaria à improcedência do pedido, ao passo que a possibilidade jurídica reside “na permissão, ou não, do direito positivo a que se instaure a relação processual em torno da pretensão do autor.”<sup>75</sup>

Cândido Rangel Dinamarco observa, no entanto, que, embora seja “do direito material que ordinariamente vêm os elementos em virtude dos quais se chega a concluir pela carência de ação por impossibilidade jurídica, mas a carência em si mesma é típico fenômeno de direito processual”<sup>76</sup>, porque no caso o Estado está “renunciando a exercer cumpridamente sua função jurisdicional”<sup>77</sup>, completa o autor. Ressalta, ainda, que não se pode assimilar a carência de ação à improcedência, porque, ao pronunciar aquela, por impossibilidade jurídica da demanda, a situação jurídica entre as partes fica intacta, sem que seja afirmado ou negado o direito material deduzido na inicial.

Assim vista a questão, como condição da ação, a impossibilidade jurídica do pedido (ou da demanda, sugerida por Dinamarco) é certamente a condição de maior importância para o exercício do direito de ação, justamente porque, para se concluir pela carência de ação, questões relacionadas ao direito substancial propriamente dito haverão de ser revolvidas e analisadas. Deparando-se com a negativa jurídica de existência da pretensão colocada para julgamento, a vedação será tamanha, que sequer está o Estado-juiz autorizado a se pronunciar sobre ela.

Dessa forma, a sentença que porventura julgar o mérito, se na verdade o autor era carecedor de ação por impossibilidade jurídica do pedido, conterà mácula muito mais forte do que a falta de legitimidade ou de interesse.

O princípio da moralidade, como dito, já está ostensivamente previsto no art. 37 da Constituição Federal, como dogma a ser seguido por *qualquer agente dos Poderes* da União, dos Estados e Municípios, sem exceção.

Assim, o pedido que contiver em sua essência uma imoralidade ínsita, obviamente estará em choque com um dos mais importantes princípios constitucionais que rege a administração pública, qual seja, o da moralidade administrativa. Em contraste com a moralidade administrativa, teremos então um flagrante pedido juridicamente impossível. E a sentença que eventualmente o acolher será, por consequência lógica, sentença que acolherá uma impossibilidade jurídica (se é que é sentença).

A consequência é que a sentença proferida não pode existir no mundo jurídico. A ausência de possibilidade jurídica deveria ter sido fator impeditivo do próprio

<sup>72</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 15ª ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1990. P. 78.

<sup>73</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Execução Civil**. 8ª ed.. São Paulo: Malheiros. 2002. P. 400.

<sup>74</sup> Ob. Cit. P. 400-401.

<sup>75</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 38ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2002. Vol. I. P. 51.

<sup>76</sup> Ob. Cit. P. 404

<sup>77</sup> Ob. Cit. p. 404.



pronunciamento de mérito pelo juiz, porque o autor era carecedor de ação.

Ora, *carência* é o mesmo que *afalta de algo* necessário, a privação, expressões ligadas à idéia de *inexistência*. Portanto, se o autor não tinha a ação, não poderia ele ter a sentença de mérito favorável. Se eventualmente a obteve, juridicamente ela não existe.

Como exemplo de não-sentença, Calmon de Passos declina o seguinte:

*Outra hipótese é a da sentença impossível, isto é, da sentença que aplica direito não contido expressamente, nem implicitamente, no sistema legislativo. Entre nós, a sentença que condenasse a morte. Seria uma não-sentença, porque sentença é a aplicação autoritativa do direito que incidiu em um caso particular, e somente pode incidir o direito reconhecido, acolhido pelo sistema de direito positivo do país de que o juiz é agente político.*<sup>78</sup>

Apoiada nas lições de Liebman, onde afirma que as condições da ação são em verdade *requisitos constitutivos* da ação, Teresa Arruda Alvim Wambier conclui que “serão inexistentes também os processos a que tenha faltado pressuposto processual da existência, e por conseguinte, as sentenças de mérito neles proferidas”<sup>79</sup>. Diz a professora que o autor exerceu apenas *direito de petição*, porque era carecedor de ação e a sentença proferida é mais que nula, é juridicamente inexistente, uma não-sentença.

Pontes de Miranda, ao analisar a sentença nula, distinguiu desta a inexistente, afirmando que ela ocorre “[...] no caso de

impossibilidade física, lógica, jurídica e moral, no conteúdo da sentença.”<sup>80</sup>. Nota-se que Pontes de Miranda fala em *impossibilidade jurídica e moral*.

Teresa Arruda e José Miguel defendem que “sentença de mérito proferida sem que haja interesse do autor, sem que as partes tenham legitimidade ad causam e quando se formulou pedido não compatível com o ordenamento jurídico é ato juridicamente inexistente.”<sup>81</sup> Defendem, ainda, que a sentença que por um equívoco “julga o “mérito” quando, a rigor, encontravam-se ausentes as condições da ação é um arremedo de sentença, pois a questão submetida ao juiz sequer poderia ter sido apreciada (v.g., no caso de sentença proferida entre partes ilegítimas).”<sup>82</sup>

E a sentença inexistente não é impugnável via ação rescisória, conforme alerta Humberto Theodoro Júnior: “O que não existe não pode ser rescindido, de sorte que não se há de falar em ação rescisória sobre sentença inexistente [...]”<sup>83</sup>.

Essa conclusão do processualista mineiro decorre do fato de que a sentença inexistente, por ser um nada no mundo jurídico, também não se reveste ou não faz surgir a coisa julgada, conforme afirma J. J. Calmon de Passos:

*Nem mesmo a coisa julgada pode remediá-los, ou convalidá-los, ou fazê-los eficazes. Inclusive, se a inexistência fere o próprio ato decisório, a decisão jamais passa em julgado. [...] Os atos inexistentes, ao contrário, desafiam a coisa julgada, sobrevivem a ela, ou, inclusive, impedem sua constituição.*<sup>84</sup>

<sup>78</sup> Ob. cit. P. 102.

<sup>79</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades do processo e da sentença**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1998. P. 357.

<sup>80</sup> MIRANDA, Pontes de. **Tratado da ação rescisória**. 2ª ed., atualiz. Wilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller. 2003. P. 444.

<sup>81</sup> Ob. cit. P. 31-32.

<sup>82</sup> Ob. cit. p. 32.

<sup>83</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. “A coisa julgada e a rescindibilidade da sentença”. In: **Jurisprudência Mineira**. Número 128 – Ou/Dez. de 1994. p. 7.

<sup>84</sup> Ob. cit.. p. 99.



Contudo, é necessária uma declaração judicial de invalidade, porque, sem esse reconhecimento formal, no mundo fático a sentença juridicamente inexistente pode surtir resultados materiais. O que impede que isso ocorra é exatamente outra sentença que reconheça a inexistência jurídica.

Assim, a sentença lesiva ao erário público, que é imoral, porque deferiu pedido juridicamente impossível, não pode nem deve ser atacada através de ação rescisória. Por essa razão não lhe são aplicáveis as regras específicas daquele instituto, inclusive o prazo bienal para a sua propositura.

Se lesiva ao erário público, a ação popular e a ação civil pública são por excelência os instrumentos mais adequados para buscar essa invalidade.

## 12. Imprescritibilidade do pedido de reparação do erário

A Lei 8.429/92, em seu art. 23, incisos I e II, prevê prazos prescricionais para as ações destinadas a levar a efeito as *sanções* nela previstas. É de até 5 (cinco) anos e o termo inicial conta a partir do término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança. Nota-se claramente que os prazos são aplicáveis apenas e tão-somente para o caso de *sanções*; o dispositivo não faz referência alguma às possíveis ações de reparação dos danos decorrentes da improbidade praticada, razão pela qual são imprescritíveis.

Comentando o art. 23 da Lei Federal 8.429/92, o Promotor de Justiça paulista Wallace Paiva Martins Júnior explica que a “prescrição não se aplica às penalidades previstas na lei que objetivam a reparação do dano material e moral (perda dos bens ilicitamente acrescidos, ressarcimento do

dano e pagamento de multa civil).”<sup>85</sup>

Lado outro, a Constituição Federal, em seu art. 37, § 5º, dispõe que “a lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento”<sup>86</sup>

Ora, se estão “ressalvadas as ações de ressarcimento”, por óbvio a Carta Magna inequivocamente quis dizer que tais ações são *imprescritíveis*, e pelo princípio da hierarquia das leis, diante da supremacia constitucional, nenhuma norma inferior poderá ir contra tal comando, sob pena de ser inconstitucional

Ao analisar o tema prescricibilidade dos ilícitos administrativos, José Afonso da Silva observa que “há uma ressalva ao princípio. Nem tudo prescreverá. Apenas a apuração e punição do ilícito, não, porém, o direito da Administração ao ressarcimento, à indenização, do prejuízo causado ao erário.”<sup>87</sup>

E outra não é a opinião de Celso Antônio Bandeira de Mello: “Já a ação civil por responsabilidade do servidor, em razão de danos causados ao erário é imprescritível (art. 37, § 5º da Constituição Federal).”<sup>88</sup>

Como o art. 11 da Lei n. 4.717/65 é claro em dizer que a sentença que julgar procedente a ação popular, além de decretar a invalidade do ato impugnado, “condenará ao pagamento de perdas e danos os responsáveis pela sua prática e os beneficiários dele”<sup>89</sup>, inegável é o caráter indenizatório dos cofres públicos conferido à ação popular.

Assim, há um evidente contraste do texto do art. 21 da Lei n. 4.717/65 com a parte final do § 5º do art. 37 da Constituição Federal; questionável é, portanto, a constitucionalidade do art. 21 da Lei n. 4.717/

<sup>85</sup> MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Probidade administrativa**. São Paulo: Saraiva. 2001. P. 291.

<sup>86</sup> BRASIL. Constituição Federal (1988). 29ª edição. **Coleção Saraiva de Legislação**. São Paulo: Saraiva. 2002. P. 40.

<sup>87</sup> SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 19ª ed., São Paulo: Malheiros Editores. 2001. P. 657.

<sup>88</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 4ª. Ed. São Paulo: Malheiros. 1993. P. 164

<sup>89</sup> NEGRÃO, Theotonio. **Código de Processo Civil e legislação processual em vigor**. 34ª ed., Colab. De José Roberto Ferreira Gouvêa. São Paulo: Saraiva. 2002. P. 1028.



65, quanto à recepção deste pela *Constituição Cidadã*.

Este choque frontal, do § 5º do art. 37 da CF como art. 21 da Lei n. 4.717/65, leva à conclusão de que deve prevalecer, obviamente, a norma constitucional, dada a hierarquia das regras da Carta Magna.

Fácil concluir, portanto, que qualquer ação popular fundamentada em lesão ao erário, porque a causa de pedir aí é a improbidade administrativa, não poderá invocar o transcurso do prazo do art. 21 da Lei n. 4.717/65, diante do previsto no § 5º do art. 37 da CF.

Aliás, a tese de não recepção do art. 21 da Lei n. 4.717/65 pela Carta Magna de 1988 não é nenhuma novidade. Gregório Assagra de Almeida, em obra recentemente publicada, sustenta

*[...] que referido prazo, por ser restritivo à garantia constitucional da ação popular e por não estar expressamente estabelecido no texto constitucional, não foi pela Lei Maior recepcionado. Trata-se nesse caso de inconstitucionalidade por falta de recepção.<sup>90</sup>*

Assim, o pedido de ressarcimento dos cofres públicos formulado contra os causadores do dano, em uma ação popular, não estaria sujeito ao prazo do art. 21 da Lei n. 4.717/65, tal qual ocorre na ação civil pública por improbidade administrativa.

É de se questionar a situação em que a lesão não ocorreu, mas ocorrerá se executada a sentença. Esse ato jurisdicional potencialmente lesivo seria impugnável a qualquer tempo, por ação popular ou civil pública, para evitar o prejuízo ao erário?

Nesse ponto, propomos que as Leis 4.717/65 e 8.429/92 tenham suas redações

modificadas, com o fito de atender a situação indicada, para que de forma preventiva possa o patrimônio público ser colocado a salvo. Ora, se “a lei não é imune, qualquer que seja o tempo decorrido desde a sua entrada em vigor, aos efeitos negativos da inconstitucionalidade, por que o seria a coisa julgada?”<sup>91</sup>, questionam Humberto Theodoro e Juliana de Faria.

Aliás, José Augusto Delgado também lança a semente da imprescritibilidade, ao dizer que a sentença inconstitucional poderá “[...] a qualquer tempo, ser desconstituída.”<sup>92</sup>

### CONCLUSÃO

Por ser uma função com características próprias e especiais, não tem a função jurisdicional o poder absoluto de decidir contra a própria Constituição, devendo, antes, atender aos seus comandos, tal qual deve observar o agente que administra e o que legisla, cujos atos sempre estiveram sujeitos ao controle de constitucionalidade.

Se a Constituição Federal, a Lei n. 4.717/65 e a Lei 8.429/92 não distinguem a natureza do ato ou da função exercida pelo agente, o ato jurisdicional típico, se lesivo ou em choque com os princípios positivados na Constituição Federal, é impugnável através de ação popular ou ação civil pública.

Por isso é equivocado o entendimento de doutrinadores, de que atos de natureza jurisdicional escapariam da incidência da ação popular.

O exercício da cidadania não pode sofrer restrições pela natureza do ato lesivo praticado e não se pode reconhecer a imutabilidade de sentenças lesivas ao erário, supervalorizando a coisa julgada em detrimento de um pronunciamento

<sup>90</sup> Ob. cit., P. 417.

<sup>91</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. “A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle”. In: **Revista dos Tribunais**. São Paulo. Vol. 795 - jan. 2002. P. 26.

<sup>92</sup> DELGADO, José Augusto. “Efeitos da Coisa julgada e os princípios constitucionais”. In: **Coisa Julgada Inconstitucional**. Coord. Carlos Valder do Nascimento. 2ª ed.. Rio de Janeiro: América Jurídica. 2003. P. 103.





jurisdicional que contrarie princípios constitucionais e que não decida com justiça, tal qual concebida e esperada no meio social em que irá incidir seus efeitos concretos.

A inconstitucionalidade da sentença lesiva ao erário público leva à sua inexistência jurídica, porque deferiu pedido vedado no ordenamento, portanto juridicamente impossível, exposta à

declaração de inexistência, em outra sentença, proferida em ação popular ou em ação civil pública.

E, no caso de ação popular, o pedido de reparação dos danos porventura advindos da sentença lesiva ao erário não prescreve nunca, porque o art. 21 da Lei 4.717/65 não foi recepcionado pela Constituição de 1988, diante da dicção do § 5º do art. 37.

## BIBLIOGRAFIA

- ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual**. São Paulo: Saraiva. 2003.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed.. São Paulo: Saraiva. 2003.
- ARISTÓTELES. **Política**. Trad. de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret. 2004.
- CAETANO, Marcello. **Manual de Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina. Vol. I. 1990.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra. 1991.
- \_\_\_\_\_. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3ª ed., Coimbra: Almedina. 1998.
- CRETELLA JR. José. **Curso de Direito Administrativo**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 1992.
- DELGADO, José Augusto. “Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais”. In: **Coisa Julgada Inconstitucional**. Coord. Carlos Valder do Nascimento. 2ª ed.. Rio de Janeiro: América Jurídica. 2003. PP. 77-121
- DELGADO, José Augusto. “Pontos polêmicos das ações de indenização de áreas naturais protegidas: efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais”. In: **Revista de Processo**. n. 103, junho/setembro 2001, pp. 9-36. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Malheiros. 2001.
- \_\_\_\_\_. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. São Paulo: Malheiros. 5ª ed. 2002. I e II.
- \_\_\_\_\_. **Execução Civil**. 8ª ed.. São Paulo: Malheiros. 2002
- \_\_\_\_\_. **Instituições de Direito Processual Civil**. 1ª ed. São Paulo: Malheiros. 2001. I, II, III e IV.
- \_\_\_\_\_. “Relativizar a coisa julgada material”. In: **Revista de Processo**. n. 109, janeiro/março 2003, pp. 9-37. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. “Discricionariedade Administrativa e Controle Judicial da Administração”. In: **Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social**. Org. Carlos Alberto de Salles. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003.
- \_\_\_\_\_. **Direito Administrativo**. 14ª ed.. São Paulo: Atlas. 2002.
- ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de direito administrativo**. Trad. Arnaldo Setti. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1991.
- ENTERRÍA, Eduardo García de. **Democracia, jueces y control de la administracion**. Madrid: Civitas S.A. Segunda Edición Ampliada. 1996.



- FAGUNDES, Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. São Paulo: Saraiva, 1985.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 28ª ed.. São Paulo: Saraiva. 2002. P. 318.
- GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. Rio de Janeiro: Lumen Júris. 2002.
- GOMES, Fábio. **Comentários ao Código de Processo Civil, v. 3: do processo de conhecimento, arts. 243 a 269**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000.
- GORDILLO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo**. Belo Horizonte: Del Rey. Séptima edición. 2003. Tomo 1.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 1997.
- HAURIOU, Maurice. **Précis Élémentaire de Droit Administratif**. Paris. 1926.
- HITTERS, Juan Carlos. **Revisión de la cosa juzgada**. La Plata: Platense. 1977.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada**. 3ª ed.. Rio de Janeiro: Forense. Trad. Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. 1994.
- \_\_\_\_\_. **Manuale di Dirritto Processuale Civile**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore. Terza Edizione. 1976.
- LIMA, Paulo Roberto de Oliveira. **Contribuição à teoria da coisa julgada**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1997.
- LOCKE, John, **Segundo Tratado Sobre o Governo**. Trad. Alex Marins. São Paulo: Martin Claret. 2003.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação Popular: proteção do erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente**. 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais. 1998.
- MARQUES, José Frederico. **Manual de Direito Processual Civil**. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller. 1997.
- MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Proibidade administrativa**. São Paulo: Saraiva. 2001.
- MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 19ª ed.. Rio de Janeiro: Forense. 2003.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 24ª ed., Malheiros, São Paulo. 1999.
- \_\_\_\_\_. **Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, “Habeas-Data”, Ação Declaratória de Inconstitucionalidade e Arguição de Descumprimento de Preceito fundamental**. 25ª ed. Atualizada por Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes, São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 4ª. ed.. São Paulo: Malheiros. 2002.
- \_\_\_\_\_. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2ª ed.. São Paulo: Malheiros Editores. 1993.
- MIRANDA, Jorge. **Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade**. Coimbra: Coimbra Editora. 1996.
- \_\_\_\_\_. **Manual de Direito Constitucional**. Coimbra Editora, 1996.
- MIRANDA, Pontes de. **Tratado da ação rescisória**. 2ª ed., atualiz. Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller. 2003.

- MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis**. Trad. Jean Melville. São Paulo: Martin Claret. 2002.
- MOREIRANETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 13ª edição. Rio de Janeiro: Forense. 2003.
- NASCIMENTO Carlos Valder do (Coord.) **Coisa Julgada Inconstitucional**. 2ª ed.. Rio de Janeiro: América Jurídica. 2003.
- NEGRÃO, Theotonio. **Código de Processo Civil e legislação processual em vigor**. 34ª ed.. Colab. De José Roberto Ferreira Gouvêa. São Paulo: Saraiva. 2002.
- NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**. 5ª ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001.
- OTERO, Paulo Manuel Cunha da Costa. **Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional**. Lisboa : Lex, 1993.
- PASSOS, J. J. Calmon de. **Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais**. Rio de Janeiro: Forense. 2002.
- PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo**. 14ª ed.. São Paulo: Atlas. 2002.
- RAMOS. Elival da Silva. **A ação popular como instrumento de participação política**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- RIVERA S. José Antonio. “El amparo constitucional contra sentencias judiciales com autoridade de cosa juzgada: uma perspectiva Del tema em Bolívia”. In: **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**. N. 2. Julho/dezembro 2003, pp. 372-392. Belo Horizonte: Del Rey. 2003.
- SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 19ª ed., São Paulo. Malheiros Editores, 2001.
- \_\_\_\_\_. **Ação popular constitucional – Doutrina e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.
- SILVA, Ovídio Baptista da; DALL’AGNOL, Antônio; GOMES, Fábio; FIGUEIRA JR., Joel et al. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000.
- SCHÖNKE, Adolf. **Direito Processual Civil**. Tradução de Karina Andréa Fumberg, Vera Longuini e Diego Alejandro Fabrizio. Campinas: Romana. 2003.
- TESHEINER, José Maria. **Eficácia da Sentença e Coisa Julgada no Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 38ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2002. I, II e III.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. “A coisa julgada e a rescindibilidade da sentença”. In: **Jurisprudência Mineira**. N. 128, outubro-dezembro de 1994. p. 1-23.
- \_\_\_\_\_. “Nulidade, inexistência e rescindibilidade da sentença”. In: **Revista de Processo**. n. 19, julho/setembro 1998, pp. 23-37. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- \_\_\_\_\_; FARIA, Juliana Cordeiro de. “A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle”. In: **Revista dos Tribunais**. São Paulo. Vol. 795 - jan. 2002. pp. 21-40.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de Almeida; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades do processo e da sentença**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1998.
- \_\_\_\_\_; MEDINA, José Miguel Garcia. **O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003.



# SENTENÇAS INEXISTENTES E “QUERELA NULLITATIS”

Fernando da Fonseca Gajardoni<sup>1</sup>

## RESUMO

O presente estudo investiga a sobrevivência em nosso sistema da *querela nullitatis*, ou, mais modernamente, ação declaratória de inexistência. Faz breve análise histórica do instituto e traz sua evolução nos sistemas processuais desde o direito Romano. Ao final, após concluir pela sobrevivência da ação no direito moderno, indica suas hipóteses de cabimento – entre elas a inexistência da sentença quando proferida em feito em que não houve citação, ou não houve a participação de advogado – contrapondo-as com outros posicionamentos doutrinários.

**PALAVRAS CHAVE:** Sentença. Inexistência. *Querela Nullitatis*. Nulidades. Impugnação.

## ABSTRACT

This study investigate the survival in our system of the *querela nullitatis*, or, more recently, declaratory action of non existence. It does a short historical analysis of the institute and the evolution of the *querela* in the procedural systems since the Romans. After concludes to survival of the action in the modern law, describes the cases of suitability - for instance, the inexistence sentence when made in a process without a citation, or without a participation of a lawyer - contrasting with others counselors positions.

## Sumário

I. Introdução. II. Histórico – “querela nullitatis”: seu nascimento e evolução histórica através dos tempos. III. Direito Comparado: a “querela nullitatis” em outros sistemas. a) Direito Canônico. b) Direito Português. c) Direito Italiano. IV. A “querela nullitatis” em nosso ordenamento jurídico – uma tentativa de sistematização. a) Antecedentes históricos. b) A “querela nullitatis” no amplo espectro das ações impugnativas. c) Regime jurídico – hipóteses de cabimento. V. Bibliografia básica.

### I–Introdução

No campo das nulidades no processo civil, hoje nos parece pacificado o entendimento de que, ao lado dos atos processuais existentes, encontra-se o regime dos atos processuais inexistentes<sup>2</sup>.

Entretanto, mesmo sendo juridicamente inexistentes, indiscutível que esses atos, em virtude de sua existência ao menos no campo formal, enquanto não

expurgados do mundo jurídico, emanam efeitos, dando origem à conseqüências tanto na seara do direito processual quanto na do direito material.

Como se a doutrina dos atos processuais inexistentes já não fosse complexa e digna da atenção dos doutos, a questão torna-se ainda mais trabalhosa quando o ato processual que se tem por inexistente é a sentença, ou seja, o ato pelo

<sup>1</sup> Juiz de Direito no Estado de São Paulo. Mestre em Processo Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Docente Formador da Escola Paulista da Magistratura (EPM). Professor de Processo Civil dos cursos de graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito de Franca (FDF) e da Universidade de Franca (UNIFRAN). Membro do Núcleo de Estudos e Debates do CEBEPEJ (Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais). Membro da Associação dos Juizes para a Democracia (AJD).

<sup>2</sup> Calmon de Passos, em excelente artigo intitulado “Esboço de uma teoria geral das nulidades”, publicado na Revista de Processo n. 56, acena que a diferença entre a inexistência e a nulidade se encontra em uma questão de grau, razão pela qual existem alguns defeitos que levam à nulidade do ato jurídico processual, enquanto outros mais graves à inexistência.



qual o juiz põe termo à relação jurídica processual (art. 162, parágrafo primeiro, do CPC), solucionando o conflito de interesses deduzido em juízo (“res deducta”).

Qual seria a via adequada para a impugnação das sentenças inexistentes? Elas gerariam efeitos até que expurgadas do universo jurídico? Será que o regime da ação rescisória contemplaria tais hipóteses? E o prazo decadencial dessa via impugnativa? Seria lícito adotar para a rescisão ou declaração de inexistência dessas sentenças que, na verdade, nada mais são do que verdadeiros simulacros de sentença, o concebido para a ação rescisória? Existe no ordenamento jurídico brasileiro uma ação que tenha por objeto exatamente o tema em discussão?

Parece-nos que tais respostas podem, todas, ser encontradas no exame do instituto da “querela nullitatis”, ou melhor, da ação de nulidade, via processual autônoma, criada nos estatutos italianos, que tinha por escopo denunciar as graves nulidades havidas no processo e, conseqüentemente, na sentença.

## II – Histórico – “querela nullitatis”: seu nascimento e evolução histórica através dos tempos

1. Como já afirmado, o estudo da “querela nullitatis” anda de mãos dadas com o estudo da evolução do regime das nulidades do processo, posto que concebida exatamente como forma de correção desses “erros”. Assim, impossível termos em vista tal instituto se não entendêssemos, conjuntamente, como eram concebidas as nulidades “lato sensu” no direito pretérito.

2. No Direito Romano, tanto no período das “legis actiones” quanto no da “ordo iudiciorum privatorum”, não havia solo

fértil para o surgimento de ações que visassem à nulidade dos atos processuais, posto que as sentenças eram irrecorríveis e as nulidades de direito material operavam-se “pleno iure”, não havendo necessidade de declaração.

3. Já no período formulário, em razão da atividade do pretor, houve uma depuração do conceito de nulidade, posto que a mesma seria uma sanção aos atos não realizados de acordo as regras vigentes (que eram extremamente formalistas).

Nesse período, o devedor condenado, superado o prazo para o cumprimento voluntário da obrigação, podia fazer a seguinte escolha: a) ou confessava o débito e, então, o pretor autorizava o credor a praticar atos de execução em sua pessoa ou seus bens; b) ou negava a condenação, contestando a existência ou a validade da sentença (sentença nula era considerada inexistente), apresentando, contudo, caução para isso, correndo o risco de ser condenado ao dobro do valor da condenação<sup>3</sup>. Nessa segunda hipótese, talvez, tivesse origem a mais remota ancestral do que hoje é concebido como embargos à execução.

Mas o devedor não necessitava, contudo, esperar que o credor agisse para, somente então, apresentar a “actio iudicati”. Podia ele tomar a iniciativa, visando à declaração de nulidade da sentença, mediante um remédio denominado “revocatio in duplum”.

De acordo com Roque Komatsu<sup>4</sup>, “a ‘revocatio in duplum’ teria a natureza de ação especial, destinada a negar a existência da sentença como tal, com a índole da moderna ação declaratória negativa, que visa à declaração da nulidade do julgamento e não a rescisão da sentença...”.

Foi através do surgimento dessa ação impugnativa que se iniciaram as discussões sobre a necessidade de o sistema

<sup>3</sup> Roque Komatsu, “A invalidade no processo civil” – Ed, RT, São Paulo, 1991, pág. 46

<sup>4</sup> Ob. cit, pág. 48



ser dotado de uma via adequada para a declaração da nulidade e inexistência da sentença, na medida em que a mesma não teria sido proferida de forma obediente aos rigorismos formais da época. Observe-se que, para esse instituto, não havia prazo certo, podendo, diante da nulidade da sentença, que na verdade correspondia à sua inexistência, o devedor demandar a qualquer tempo.

Por outro lado, um pouco depois, no período republicano, floresceu a idéia de uma ação que tivesse por objetivo a anulação de sentenças que, embora formalmente válidas, representassem manifesta injustiça. Então, a critério do pretor, dava-se à parte prejudicada a oportunidade do ajuizamento do remédio da “restitutio in integrum”.

E todo esse sistema impugnativo veio, logo após, a ser completado pela oficialização da “appellatio”, como forma ordinária de correção da injustiça da decisão.

Em resumo, o quadro impugnativo quanto às sentenças em geral no período formulário era o seguinte:

- a) “appellatio” – via ordinária para a correção da injustiça substancial da sentença, tendo em vista a aplicação da lei, conseqüentemente, abarcando o tema das nulidades;
- b) “restituto in integrum” – via excepcional, concedida pelo pretor e pelos magistrado imperiais, com o escopo de corrigir a injustiça substancial da sentença, tendo em vista a consideração dos fatos da causa;
- c) “revocatio in duplum” – via autônoma – sem prazo fixado - de iniciativa do devedor, que, correndo o risco de ser condenado no dobro, antes de eventual atitude constritiva do credor, impugnava a sentença sob o ponto de vista da legalidade (nulidade = inexistência).

Com o passar do tempo, esses remédios passaram a se fundir. Ora o que era apelável se tornou objeto de nulidade, e vice versa. Mas, em resumo, os institutos do direito romano que tinham por escopo o afastamento do vícios da sentença eram esses.

4. Mas foi no direito intermédio, no direito estatutário italiano, por influência do direito germânico e dos institutos de direito romano supra declinados, “*que se julgou necessário criar, para a denúncia dos erros ‘in procedendo’, um remédio especial, a ‘querela nullitatis’, exercitável de modo autônomo, não propriamente como ação, mas por simples ‘imploratio officii iudicis’*”<sup>5</sup>.

Nessa época, “*decorrido o termo para apelar, não era mais possível atacar a sentença por motivos de injustiça. A sentença nula não se encontrava em condição de inexistência jurídica, mas só estava sujeita a perder sua jurídica existência por meio da querela ‘nullitatis’, que ainda restava aberta contra ela. Seguiu-se um período de tempo em que contra a sentença se podia reclamar apenas por motivos de nulidade; decorrido inutilmente esse período, também a possibilidade de reclamar contra a nulidade da sentença se precluía, e todos os vícios desta, tanto aqueles in judicando como aqueles in procedendo, deviam ser entendidos como irrevogavelmente sanados*”<sup>6</sup>.

Conclui-se, pois, que, diversamente do período romano, a impugnação das sentenças nulas, essas já erigidas à categoria autônoma em relação às inexistentes, somente se dava através da querela “nullitatis”. Enquanto a injustiça da decisão era atacada via apelação, sua ilegalidade somente podia ser objeto de impugnação, por período certo, através da querela. Decorrido

<sup>5</sup> José Carlos Barbosa Moreira, “Comentário ao Código de Processo Civil” – Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1993, fls. 91

<sup>6</sup> Ob. cit. nota 2, pág. 60



esse período, todos os vícios da sentença, sejam os “in judicando”, sejam os “in procedendo”, eram sanados, nada mais podendo ser reclamado.

Mas observe-se que, embora presentes em alguns estatutos a diferenciação dos conceitos de existência e nulidade, deixaram os glosadores de observar que, criada uma ação, por prazo determinado, para a impugnação das sentenças nulas, as sentenças juridicamente inexistentes ficaram sem via impugnativa própria. Em virtude disso, muitas das causas de inexistência passaram a ser abarcadas como causas de nulidade da sentença, o que gerou certa confusão de conceitos nos estudiosos da época.

Com efeito, por conta dessa confusão e junção das causas de nulidade com as de inexistência, passou-se a entender em muitos estatutos que, decorrido o prazo para o ajuizamento da querela “nullitatis”, todas os vícios da sentença se sanavam, pois nenhum deles sobrevivia à preclusão desse meio de impugnação, mesmo sabendo que nulidade e inexistência não se confundiam.

Conseqüência disso é que todos os casos de inexistência da sentença, para esses estatutos, sanavam-se com o decurso do prazo da querela, não podendo mais, em hipótese alguma, ser alegados.

Por outro lado, em outros estatutos, como os de Perúgia e Carrara, conforme assinala Roque Komatsu, “*a antítese entre o conceito de anulabilidade e o de nulidade ‘ipso iure’ foi resolvida de modo mais lógico: enquanto se acolhe de uma parte a noção de anulabilidade para quase todos os vícios da sentença e para estes se prefixa um prazo peremptório dentro do qual devia ser exercida a querela ‘nullitatis’ em via principal; de outra parte em se acolhendo a noção de inexistência do julgado para alguns vícios mais graves admite-se a qualquer tempo o exercício da ‘exceptio*

*nullitatis’*”.

Assim, “*a legislação estatutária vinha a mitigar a excessiva absoluteza do princípio da validade formal da sentença e a reconhecer que este, se era aplicável à maioria dos defeitos do julgado não era logicamente admissível quando faltassem à sentença aqueles requisitos constitutivos, sem os quais não se podia concebê-la, como acontecia, por exemplo, nos casos de absoluto ‘defectus jurisdictionis’*”.<sup>7</sup>

Tem-se, desse modo, a conclusão pela qual, enquanto certas nulidades, nesses estatutos, eram impugnáveis por via da querela por prazo certo – sanáveis, portanto – outras nulidades mais graves, em razão da intensidade do vício, independiam de ajuizamento em prazo certo, podendo, por não se sanarem jamais, ser alegadas a qualquer tempo, seja por via de exceção, seja através da própria querela. No primeiro caso, dizia-se que a ação era de “querela nullitatis sanabilis”, enquanto que na segunda hipótese, “querela nullitatis insanabilis”.

Para esses estatutos, então, parecemos que a querela tinha duas funções: a) atacar nulidades do processo e da sentença, nesse caso, sendo a mesma submetida a prazo certo para alegação; b) atacar os processos e sentenças inexistentes, nessas hipóteses, não havendo prazo para a arguição do vício.

Enfim; na atenta observação de Calamandrei, a querela “nullitatis” é “*um instituto desconhecido do Direito Romano e do Direito Germânico, que surge na legislação estatutária italiana do século XII, desenvolve-se e toma forma no século XIII, atinge sua plena maturidade na metade do século XIV, portanto, não se pode dizer de origem romana, nem de origem germânica, mas de pura formação italiana*”<sup>8</sup>.

5. Entretanto, a evolução do direito processual, com o aperfeiçoamento do

<sup>7</sup> Ob. cit., pág. 65

<sup>8</sup> Piero Calamandrei, “La cassazione civile – Torino, vol. I, pág. 138



sistema recursal nos diversos ordenamentos jurídicos que sucederam ao período estatutário italiano, notadamente o de apelação, fez com que a querela “nullitatis” desaparecesse quase que por completo dos sistemas jurídicos subsequentes, ora sendo encampada por novos institutos como a ação rescisória, ora sendo abrangida pela extensão cada vez maior das matérias alegáveis na seara recursal.

Com isso, na maioria dos ordenamentos europeus, a querela “nullitatis”, em suas duas modalidades, “sanabilis” e “insanabilis”, acabou perdendo fôlego; *“a primeira foi pouco a pouco absorvida pela apelação, e a segunda acabou desaparecendo, de modo que os motivos de invalidação da sentença passaram a ter de alegar-se por meio de recurso, sob pena de ficarem preclusos com o esgotamento das vias recursais”*.<sup>9</sup>

Vale ressaltar, contudo, que o desaparecimento da querela de nulidade, pelo que podemos constatar pela análise de sua evolução histórica, deu-se muito mais em virtude do aperfeiçoamento dos sistemas impugnativos do que em virtude da desnecessidade do instituto.

Com efeito, se fizermos uma análise profunda dos ordenamentos jurídicos europeus que sucederam ao período dos estatutos italianos, de certo constataremos que não existe mais a querela para os fins de impugnabilidade das decisões nulas, posto que criado todo um aparato processual próprio para tanto. Contudo, restou ainda incólume o escopo da querela para os fins de declaração da inexistência das sentenças, retirando-as materialmente do mundo jurídico, posto que, embora juridicamente as mesmas nada sejam, indiscutível que produzem efeitos.

6. Assim, tem-se que o tema é de interessante atualidade. Se de um lado pregasse o fim da querela de nulidade, por outro o aperfeiçoamento dos estudos sobre as causas de existência e inexistência da sentença, acoplados à falta de previsão de uma via própria para impugnação das últimas, faz com que haja um revigoramento do assunto.

Conseqüentemente, cumpre ao estudioso do tema encontrar, nos diversos ordenamentos jurídicos com que trabalhe, as vigas que sustentem ainda a existência do instituto.

### III – Direito Comparado: a “querela nullitatis” em outros sistemas

#### a) O Direito Canônico<sup>10</sup>

7. Atualmente, talvez seja somente no Direito Canônico que se encontre previsão expressa para a querela “nullitatis”.

Com efeito, o “Codex Iuris Canonici”, promulgado pelo papa João Paulo II em 25 de janeiro de 1983, expressamente prevê, para as causas relativas às coisas espirituais e com elas conexas; e para as que apurem a violação de leis eclesásticas e atos caracterizados como pecado, no que se refere à determinação da culpa e imposição de penas eclesásticas, a utilização da querela de nulidade contra sentença

De acordo com o disposto nos Cân. 1620 e ss., a sentença é viciada por nulidade insanável se:

- a) foi proferida por juiz absolutamente incompetente;
- b) foi proferida por alguém destituído do poder de julgar no tribunal em que a causa foi definida;
- c) o juiz proferiu a sentença coagido por violência grave;

<sup>9</sup> Barbosa Moreira, ob. cit., pág. 91

<sup>10</sup> Aloísio Surgik, “A origem da conciliação” – Tese de Doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP – 1984, fls. 238



- d) o juízo foi feito sem a petição judicial, ou não foi instaurado contra alguma parte demandada;
- e) foi proferida entre partes, das quais, ao menos um não tinha capacidade de estar em juízo;
- f) alguém agiu em nome de outro sem mandato legítimo;
- g) foi negado a alguma das partes o direito de defesa;
- h) a controvérsia não foi definida sequer parcialmente.

De acordo com o Codex Canonici, ainda, a querela pode ser proposta tanto por via de exceção como de ação; neste último caso, diante do juiz que proferiu a sentença no prazo de dez anos desde sua publicação.

Por outro lado, de acordo ainda com o Direito Canônico, a sentença é viciada de nulidade sanável, se:

- a) foi proferida por número não legítimo de juízes;
- b) não contém os motivos ou as razões da decisão;
- c) não traz as assinaturas prescritas pelo direito;
- d) não traz a indicação do ano, mês, dia e lugar em que foi proferida;
- e) está baseada em ato judicial nulo, cuja nulidade não tenha sido sanada;
- f) foi proferida contra uma parte legitimamente ausente.

Nesses casos, a querela somente pode ser proposta no prazo de três meses após a notícia da publicação da sentença.

Percebe-se, assim, que, sem nenhum rigorismo sistemático, da mesma forma em que concebida a querela em parte dos estatutos italianos do século XII, mesclam-se causas de nulidade, umas mais graves (absolutas), outras nem tanto (relativas). E mais. Junto às causas de anulabilidades, há hipóteses claras de inexistência da sentença, as quais, salvo

melhor juízo, não deveriam ser objeto da sanatória geral advinda do decurso do prazo para impugnação

### **b) O Direito Português**

8. Parece-me que é na origem do Direito Português que se encontram os melhores dispositivos reconhecedores do regime da inexistência das sentenças.

Com efeito, das ordenações Manuelinas extrai-se que “*da sentença que per Direito he nenhuma, se non require seer apellado, e em todo tempo pode ser revogada*”.

E das ordenações Filipinas observa-se que “*a sentença que é por Direito nenhuma, nunca em tempo algum passa em cousa julgada, mas em todo tempo se pode opor contra ela, que é nenhuma e de nenhum efeito, e portanto, não é necessário ser dela apelado*”. Como exemplos de sentenças que em momento algum passam em julgado, tem-se, exemplificativamente, as proferidas sem citação da parte contrária ou contra sentença anterior.

Entretanto, tanto doutrina quanto jurisprudência firmaram teses no sentido de que, mesmo casos como os supra mencionados, a sentença conservava a “*autoritas res iudicatae*”, razão pela qual deveria ser anulada. O remédio para impugnação dessas sentenças seria o “*per viam nullitatis*”, que, ao ver de Roque Komatsu, era uma sobrevivência da querela “*nullitatis*” do Direito Estatutário do século XIII, e que, posteriormente, passou a denominar-se simplesmente ação de nulidade e, no século XIX, ação rescisória<sup>11</sup>, meio impugnativo que perdura até a presente data.

Atualmente, não há dispositivo semelhante no Código de Processo Civil Português de 1962. Esse, “*codex*”, por outro lado, aponta expressamente que as sentenças podem possuir vícios ou meros defeitos materiais. Quanto aos vícios, indica que os

<sup>11</sup> ob. cit., pág. 99





mesmos podem ser substanciais (que afetam aquilo que na sentença se decide) ou formais (que inquinam a atividade do magistrado). Os vícios substanciais produzem a sentença injusta, enquanto os formais, a invalidade ou a irregularidade da sentença.

Dentro do regime da invalidade, o Código abrange as mais diversas causas de nulidade. Assim, nos termo do art. 669 do CPC, que é taxativo, é nula a sentença quando:

- a) não contenha a assinatura do juiz;
- b) não especifique os fundamentos de fato e de direito que justificam a decisão;
- c) os fundamentos estejam em oposição com a decisão;
- d) o juiz deixa de pronunciar-se sobre questões que devia apreciar ou conheça questões de que não podia tomar conhecimento;
- e) condena em quantidade superior ou em objeto diverso do pedido.

### c) O Direito Italiano<sup>12</sup>

10. Há uma disposição do Código de Processo Civil Italiano que, ao ver de Calamandrei<sup>13</sup>, testifica a sobrevivência da querela de nulidade naquele ordenamento jurídico.

Comenta o autor que o disposto no art. 161 do CPC, “*enquanto na aparência de ser só uma supérflua laje funerária colocada sobre a querela de nulidade, faz tempo já honrosamente sepultada, é na realidade um reconhecimento indireto da insuprível vitalidade que conserva ela ainda, mesmo que no processo moderno se encontre reduzida a ter que viver sob nome alheio*”.

A disposição estabelece que: “*a nulidade das sentenças sujeitas a apelação ou a recurso de cassação só pode se fazer valer dentro dos limites e segundo as regras próprias destes meios de impugnação*”. E o apartado ao dispositivo adverte que o princípio enunciado acima “*não se aplica quando a sentença que careça da assinatura do juiz*”.

Conforme indicado, a “querela nullitatis” era, no direito do intermédio, cabível contra sentenças nulas, aquelas viciadas de defeitos de atividade (“erros in procedendo”). Com o tempo, nas legislações modernas, sua função passou a ser assumida por outras formas de impugnação mais elaboradas, bem como as causas de nulidade – que até então necessitavam de mera declaração para seu reconhecimento – passaram a ser vistas como causas de impugnabilidade – essas, sim, sujeitas a um prazo certo para a impugnação, sem o qual se sanavam. Por essa razão, a “*actio nullitatis*”, “*como meio de impugnação autônomo e distinto, tem ficado em simples lembrança histórica*”<sup>14</sup>.

Mas, nos termos do dispositivo citado, existe ao menos uma hipótese prevista na legislação italiana em que a nulidade não se converte em impugnabilidade (perceba-se que o autor não fala em inexistência<sup>15</sup>), razão pela qual basta uma normal ação de declaração de certeza para que, sem limites de tempo, seja declarada que a sentença inexistente, sendo, portanto, inapropriada para gerar efeitos e transitar em julgado: aquela em que não haja assinatura do juiz!

Adverte o autor supra citado que “*na realidade, não se trata de um caso só,*

<sup>12</sup> Italo Andolina, in “Ricerche sul processo civile – Problemi sulla giurisdizione e sulla sentenza civile” (Libreria Editrice Torre S. AS – 1990, pág. 39/45), após traçar a diferenciação entre o sistema de nulidade dos atos processuais em geral com os da sentença, indica, passando pela “querela nullitatis”, a evolução do sistema de impugnação das sentenças no direito italiano, concluindo o pré-citado capítulo com a indicação das hipóteses de vício extra-formal da sentença.

<sup>13</sup> Piero Calamandrei, *Direito Processual Civil*, Ed. BookSeller, Campinas, 1999, pág. 252

<sup>14</sup> ob. cit. nota 12, pág. 251

<sup>15</sup> O autor indica como causas de nulidade absolutas as que hoje são concebidas como de inexistência jurídica. Então, para compreensão da obra de Calamandrei, há que se entender serem tais nulidade mais graves do que as nulidade absolutas por nós concebidas, as quais, como sabido, também são abarcadas em nosso sistema pela sanatória do trânsito em julgado e, decaído o prazo para a rescisória, se tornam absolutamente imodificáveis.



mesmo que o art. 161 não fala mais que de um: jurisdição e doutrina estão de acordo em admitir que podem se apresentar na prática uma série de casos que a lei não menciona e dos quais a sentença é materialmente e, diríamos, quase fisicamente inadequada para passar em coisa julgada (a sentença não escrita, a sentença sem parte dispositiva, a sentença de conteúdo incerto ou impossível, etc.), e frente à qual o transcurso do prazo para experimentar os meios de impugnação não pode ter o efeito de sanar a nulidade e de precluir o exercício da ordinária ação declarativa da nulidade insanável<sup>16</sup>.

A doutrina italiana indica que o dispositivo abarca todas as hipótese em que a sentenças proferidas são absolutamente nulas ou juridicamente inexistentes, ou seja, todas as hipóteses em que a sentença careça daquele mínimo de elementos essenciais que são indispensáveis para que produza certeza jurídica, ou seja, para que transite em julgado<sup>17</sup>.

A “actio nullitatis”, para aquele sistema, seria cabível contra sentenças inexistentes ou absolutamente nulas. É de competência do juiz de primeiro grau que conheceu da demanda (art. 398 e 405) e não há prazo fixado para seu ajuizamento. Todas as causas de nulidade absoluta ou inexistência da sentenças, hoje, são abrangidas pelos recursos de apelação e de cassação. Mas não veiculadas tais impugnações oportunamente, nada impede que, em qualquer tempo, seja o Judiciário provocado a declarar o vício mediante a “querela nullitatis”.

#### **IV – A “querela nullitatis” em nosso ordenamento jurídico – uma tentativa de sistematização**

##### **a) Antecedentes históricos**

11. A história do Direito brasileiro começa bem depois da dos países europeus, razão pela qual, quando se instaurou o Estado de Direito em nossa terra, conceitos e leis dos países ibéricos, mais precisamente Portugal, passaram a ter vigência aqui.

Assim, tem-se que, durante mais de 300 anos, no tocante ao tema das nulidades e, conseqüentemente, dos meios impugnativos, nosso país ficou sujeito às Ordenações Afonsinas, de 1446, Manuelinas, de 1541, Código Sebastião, de 1569, Ordenações Filipinas, de 1603 e a leis extravagantes posteriores de 1640.

Somente com a primeira Constituição da República do Brasil (1824) é que passamos a desfrutar de mecanismos próprios, momento em que a cultura jurídica brasileira ganhou fôlego e passou a andar pelas próprias pernas.

Pois bem. Era pacífico entre os intérpretes das Ordenações Manuelinas que concorriam dois remédios contra sentenças eivadas de nulidades: o ordinário – remédio imprescritível, vez que sentenças nulas, à época, jamais transitavam em julgado - e o extraordinário.

Conforme aponta Roque Komatsu, “o remédio ordinário era uma sobrevivência da ‘querella nullitatis’ do Direito Estatutário do século XIII (...) e recebeu, no século XIX, a denominação de ‘ação de nulidade e rescisão de sentença’ ...”<sup>18</sup>, a qual, posteriormente, em 1843, passaria a ser conhecida por ação rescisória, hoje nome consagrado no direito português.

Tal interpretação do Ilustre Professor da Universidade de São Paulo talvez tenha mais efeito quando se tem em mente que o Título LXXV das Ordenações Filipinas, sucessora das ordenações

<sup>16</sup> ob. cit. nota 10, pág. 254

<sup>17</sup> Giuseppe Tarzia, “Profili della sentenza civile impugnabile” – Università di Milano, Studi di diritto processuale civile, n. 03, Milano, 1967, pág. 68/71

<sup>18</sup> ob. cit., pág. 99



Manuelinas, expressamente previa que “a sentença, que é por Direito nenhuma, nunca em tempo algum passa em coisa julgada, mas em todo tempo se pode opor contra ela, que é nenhuma e de nenhum efeito, e portanto, não é necessário dela ser apelado”.

Assim, indiscutível que ao menos nos primórdios da cultura jurídica brasileira havia previsão legal no sentido da existência da querela “nullitatis”.

12. Entretanto, nas leis que seguiram àquela, nenhuma outra previsão de tanta expressão chegou a ser cogitada. A “querela nullitatis” - enquanto absorvida parte pela apelação, parte desaparecendo na maioria dos países Europeus - em Portugal, e, conseqüentemente no Brasil, fez com que persistisse a dicotomia recursos X ações impugnativas, essas últimas ora como fisionomia da própria “querela nullitatis”, ora como a da “restitutio in integrum”.

13. Hoje não há previsão legal expressa, seja em relação à querela “nullitatis”, seja em relação à “restitutio in integrum”. Contudo, da análise das hipóteses de cabimento da ação rescisória – art. 485 do CPC – ainda é possível identificar quais teriam fisionomia mais parecida com a primeira, e quais com a outra.

Indiscutível, por outro lado, que muito se perdeu com a ausência de previsão legal da ação de nulidade, seja em relação a algumas hipóteses de cabimento não contempladas pelo art. 485 do CPC, seja em razão do prazo decadencial para ajuizamento e necessidade de análise pela superior instância.

## **b) A “querela nullitatis” no amplo espectro das ações impugnativas**

13. Na origem, a querela “nullitatis” não era nem um recurso, nem uma ação. Tratava-se de uma invocação do “officium iudicis”, uma forma simples de provocação do Estado para que expurgasse do sistema sentenças que, na verdade, não passavam de verdadeiros simulacros<sup>19</sup>.

Contudo, a ascensão do direito processual a ramo autônomo do conhecimento jurídico, além da depuração do conceito de remédios contra decisões judiciais, leva-nos à inequívoca conclusão de que, admitida ainda a existência da ação de nulidade entre nós, impossível deixarmos de encartá-la no amplo espectro das ações impugnativas em geral.

Com efeito, se tentarmos uma sistematização dos remédios contra decisões judiciais<sup>20</sup>, encontraremos o seguinte quadro:

- a) Recursos (apelação, agravo, etc...)
- b) Sucadâneos de recursos (reexame necessário, correição parcial, pedido de reconsideração, agravo regimental)
- c) Ações impugnativas (ação rescisória, embargos do devedor, mandado de segurança contra ato judicial, etc...).

Recurso é “*remédio voluntário idôneo a ensejar, dentro do mesmo processo, a reforma, a invalidação, o esclarecimento ou integração da decisão judicial*”<sup>21</sup>. Sucadâneos são mecanismos processuais que, da mesma forma que os recursos, objetivam a reforma, invalidação, o esclarecimento ou a integração da decisão, mas que, por não estarem presentes todos os caracteres recursais, não podem assim ser conceituados (ora lhes falta a voluntariedade,

<sup>19</sup> Enrico Tullio Liebman, “Estudos sobre o Processo Civil Brasileiro” – Ed. Jose’ Bushatsky, São Paulo, 1976, pág. 182. No mesmo sentido, José Alonso Beltrame, “Dos embargos do Devedor”, Ed. Saraiva, 2 Edição, 1983, pág. 155

<sup>20</sup> Carnelutti conceitua remédio contra decisão judicial como o “*meio processual colocado à disposição do interessado, para que seja eliminado o ato processual viciado ou para que seja adequada a sua legalidade à conveniência da justiça*” (Instituições de Processo Civil, Ed. Servanda, Campinas-SP, 1999, vol. II, pág. 202).

<sup>21</sup> Barbosa Moreira, ob. cit., pág. 207



ora previsão legal, etc... ). Já as ações impugnativas, como o próprio nome diz, são remédios voluntários que, fora da relação jurídica processual primitiva, tem por escopo a reforma ou a invalidação dos atos judiciais.

Note-se que o principal traço distintivo entre as ações impugnativas, de um lado, e os recursos e sucedâneos, de outro, é que, enquanto naquelas forma-se uma nova relação jurídica processual, nestes há uma continuidade do procedimento inicial. Talvez, por essa razão, sob a égide do Código de Processo Civil de 1939, parte da doutrina denominava o que hoje concebemos por ações impugnativas como “*recursos revestidos com as formas exteriores de ação*”.

A “querela nullitatis”, assim, conforme denunciado na introdução deste estudo - via processual autônoma, criada no direito intermédio, nos estatutos italianos, que tinha por escopo denunciar as graves nulidades havidas no processo e, conseqüentemente, na sentença – se encaixa perfeitamente na classe das ações impugnativas.

Trata-se de verdadeira ação, conseqüentemente, de relação jurídica autônoma e diversa daquela em que proferida a decisão que se pretende impugnar.

Como se esse argumento já não fosse suficiente, tem-se que foi através da “querela nullitatis” que surgiram as ações impugnativas hoje conhecidas.

Em interessante passagem, Barbosa Moreira aponta que “a ‘*querela nullitatis*’ é em geral apontada como o germe das ações autônomas de impugnação, conhecidas sob várias formas no direito moderno. Não foi homogênea, entretanto, a evolução dos diversos ordenamentos europeus nessa matéria. Enquanto em alguns a querela se viu em parte abolida em parte a absorvida pela apelação – de tal sorte que os fundamentos alegáveis para pedir a desconstituição da sentença passaram a

*fazer-se valer unicamente como razões de recurso, perdendo toda a relevância fora desse estreito âmbito – em outros substituíram certas possibilidades de ataque às decisões judiciais, ainda quando irrecorríveis. Seguiram aquela orientação o direito francês e o italiano; esta foi vitoriosa no direito alemão*”<sup>22</sup>.

Sendo a mãe de todas as ações impugnativas, impossível que a “querela nullitatis”, diversamente do imaginado quando de sua concepção, ainda persistisse sendo encarada como invocação do “*officiu iudicis*” do Estado.

Portanto, trata-se de verdadeira ação autônoma de impugnação que tem por objeto uma decisão judicial, mesmo que só na aparência.

#### **c) Regime Jurídico – hipóteses de cabimento**

14. Resta-nos, agora, praticamente sedimentadas as bases históricas da “*actio nullitatis*” e definida sua natureza jurídica (ação impugnativa), determinar o regime jurídico do instituto no Direito pátrio, bem como procurar descrever suas hipóteses de cabimento.

Desde já, apressamo-nos em dizer que os Doutos não são unânimes quanto ao tema. Encontram-se desde posições mais liberais – aquelas em que se admite a existência da “*querella nullitatis*” em muitas situações – como posições mais restritivas – onde pouquíssimas são as hipóteses de cabimento da ação.

Somente uma coisa é certa entre todos os tratadistas do tema: a “querela nullitatis” – embora sem previsão legal expressa em nosso ordenamento jurídico - ainda sobrevive no sistema, devendo o estudioso do direito, então, esforçar-se para a definição de seu regime jurídico.

<sup>22</sup> ob. cit., pág. 205



15. Entre a mais liberal dos tratadistas, talvez esteja Tereza Arruda Alvim Wambier. Em profundo estudo sobre o tema<sup>23</sup>, aponta a Professora que há íntima relação entre coisa julgada e rescindibilidade da sentença. Somente sentenças transitadas em julgado podem ser rescindidas, nos termos do art. 485 do CPC. Por outro lado, ao ver da autora, sentenças inexistentes por si só, ou aquelas frutos de processos inexistentes, em hipótese alguma transitariam em julgado, razão pela qual, nessas situações, seria cabível a ação declaratória de inexistência, que na verdade, ao nosso ver, outra coisa não é senão a “querela nullitatis”, embora convenhamos ser preferível aquela nomenclatura a esta<sup>24</sup>.

Assim, partindo dessas premissas, a autora passa a discorrer sobre as hipóteses de cabimento da por ela chamada ação de inexistência, ressaltando antes, contudo, que, segundo sua abordagem, as sentenças inexistentes, objeto da citada “actio”, o serão em virtude de terem sido proferidas em processos inexistentes ou em virtude de não possuírem elementos (intrínsecos ou extrínsecos) essenciais à sua constituição. Indica, ainda, que tais vícios, a par de poderem ser veiculados a qualquer tempo (ação imprescritível), podem ser reconhecidos de ofício pelo juiz em qualquer outro procedimento. São as seguintes:

- a) sentenças com ausência de decisório;
- b) sentenças proferidas em processos instaurados por meio de uma ação, faltando uma de suas condições;

- c) sentenças proferidas em feito em que tenha faltado pressuposto processual de existência – citação, petição inicial, jurisdição e capacidade postulatória;
- d) sentenças em que teria havido citação nula aliada à revelia;
- e) sentença em que não tenha sido citado um litisconsórcio necessário unitário;
- f) sentença que não contenha a assinatura do juiz ou que não esteja escrita.

Percebe-se, assim, que a autora elenca um rol extenso de sentenças que, ao seu ver, por serem inexistentes, não transitam em julgado, conseqüentemente, passíveis de declaração de inexistência a qualquer tempo e procedimento.

16. Menos extensivo é Roque Komatsu. Aponta o retro citado autor que a sentença inexistente não precisa ser rescindida, pois que não se convalida pela “res judicata”, diferentemente das causas de nulidade e anulabilidade. Citando Liebman e Chiovenda, indica, parece-nos que apenas de forma exemplificativa, a hipótese do art. 37, parágrafo único, do CPC (falta de procuração do advogado) e de inexistência de citação no processo em que é proferida a sentença, como únicas hipóteses de cabimento da “querela nullitatis”.

17. Em sentido idêntico caminha Vicente Greco Filho<sup>25</sup>. Após acenar que as sentenças inexistentes (simulacros de

<sup>23</sup> “Nulidades do Processo e da Sentença”, Ed. RT, São Paulo, 4 Edição

<sup>24</sup> Mais uma vez se faz necessária a invocação dos preciosos ensinamentos de Roque Komatsu para o amplo entendimento da distinção entre sentenças nulas e sentenças inexistentes. Nulidade é a invalidade ou ineficácia com a qual o ato está contaminado por contrariar um dispositivo legal. Ato inexistente, por sua vez, é aquele que não reúne elementos de fato que supõem a natureza ou seu objeto, e na ausência deles, é logicamente impossível conceber sua existência. Tais atos não devem ser considerados como nulos, mas sim como não ocorridos. São as sentenças inexistentes quando lhes falta um ou vários de seus elementos orgânicos específicos.

Aponta o mestre que “se no plano da existência, faltar um dos elementos constitutivos não há ato jurídico; poderá haver um fato e a isso é que se chama ato inexistente (...) Se houver os mencionados elementos, passando ao plano da validade, faltando um requisito exigido, o ato existe, mas não é válido (...) Não há uma graduação entre ato inexistente, nulo e anulável. Ao ato inexistente se opõe o ato existente; este é que pode ser nulo ou válido (ob. cit. pág. 137)”. E arremata: “o ato é inexistente quando lhe falta aquele mínimo de elementos constitutivos, sem o que o ato não configura a sua identidade ou a sua fisionomia particular. Aliás, a inexistência pode assumir dois aspectos distintos: um meramente vocabular, que significa não ato; outro jurídico, que significa ato existente no mundo dos fatos, mas não existente no mundo jurídico” (ob. cit. pág. 137/139)

<sup>25</sup> Direito Processual Civil Brasileiro, Ed. Saraiva, São Paulo, 11 Edição, 2 vol, pág. 619



sentença ao seu ver) podem ser afastadas por qualquer juiz, dá a entender que as proferidas por quem não é magistrado, ou mesmo as proferidas em processos em que não houve citação, não dependem de rescisória para serem eliminadas do sistema. E arremata: “*trata-se de caso de querela nullitatis*”.

18. Já José Alonso Beltrame<sup>26</sup> é mais restritivo ainda. Indica que “*inexistente é a sentença dada por quem não é juiz. Há ato, mas sem existência jurídica. A sentença proferida por juiz, malgrado a mazela da citação, existe, sendo, tão somente, nula. Produz efeito, logo, não é inexistente*”.

19. Tão restritivo quanto é Aldroaldo Fabrício Furtado<sup>27</sup>. Em artigo vetor do tema, indica que, embora absorvidas pela rescisória quase todas as hipóteses de nulidade da sentença, ainda sobrevive no sistema a “querela nullitatis” tão somente para os casos de sentenças em que não tenha havido citação da parte contrária ou em que essa seja nula, isso aliado ao fenômeno da revelia.

20. Ao nosso ver, parece que a sentença impugnável através da imprescritível “*actio nullitatis*”, conseqüentemente não sujeita à “*res judicata*”, só pode ser tida como aquela proferida em feito onde não estejam presentes pressupostos processuais de existência.

Como sabido, em tema de ações impugnativas – principalmente quando se trata da principal delas, a ação rescisória – não se pode esquecer que o sistema trabalha com dois valores muitas vezes antagônicos:

justiça X segurança jurídica. Ora prefere-se a justiça, admitindo que uma sentença proferida “*contra legem*”, mesmo após o trânsito em julgado, possa ser modificada. Ora a segurança jurídica, inadmitindo que, superado um certo prazo, aquela sentença viciada deixe de operar efeitos.

Contudo, há certos casos em que o vício do processo em que é proferida a sentença faz com que ela própria somente exista no campo formal, desprovida de qualquer conteúdo jurídico ou material, verdadeiro simulacro de sentença que só na aparência assim pode ser considerada.

Nesses casos, embora a sentença aparente não estivesse apta a gerá-los, é indiscutível que, por existirem de fato, efeitos podem ser produzidos. Imagine-se a penhora fruto da execução de uma sentença dada por um juiz de futebol (árbitro). Ou a coisa julgada advinda de uma sentença proferida sem citação da parte.

Não tenho dúvidas de que essas sentenças são aquelas proferidas em feitos em que não são observados os pressupostos processuais de existência.

Com efeito, pressupostos processuais de existência são aqueles requisitos mínimos para a própria constituição da relação jurídica processual, sem os quais essa não existe e, conseqüentemente, o fruto dela, a prestação jurisdicional veiculada na sentença, também não. São eles<sup>28</sup>:

- a) citação
- b) procedimento
- c) jurisdição
- d) capacidade postulatória

As sentenças proferidas em feitos que, ausentes um ou mais desses requisitos,

<sup>26</sup> Ob. cit, pág. 152

<sup>27</sup> “O réu revel não citado, ‘querela nullitatis’ e ação rescisória”, artigo inserto na REPRO 48/27

<sup>28</sup> Por outro lado, seriam pressupostos processuais de validade – requisitos mínimos para que a relação jurídico-processual seja válida - a) citação válida, b) procedimento adequado, c) jurisdição competente, d) capacidade “ad processum”. Ainda como pressupostos processuais (de validade) negativos teríamos a) litispêndência e b) coisa julgada. Todavia, diversamente dos pressupostos processuais de existência, os de validade e os negativos, ausentes, tornam inválida a sentença, a qual fica sujeita, dentro do prazo decadencial de 02 anos, à ação rescisória (art. 485, V, do CPC)



jamais passam em julgado, pois, na verdade, são frutos de uma relação jurídica processual inexistente. Conseqüentemente, se a relação jurídica processual é inexistente, a própria sentença o é, sendo impossível, pois, que seja rescindida, já que não cabe ação rescisória sobre algo que não existe<sup>29</sup>.

Por essa razão, a qualquer momento, em qualquer grau de jurisdição, sem necessidade de ação própria ou através dela (“querela nullitatis” ou, na melhor expressão de Teresa Arruda Alvim Wambier<sup>30</sup>, ação declaratória de inexistência), essas sentenças podem ser declaradas inexistentes e, se operavam algum efeito, deixam de produzi-lo de imediato.

21. Tão somente nesses casos é que se pode cogitar da “querela nullitatis”. E, “data venia” dos doutos, em mais nenhum.

Com efeito, não se concebe que sentenças frutos de processos em que a citação tenha sido viciada (pressuposto processual de validade), em que não estejam presentes condições da ação ou imotivadas, dêem guarida à declaração de inexistência.

Tais sentenças existem. E não só formalmente, mas também materialmente. Se houve vício, estamos então no campo da nulidade. E sentenças existentes, mas nulas, são rescindíveis no prazo legal. Superado o prazo decadencial, como dito, o sistema prefere a segurança jurídica à justiça/legalidade da decisão, razão pela qual essas sentenças, mesmo nulas, tornam-se imodificáveis. E aqueles efeitos que já operavam antes da superação do prazo de rescindibilidade passam a ser definitivos.

Citação nula não equivale a citação inexistente, mesmo que aquela esteja aliada ao fenômeno da revelia. A sentença proferida em processo cujo requerido foi citado por edital, quando o endereço era certo, não pode

ser reputada inexistente, senão nula. Houve formação, mesmo que viciada, da relação jurídica processual, embora por presunção legal. Tanto é assim que o próprio sistema, prevendo a possibilidade desse vício, deu-lhe especial guarida, admitindo que o executado, nesses casos, oponha embargos à execução (art. 741, I, do CPC). Note-se que se trata de indiscutível caso de rescindibilidade não sujeita ao prazo decadencial da ação rescisória. O único inconveniente é a necessidade do asseguramento do juízo, através da penhora, para tanto. Mas isso é um mal suportável do sistema, facilmente afastado pela prevalência da segurança jurídica.

O mesmo raciocínio pode ser adotado para os casos em que houve citação de apenas um dos litisconsortes necessários. Trata-se de processo existente, com sentença existente, mas que, em razão da não integração completa do pólo passivo, é nulo<sup>31</sup>.

A ausência de uma das condições da ação, da mesma forma, não leva à inexistência da sentença e, conseqüentemente, à possibilidade de ajuizamento da “actio nullitatis”. Como já dito, o sistema prefere a segurança do que a justiça/legalidade em certos casos. Diante de uma sentença de mérito, quando o caso era de carência da ação, tem a parte possibilidade de interpor recursos. E mais, ainda no prazo de dois anos, pode ajuizar a competente ação rescisória, com fundamento no art. 485, V, do CPC. Se inerte durante todo esse período, mesmo diante da gravidade do vício da sentença, o sistema prefere a pacificação das relações sociais. A sentença se torna, perpetuamente, imodificável.

E, finalmente, a falta de motivação da sentença também não leva à via da querela. Embora a motivação das decisões judiciais seja inerente ao próprio sistema

<sup>29</sup> Humberto Theodoro Júnior, “Nulidade, inexistência e rescindibilidade da sentença”, artigo inserto na Revista de Processo n. 19, pág. 28

<sup>30</sup> ob. cit.

<sup>31</sup> No mesmo sentido, Cândido Rangel Dinamarco, “Litisconsórcio”, Ed. RT, São Paulo, 1984, pág. 239



constitucional pátrio, dando legitimidade aos comandos jurisdicionais e permitindo o controle dos atos estatais por parte dos administrados, o fato é que tal vício – de indiscutível gravidade – não faz com que o comando normativo desapareça, não exista. Há a ordem judicial que, embora maculada, opera plenos efeitos. Aliás, ninguém dúvida de que uma decisão judicial nos termos “*presentes os requisitos, defiro a medida pleiteada*” não surta efeitos, fazendo com que o sujeito da norma possa descumprir-la sob a escusa de inexistência<sup>32</sup>.

22. Analisemos especificamente, então, as hipóteses de inexistência da sentença e, conseqüentemente, de cabimento da querela “nullitatis”.

Por não ter havido formação da relação jurídica processual, é inexistente a sentença proferida em feitos em que não tenha havido citação. Sem a formação trilateral da relação jurídica, não há processo. E sem processo, não há sentença. Em razão disso, mesmo que prolatada, tal decisão existe apenas formalmente, pois despida de qualquer conteúdo material<sup>33</sup>. Conseqüentemente, possível a querela “nullitatis”, ou, como preferível, ação declaratória de inexistência, expurgando do universo jurídico o simulacro sentencial<sup>34</sup>.

Não existe a sentença, também, quando os feitos em que proferidas não

tiveram um procedimento, iniciado por uma petição inicial<sup>35</sup> e finalizado por uma sentença com o mínimo de elementos formais. Não se concebe de tutela jurisdicional de ofício, sem que tenha havido provocação da parte, como não se concebe, também, uma sentença que não contenha parte dispositiva e que, portanto, não apresente comando algum. Isso não significa que sentenças sem motivação, ou com comando normativo defeituoso, sejam impugnáveis via “querela nullitatis”. As sentenças assim prolatadas são viciadas, sem dúvida. Mas existem e geram efeitos, razão pela qual a via adequada para atacá-las é a rescisória, dentro do prazo legal de 02 anos. Superado esse lapso temporal, o “decisum”, mesmo que viciado, torna-se intangível.

A terceira hipótese de cabimento da “actio nullitatis” – e ao meu ver a mais evidente de todas – seria a de sentenças proferidas por pessoas que não tenham jurisdição, nos termos do art. 161 do Código de Processo Civil Italiano. Embora isso seja bastante improvável, posto que ninguém em sã consciência iria creditar validade a uma sentença dada a “non judge”, o fato é que não se pode negar a possibilidade de um magistrado já aposentado, desatento ao fim de sua judicância, proferir sentença e, despercebidas as partes, a mesma, sob o timbre judicial, gerar efeitos por longa data.

<sup>32</sup> Parece-me que no mesmo sentido caminhou José Rogério Cruz e Tucci (“A motivação da sentença no processo civil”, Ed. Saraiva, São Paulo, 1987, pág. 143/145), ao não elencar entre os remédios contra as sentenças imotivadas a “actio nullitatis”.

<sup>33</sup> Embora de forma mais abrangente do que a por nós admitida, o Colendo Supremo Tribunal Federal – em Acórdão da lavra do Min. Moreira Alves – já firmou entendimento no sentido de que, ao lado da ação rescisória e dos embargos à execução, emerge contra a sentença prolatada em feito sem citação a ação declaratória ou querela de nulidade (RT 588/245) – “*Se o prazo das duas primeiras exaure-se, a parte alegando falta de citação pode vir a juízo, através da declaratória, para postular a nulidade do processo, devendo o magistrado, após a sua devida tramitação, dar ou não pela procedência do pedido*”. E isso “*decorre do fato de que, para essa hipótese – falta ou nulidade da citação, havendo revelia – persiste em nosso Direito a querela “nullitatis”, que o é, sem dúvida, o caso previsto no art. 741, I, do CPC. E se ela existe sob a forma de embargos, não há razão para que não exista, igualmente, sob a forma de ação declaratória de nulidade, que é o gênero de que aqueles são espécies*”.

<sup>34</sup> Liebman, em posição idêntica à nossa, preleciona que “*a exigência prática de dar maior estabilidade aos julgados condicionou, no decorrer dos séculos, a nulidade da sentença, mesmo insavável, à proposição de uma ação de impugnação especial, que, na linguagem moderna tomou o nome de rescisória. Os vícios da sentença se tornaram assim, motivo de nulidade relativa, ou se prefere, de anulabilidade. Só um desses vícios, o maior de todos, a falta de citação, é ainda hoje motivo de nulidade absoluta ou inexistência da sentença (Citação Inicial – Falta – Nulidade absoluta da sentença já transitada em julgado, in RT 152/445).*”

<sup>35</sup> Tome-se por exemplo uma sentença que condena o réu ao pagamento de uma quantia, sem que tenha havido qualquer tipo de pedido da parte do credor. Ou outra em que, embora pedida a condenação do réu em x, o juiz o condena em “y” ou “x + y” (julgamento “ultra” ou “extra petita”). Parece-me claro que, quanto ao tópico que não era objeto do pedido, a sentença inexistente, cabível, por consequência, a declaratória de inexistência.





Nesse exemplo, enquanto não declarada a inexistência desse “decisum”, indiscutível que persiste a sentença no universo jurídico.

Finalmente, são inexistentes, salvo as exceções legais (Juizados Especiais Cíveis e Federais e *Habeas Corpus*), as sentenças proferidas em processos em que postulou indivíduo que não seja advogado ou que não tenha procuração da parte para tanto, conseqüentemente, aptas a serem assim

declaradas via “actio nullitatis”. A um, pois um “não advogado” – sem capacidade postulatória, portanto – é absolutamente incapaz de requerer tutela judicial; conseqüentemente, a proferida através de requerimento seu, equivale a um nada. E a dois, pois o pedido feito por aquele que não tem poderes para pleitear em nome alheio não vincula o verdadeiro legitimado, nos termos do art. 37 do CPC pátrio.

#### V - Bibliografia básica utilizada

- a) ANDOLINA, Italo - “*Problemi sulla giurisdizione e sulla sentenza civile*”, Ed. Libreria Editrice Torre SAS, 1990, pág. 39/45
- b) ARRUDA ALVIM PINTO (Wambier), Teresa - *Medida Cautelar, Mandado de Segurança e Ato Judicial*, Ed. Malheiros, São Paulo, 1992, pág. 39/128
- c) ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa – *Nulidades do processo e da sentença*, Ed. RT, 4 Edição, São Paulo
- d) BARBOSA MOREIRA, José Carlos - *Comentários ao Código de Processo Civil*, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1993, 6ª Edição, volume V
- e) BELTRAME, José Alonso - *Dos embargos do Devedor*, Ed. Saraiva, 2 Edição, 1983, pág. 155
- f) BETTI, Emílio - *Diritto processuale civile italiano*, 2ª ed., Roma, 1936, pág. 639
- g) CALAMANDREI, Piero - *Direito Processual Civil*, Ed. BookSeller, Campinas-SP, 1999, vol. III, pág. 249/268.
- h) CARMONA, Carlos Alberto - *O sistema recursal brasileiro – breve análise crítica*, in Aspectos polêmicos e atuais dos recursos, Ed. RT
- i) CARNELUTTI, Francesco - *Instituições de Processo Civil*, Ed. Servanda, Campinas-SP, 1999, volume, II, pág. 202/335
- j) \_\_\_\_\_ - *Sistema de Direito Processual Civil*, Ed. ClassicBook, São Paulo, 2000, vol. III, pág. 676/725
- k) CHIOVENDA, Giuseppe - *Instituições de Direito Processual Civil*, Ed. Bookseller, Campinas-SP, 1998, vol. 3, pág.249/284
- l) CRUZ E TUCCI, José Rogério – *A motivação da sentença no processo civil*, Ed. Saraiva, São Paulo, 1987
- m) DE PAULA, Alexandre - *Código de Processo Civil Anotado*, Ed. RT, São Paulo, 1994, vol. II.
- n) FABRÍCIO, Adroaldo Furtado - *Réu revel não citado, ‘querela nullitatis’ e ação rescisória*, artigo inserto na Revista de Processo n. 48, pág. 28/43.
- o) FALAZARI, Elio - “*La sentenza in rapporto alla struttura e all’oggetto del processo*”, artigo inserto em “*La sentenza in Europa, metodo, tecnica e stile*”, Ed. Cedam, 1988, pág. 313/317
- p) GRECO FILHO, Vicente – *Direito Processual Civil*, Ed. Saraiva, São Paulo, 11 Edição, vol. 2, pág. 419
- q) MARQUES, José Frederico - *Instituições de Direito Processual Civil*, Ed. Millennium, Campinas-SP, 2000, vol.IV, pág. 01/99 e 407/455



- r) KOMATSU, Roque - *Da invalidade no processo civil*, Ed. RT, São Paulo, 1991, págs. 42/75, 92/101 e 154/169
- s) LIEBMAN, Enrico Tullio - *Estudos sobre o processo civil brasileiro*, com nota de Ada Pellegrini Grinover, Ed. José Bushatsky, 1976, pág. 180/184
- t) LOBO DA COSTA, Moacyr - *A revogação da sentença*, Ed. Edusp, São Paulo, 1995
- u) NERY JÚNIOR, Nelson - *Princípios Fundamentais – Teoria Geral dos Recursos*, Ed. RT, São Paulo, 5 Edição, fls. 47/83, 171/204
- v) PONTES DE MIRANDA - *Comentário ao Código de Processo Civil*, vol. VIII, pág. 97 e 277
- w) SURGIK, Aloísio, *A origem da conciliação*, tese de doutoramento apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – 1984
- x) TARZIA, Giuseppe - “*Profili Della Sentenza Civile Impugnabile – L’individuazione della sentenza*”, *Publicazione della facoltà di giurisprudenza*, Milano, 1967, pág. 66/71
- y) THEODORO JR., Humberto – “*Nulidade, inexistência e rescindibilidade da sentença*”, artigo inserto na *Repro* 19/28



# A DISCREPÂNCIA ENTRE A IDADE MÍNIMA LABORAL E A REALIDADE BRASILEIRA

Wendel de Brito Lemos Teixeira\*

*“Quando o direito ignora a realidade, a realidade se vinga, ignorando o direito”.*

*Georges Ripert*

## Sumário

01 – Prolegômenos

02 – Escorço histórico da fixação da idade mínima laboral no Brasil

03 – Conseqüências da fixação da idade mínima para o trabalho no Brasil aos 16 anos

04 – Conclusão

05 – Referências bibliográficas

## RESUMO

Este artigo tem por escopo demonstrar que a majoração da idade mínima laboral pela Constituição Federal de 1.988 se olvidou da realidade brasileira, trazendo inúmeras lesões aos menores de 16 anos que necessitam trabalhar, bem como propor alternativas para minimizar os danos suportados por esses menores.

### 1 - Prolegômenos

A globalização e outras concausas propiciaram a democratização da informação e atualização constante e cada vez mais dinâmica do conhecimento, que, por via de conseqüência, contribuíram relevantemente para acelerar a mutabilidade de conceitos outrora tidos como absolutos.

Fulcrados nos dizeres do festejado *Marcio Túlio Viana*, podemos citar que atualmente se podem clonar seres vivos, ir à lua, criar bebês de proveta etc. São verdades dantes inaceitáveis cuja inaceitabilidade “caiu por terra” ou é hoje repensada.

Muitas vezes, a verdade de outrora é completamente divergente da atual. Não se podiam clonar seres vivos. Esta era a verdade em outros tempos. Nos tempos atuais, a verdade é outra: podem-se clonar seres vivos.

Diante do explicitado, como um fênix, levantam-se as palavras de *Friedrich Wilhelm Nietzsche* de que “não há fatos

eternos, como não há verdades absolutas”.

O mundo jurídico não fugiu a essa mutabilidade de conceitos. Juridicamente, o que não se podia fazer, atualmente pode; o que não devia ser, atualmente deve ser...

A dinâmica social torna necessária a compatibilidade entre sociedade e direito, sob pena de ficarem ambos estagnados no tempo. A incompatibilidade entre direito e sociedade se dá quando o direito - geralmente por meio da lei - não reflete o momento vivido pela sociedade.

No microcosmo jurídico, as leis somente são eficazes se condizem com a realidade espacial e temporal vigente. Quando as leis não se pautam nesta realidade espacial e temporal vigente, ocorre a “*revolta dos fatos contra os códigos*”, que é uma das causas da crise do direito.

A “*revolta dos fatos contra os códigos*” é explicitada por GOMES (1955, pg. 23):

\* Advogado em Uberlândia (MG)



*“o direito conserva-se ausente para milhões de seres, enquanto abarrotado de preceitos que interessam raras vezes, a meia dúzias de afortunados. Os exemplos pululam. Todos os autênticos juristas os conhecem. É a vida que foge dos Códigos”.*

De nada vale um dispositivo ou um conjunto legal que discrepem do meio social em que vivem seus destinatários diretos; se não possuem eficácia, não há por que continuarem a existir.

Uma tendência moderna é a de que com o transcorrer dos tempos melhoram-se relevantemente os hábitos alimentares, acarretando a aceleração do desenvolvimento físico e mental dos seres humanos, comportando algumas exceções.

O ambiente que circunda as crianças e adolescentes também é fator determinante para desencadear a maior agilidade do desenvolvimento desses adultos em potência.

As mudanças físicas e psicológicas desses menores cumuladamente com a realidade social da nação deveriam ser tomadas como parâmetro para fixação do limite de idade para exercício de direitos.

A menoridade penal, civil ou trabalhista hodiernamente é apenas relativa, num mundo tão mutável. Em pouco tempo, os limites etários legais já não condizem com a realidade do país. Deve-se sempre buscar a adequação de tais limites ao momento vivido pela nação.

A menoridade laboral, de que trataremos especificamente, não espelha a realidade do Brasil conforme explicações infra.

## **2 – Escorço histórico da fixação da faixa etária mínima para o trabalho no Brasil**

Tomando como marco a Constituição de 1934, percebemos que em seu artigo 121, *d*, a mesma proibia o trabalho

a menores de 14 anos.

A Constituição de 1937, em seu artigo 137, *k*, conservou o disposto na Carta Soberana anterior.

A Norma-mor de 1946, mais especificamente no inciso X do art. 157, também confirmou o limite para início das atividades obreiras no patamar dos 14 anos de idade.

Mudança houve tão somente na Constituição Brasileira de 1967, em seu art. 165, X, com o advento da Emenda nº 1, de 1969, que disciplinou o patamar mínimo para atividade laborativa em 12 anos, prevalecendo até o ano de 1988, quando entrou em vigência a atual Carta Política.

A Constituição brasileira de 1988 estipulava, a princípio, a menoridade laboral em 14 anos de idade.

A Emenda Constitucional n.º 20, de 16 de dezembro de 1998, veio modificar o artigo 7º, XXXIII da CF/88, estabelecendo que é defeso o trabalho noturno, perigoso ou insalubre aos menores de 18, e de qualquer trabalho a menores de 16 anos, salvo na condição de aprendiz. Somente aqueles menores entre 14 e 16 anos que exerciam atividades enquadradas como aprendizagem poderiam trabalhar. Até nos dias atuais, são raras as atividades que são consideradas como de “aprendizagem”, além da lei que regulamenta a aprendizagem (lei 10.097/00) ser de aplicabilidade muito difícil.

A Norma Soberana ainda estipula no inciso I, do §3º do artigo 227 que a idade mínima para a admissão ao trabalho será de 14 anos, observado o disposto no art. 7º, XXXIII da mesma *lex legum*.

Situação interessante se deu nas formas de interpretação, no bojo da Constituição da República Federal do Brasil de 1988, no concernente ao artigo 7º, XXXIII e 227, §3º, I. No primeiro dispositivo legal, a idade mínima de 16 para laborar é regra e a idade de aprendizagem é exceção, enquanto que no último dispositivo legal ocorre o contrário.

O artigo 60 do Estatuto da Criança e do Adolescente regravava que era proibido qualquer tipo de trabalho a menores de 14 anos de idade. Por força da Emenda Nº 20/98, passou a ser interpretada como estabelecendo a idade mínima para labor em 16 anos, salvo na condição de aprendiz. O projeto de lei n.º 3835/04 em tramitação no Senado brasileiro tem por escopo alterar os dispositivos do Estatuto da Criança e Adolescente sobre a idade mínima para o trabalho, tornando-os coerentes com a Constituição de 1.988.

A CLT transcreve o art. 7º, XXXIII da CF/88, estipulando a idade mínima laboral em 16 anos, salvo na condição de aprendiz, que se admite a partir dos 14 anos.

Foi aprovada em 1973 na 58ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho que aconteceu em Genebra (Suíça), a Convenção nº 138 da OIT.

Recentemente – quando da ratificação da Convenção nº 138 da OIT – o governo brasileiro enviou àquela organização uma declaração fixando a idade mínima laboral em 16 anos e de 14 anos na condição de aprendiz conforme disciplina a Carta Magna pátria. Entretanto não foi aceita.

A OIT solicitou que o país optasse por uma única idade. Estranhamente, a idade mínima para trabalhar eleita foi de 16 anos.

Mister se faz explicitar que a ratificação de uma convenção tem caráter obrigatório para os países que a proverem, passando a fazer parte do ordenamento jurídico interno dessas nações.

## 2.1 – A divergência legal no que tange à definição de criança

As legislações nacionais e internacionais divergem quanto à definição de criança.

A lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da criança e do adolescente) menciona que criança é aquela pessoa menor de 12 anos de idade.

A Organização Internacional do Trabalho classifica como criança os seres humanos até os 15 anos de idade.

Já a Convenção sobre os Direitos da Criança, ratificada pelo Brasil, considera como criança a pessoa com menos de 18 anos de idade.

Para fins didáticos, adotamos o critério utilizado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

## 3 – Das conseqüências da fixação da idade mínima em 16 anos no Brasil

*A priori*, o primeiro contato com a legislação brasileira atual leva-nos a crer que possui caráter essencialmente protetor. Ledo engano! A legislação vigente que disciplina a idade mínima do trabalho no Brasil, *a contrario sensu*, lesa em muito o menor trabalhador brasileiro.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no que tange a idade mínima para o trabalho, foi um retrocesso, existindo doutrinadores que classificam como “*a pior das injustiças praticadas pelos constituintes*”. (PELEGRINO, 1996, p.206).

Com bastante propriedade, MARTINS (2001, p.544) resume a problemática por nós abordada: “A nova norma constitucional, ao estabelecer o limite de 16 anos, ignora a realidade do Brasil, pois os menores precisam trabalhar para sustentar sua família”.

A realidade é pior quando é representada por estatísticas.

Com fulcro em dados da OIT, 250 milhões de menores trabalham em todo o mundo, dos quais 61% se encontram na Ásia, 32% na África, 7% na América Latina e uma pequena quantidade nos países industrializados. Proporcionalmente, trabalham 1 de cada 3 menores asiáticos; 1 de cada 4 menores africanos e 1 de cada 5 latinos.

No âmbito nacional, segundo

pesquisa feita pelo IBGE/PNAD, elaborada pelo DIEESE no anuário dos trabalhadores – DIEESE/2000-2001, no ano de 1999 existiam quase 3 milhões de menores de 14 anos laborando no Brasil.

Destes, 375.376 menores possuem entre 5 e 9 anos de idade.

Outros 2.532.965 menores possuem idade entre 10 e 14 anos.

Dos quase 3 milhões de menores que trabalham, 65,40% se encontram laborando em atividades agrícolas.

A doutrina explicita essa incoerência legal/social:

*“O menor trabalhador rural recebeu um duro golpe pela CF/88, vedando o trabalho antes de completar 14 (quatorze) anos, quando a realidade rural é completamente outra: os menores de idade começam a aprender as fainas da lavoura ou o manejo do gado, auxiliando adultos, com idade inferior àquela”...*  
(GALDINO e LOPES, 1995, p. 386)

Algumas pessoas defendem que, ao estipular a idade mínima para o trabalho no Brasil em 16 anos, a nação somente cumpriu o que se comprometera na Convenção n. 138 da OIT.

Por incrível que pareça, a própria convenção n. 138 da OIT, que dispôs sobre a idade mínima para o trabalho deixando a escolha da idade mínima para os próprios países em seu art. 2, ainda possibilitou às nações signatárias certa flexibilidade na estipulação do patamar mínimo laboral conforme o *Informe VI da 86ª reunião na Conferência Internacional do Trabalho de 1998*:

*“El Convenio no pretende ser un instrumento estático que prescriba una edad mínima fija, sino dinámico y encaminado a fomentar la mejora progresiva de las normas y a*

*promover una acción incesante en pro de la consecución de ese objetivo”.*<sup>1</sup>

Pior se dá ainda pelo fato de que a própria Convenção n. 138 da OIT em seu art. 2, item 4, estipula que os países cuja economia e meios de educação estejam insuficientemente desenvolvidos poderão especificar, a princípio, uma idade mínima de 14 anos.

O Brasil poderia definir a idade mínima legal em 14 anos e de trabalhos ligeiros para menores a partir dos 12 anos. Tal possibilidade é avalizada até mesmo pela OIT (art.2, item 4 e art. 7) segundo o *Informe VI da 86ª reunião na Conferência Internacional do Trabalho de 1998*:

*“Por ejemplo, un país cuya economía y medios de educación estén insuficientemente desarrollados puede especificar de modo inicial una edad mínima general de 14 años de edad, en lugar de 15, con lo que la edad mínima para el trabajo ligero pasa a ser de 12 años, en vez de 13.”*<sup>2</sup>

A definição da idade mínima para o trabalho em 14 anos e 12 anos para trabalhos ligeiros corresponderia mais à realidade latino-americana e brasileira, com economia e educação ainda não suficientemente desenvolvidas. Apesar de o Brasil não adotar (infelizmente) a sistemática supracitada, ela é adotada em vários países da América e da África.

A estipulação de idade mínima para o trabalho em 16 anos, por sua vez, condiz mais com a realidade de países europeus e da América do Norte, onde a economia e educação são suficientemente desenvolvidas. Entretanto esta idade foi adotada no Brasil (?!), apesar de o país não possuir economia e educação suficientemente desenvolvidas!!!

<sup>1</sup> Disponível em <<http://www.oit.org/public/spanish/standards/ipecc/publi/policy/target/targetsp.pdf>>. Acesso em 04 de ago. 2004

<sup>2</sup> Op.cit. pg. 20.

A estipulação da idade mínima para o trabalho em 14 anos foi adotada em quase todos os países sul-americanos, como Argentina, Colômbia, Equador, Guatemala, Paraguai, Uruguai e Venezuela, mostrando-se, por mais essa razão, o desacerto do legislador brasileiro ao estipular a idade mínima para o trabalho em 16 anos.

### 3.1 – Do efeito social

Outrossim, mister se faz lembrar que, quando da vigência da CF/88, uma multidão de menores se vira despedida e outra viu frustrada sua perspectiva de emprego. Até mesmo a esperança, que, segundo a mitologia grega, é a última virtude que subsiste ao ser humano, evaporou-se com a Carta Constitucional de 1988.

Cediço que o ciclo escolar obrigatório se extingue aos 14 anos, que corresponde à 8ª série, entretanto uma infinidade de pessoas dessa faixa etária labora, sendo incompatível ou impossível a conciliação dos estudos com a jornada de trabalho.

A vida não dá a oportunidade de escolha ao menor trabalhador de estudar em detrimento de laborar, pois não há como estudar de estômago vazio ou doente.

A má-distribuição de renda do país, que é uma das piores do planeta, somada a existência de salários cada vez mais baixos, custo de vida cada vez mais alto e altos índices de desemprego são as maiores causas da inserção da criança e do adolescente no mercado de trabalho.

A cadeia de fatos que levam os menores ao trabalho em idade tenra é explicitada pelo Ex-Ministro do Trabalho e ex-Presidente do TST *Almir Pazzianoto Pinto*: “o problema do menor é consequência da família, que, por sua vez, é resultante do meio em que está inserida”<sup>3</sup>. A própria Organização Internacional do

Trabalho no *Informe VI da 86ª reunião na Conferência Internacional do Trabalho de 1998* reconhece que “a pobreza é a grande razão de ser do trabalho infantil. As famílias pobres necessitam do dinheiro que podem ganhar seus filhos, e isto representa de 20 a 25% da receita familiar”<sup>4</sup>.

O ideal – utópico nos dias atuais – seria que todos os menores tivessem condições de estudar em detrimento de trabalhar, recebendo uma ajuda financeira satisfatória para tanto. Essa seria a melhor solução para o desenvolvimento dos menores e, conseqüentemente, da nação.

Com todo o mérito que é devido aos projetos sociais de incentivo à educação, eles ainda não possuem capacidade para atender todos os menores trabalhadores em idade escolar, sendo necessário que os menores laborem para reforçar o orçamento familiar, principalmente no meio rural.

Outra deficiência dos programas de incentivo à educação é que o valor direcionado para que o menor possa receber para estudar é irrisório, não garantindo suas necessidades mínimas, forçando-o a voltar ao trabalho.

Enquanto os programas sociais não têm eficácia plena, atendendo a todos os menores trabalhadores, pagando a eles um valor suficiente para prover suas necessidades, mister se faz protegê-los das lesões que a fixação da idade mínima laboral na faixa dos 16 anos acarreta.

É completamente antagônico, pois o Estado não propicia meios satisfatórios para que os menores estudem ao invés de laborar, nem propicia condições mínimas de proteção a esses trabalhadores. Daí se percebe a urgência de medidas protetoras dos menores que laboram.

É indiscutível a importância da educação na formação dos brasileiros, mas, conforme bem explicita CERQUEIRA, “no

<sup>3</sup> PINTO, Almir Pazzianoto. *Trabalho do menor e do adolescente* – (Publicada na ST nº 85 – JUL/96).

<sup>4</sup> Op.cit. pg. 14.

*Brasil, a educação, indispensável sem dúvidas, necessita ser compartilhada com a subsistência*”.<sup>5</sup>

Vemos que há um conflito normativo-principlológico entre o direito à educação e o direito à subsistência. *Robert Alexy, in Teoria de los derechos fundamentales*, explicita a solução dada às antinomias. Ensina que, fulcrando-se na axiologia, devem-se confrontar os princípios antagônicos, mirando-se no caso concreto para ter como produto a supremacia do princípio mais viável para aquela situação específica.<sup>6</sup> O produto desta operação no caso ora analisado é o direito de subsistência sobrepondo-se ao direito de estudar. Se não for garantida a subsistência do menor, não há meio de se estudar. Esta equação somente tem eficácia enquanto não se podem propiciar meios satisfatórios de possibilitar que o menor estude ao invés de trabalhar.

Agrava-se mais ainda pelo fato de que a Organização Internacional do Trabalho possibilitou aos países que ratificaram a Convenção n. 138 certa flexibilidade para fixação da idade mínima laboral.

O efeito social foi e ainda é desastroso, pois muitos menores trabalham informalmente, sem respaldo e proteção jurídica.

Outra grande quantidade de menores tomou a mendicância como ofício. A realidade é mais próxima que se imagina, podendo ser vista no sinaleiro de qualquer grande cidade.

Outro efeito social desfavorável com a estipulação da idade mínima laboral em patamar surreal em 16 anos foi o agravamento do índice de criminalidade entre menores, pois, se os mesmos precisam trabalhar para sobreviver e não lhes é permitido, somente lhes resta a mendicância ou a criminalidade.

É de bom alvitre esclarecer que defendemos o trabalho de adolescentes e não de crianças, com fulcro na lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA), que conceitua que criança é a pessoa até 12 (doze) anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre 12 (doze) e 18 (dezoito) anos de idade.

Deve-se ater que quanto menor a idade do trabalhador, mais leve deve ser o trabalho exercido.

### 3.2 – Do efeito político

Conforme já explicitado, a ratificação de uma Convenção tem força de lei. Alguns países desenvolvidos boicotam a importação de produtos de países que descumprem as normas de proteção aos menores.

Uma vez que o Brasil optou pela ratificação da idade mínima em 16 anos, acarreta o dever de cumpri-la. Conforme demonstrado e a demonstrar, o transporte da implementação normativa imediata no campo do ser é impossível, o que poderá acarretar, por via de consequência, o boicote supracitado.

As consequências são maiores ainda, quando se pensa em termos de mercados comuns.

Segundo informação do grande estudioso do trabalho, o sociólogo José Pastore, no âmbito da Organização Mundial do Comércio, os Estados Unidos e a França são defensores de uma “*cláusula social*” para cessarem o comércio com países que desrespeitam normas mínimas de trabalho. A idade mínima laboral é uma norma mínima trabalhista.

Concordamos com a opinião do sociólogo supracitado quando menciona que isto nada mais é do que um protecionismo disfarçado, não sendo a medida mais justa de se buscar a implementação de normas

<sup>5</sup> CERQUEIRA, Thales T P. L. P. *Infância e juventude – prioridade: trabalho do menor inconstitucionalidade de da emenda constitucional n.º 20/98*. Publicada no *Juris Síntese* n.º 23 – (MAI/JUN de 2000).

<sup>6</sup> BORGES, Alexandre Walmott apud ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1993.



trabalhistas. Entretanto a adequação normativa proporcionaria uma discussão diplomática a menos.

Como se não bastasse, algumas organizações consumeristas exigem que as empresas cumpram os tratados da OIT conforme mencionado no *Informe VI da 86ª reunião na Conferência Internacional do Trabalho de 1998* :

*“Em los países ricos, los consumidores piden cuentas a las empresas y acucian a los fabricantes para que respeten los derechos humanos, especialmente los convenios de la OIT sobre los derechos de los trabajadores y sobre el trabajo infantil”.*<sup>7</sup>

A própria legislação norte-americana possui disposições legais concedendo privilégios comerciais a países estrangeiros que respeitam os direitos mínimos dos trabalhadores.

### 3.3 – Do efeito econômico

Com a delimitação da faixa etária laborativa naquele patamar, distante da realidade nacional, muitas famílias viram uma contribuição à melhora de suas condições de vida se exaurir ou, em alguns casos, a situação é duplamente pior, pois alguns desses menores eram arrimos da família. Mais pessoas de uma mesma entidade familiar passaram a fazer parte dos tristes números do desemprego.

As famílias de baixa renda sempre utilizaram a maior quantidade possível de seus membros, visando com isto uma ínfima melhora nas suas condições vitais.

Por outro lado, percebe-se ainda que o Estado perdeu a contribuição previdenciária dos menores de 16 anos de idade que laboravam no mercado formal.

Ainda no fator previdenciário, verifica-se que no Brasil é majorada a idade

para aposentadoria e a idade mínima laboral, enquanto a expectativa de vida do brasileiro continua engessada. É completamente antagônico. Começando a trabalhar formalmente aos 16 anos e com idade mínima para a aposentadoria permitida na casa dos 60 anos, serão poucos os brasileiros que conseguirão gozar do “fruto” do seu trabalho.

Insta salientar que somente se pode dar a aposentadoria uma vez que haja contribuído efetivamente para a previdência.

### 3.4 – Do efeito jurídico

A estipulação de uma aquisição de capacidade material para o trabalho aos 16 anos é um óbice imenso para todas as pessoas que lidam com o direito, pois os formalistas acreditam que, *e.g.*, inexistente indenização por acidente de trabalho com menores de 16 anos que trabalham e que o trabalho antes dos 16 anos mencionados não serve para contagem para o fim de aposentadoria, pois é vedado o labor para estes.

A pseudoproteção ao menor obriga os operadores do direito a buscarem cada vez mais a supressão das faltas do poder executivo e legislativo no que tange ao tema epigrafado. Enquanto os poderes supracitados não fazem as suas partes, o judiciário o faz, *ad exemplum* o AC 01331652, no qual o TRF da 1ª Região reconheceu o período laborado por um trabalhador em idade inferior aos 14 anos para fins previdenciários.

Outro exemplo é o RESP 321.931, no qual o Superior Tribunal de Justiça também reconheceu o período laborado entre os 12 e 14 anos de uma trabalhadora rural para o fim de aposentadoria.

### 4 – Considerações finais

O escopo deste trabalho é mostrar que os menores de 16 anos que laboram não são apenas estatísticas, são cidadãos

<sup>7</sup> Op.cit. pg. 7.

brasileiros; não são meras alegações em um pedaço de papel, são a realidade pátria.

Lutamos para que a idade mínima laboral seja elevada cada vez mais, fulcrando-se, entretanto, na realidade do país. Caso o Brasil possuísse condição de arcar com valores suficientes para que os menores estudassem ao invés de trabalhar, defenderíamos a fixação da idade mínima laboral até mesmo nos 18 anos. Infelizmente isto é uma utopia.

Não é nosso intuito transformar crianças e adolescentes em trabalhadores, entretanto a realidade que nos circunda mostra-nos que a idade em que os menores laboram por necessidade e não por opção é bem menor do que o fantasioso limite de 16 anos. Deste modo se faz necessária a implementação de outros meios que minimizem os danos aos menores que labutam.

A mudança legislativa no que concerne o aumento da idade mínima laboral deve ser gradativa, acompanhando a sociedade. Não pode ser feita de maneira abrupta, assim como foi a elevação da idade mínima laboral para 16 anos de idade, sob pena de poder acarretar conseqüências ainda mais desastrosas do ponto de vista jurídico, político, econômico e social do que as elencadas.

O mínimo que cabe aos legisladores é adequar a lei à realidade, e não a realidade à lei.

Conforme demonstrado alhures, existiam no Brasil, no ano de 1999, quase 3 milhões de menores de 14 anos laborando. A realidade é dura. É ruim vermos pessoas jovens trabalhando, entretanto é pior ainda vermos esses cidadãos brasileiros trabalhando e não serem reconhecidas como sujeitos de direito ou, por outro lado, caindo na lama da marginalidade.

Lutamos pela erradicação do trabalho infantil e a defendemos, através de

outras medidas (trabalhos que engrandecem e desenvolvem o menor; implementação de maior quantidade e qualidade de projetos sociais governamentais possibilitando que os menores possam estudar, ao invés de trabalhar; compatibilização da idade mínima para o trabalho com a realidade dos países sul-americanos) e não por meio de duro golpe que foi a fixação da idade mínimo laborar em 16 anos, no Brasil, discrepando da realidade da nação e das próprias sugestões da OIT.

Uma das possíveis soluções seria o restabelecimento da idade mínima laboral pré-Constituição de 1.988, em 12 (doze) anos de idade, haja vista que é uma realidade latente em países em desenvolvimento, principalmente em áreas rurais. Esta solução, entretanto, tem o ponto desfavorável de não se coadunar com o Convênio n.º 138 da OIT.

Outra solução possível, compatível com o Convênio n.º 138 da OIT, seria o estabelecimento da idade mínima para o trabalho em 14 (quatorze) anos de idade e de trabalhos ligeiros a partir dos 12 (doze) anos de idade, haja vista que é uma realidade latente nos países em desenvolvimento, principalmente em áreas rurais, *ad exemplum*, o Brasil. Essa solução é recomendada até mesmo pela OIT para países com economia e educação insuficientemente desenvolvidas como ocorre no Brasil, segundo o recomendado pela OIT no informe *VI da 86ª reunião na Conferência Internacional do Trabalho de 1998*: “*Em aquellos países cuya economía y médios de educación estén insuficientemente desarrollados se podrá especificar al principio una edad mínima de 14 años*”.<sup>8</sup>

Outra alternativa viável em curto prazo é explicitada por um “*niño*”, conforme menciona BOUKHARI em seu belíssimo artigo *El trabajo infantil ¿ un mal menor? “hagan un distingo entre la exploración de los niños y las demás formas de trabajo que contribuyen al desarrollo de éstos.”*<sup>9</sup>

<sup>8</sup> Op.cit. pg. 20.

<sup>9</sup> BOUKHARI, Sophie. *El trabajo infantil. ¿Un mal menor?* Editions Page deux, Lausana, abril de 1999. Disponível no site <http://www.unesco.org>

Pode-se utilizar também do “relativismo” na legislação que rege sobre a menoridade laborativa. Esse sistema é utilizado em vários países que estipulam inúmeras exceções a regra. Somente a título de exemplo, cite-se Austrália, EUA e Portugal.

Deve-se, com o desenvolvimento do país, aumentar gradativamente a idade mínima laboral. Enquanto isto não é possível, devem-se buscar outras alternativas, *e.g.*, distinguir as formas de exploração do trabalho dos menores das formas de trabalho que acrescentam ao desenvolvimento dos mesmos; possibilitar que os menores exerçam

trabalhos leves; e principalmente desenvolver programas sociais que auxiliem ao menor estudando em detrimento de trabalhar.

Acrescente-se que sempre se deve buscar que o trabalho permitido ao menor seja sem exploração, protegendo-o contra o trabalho forçado, insalubre, penoso ou imoral.

Caso essas ou outras medidas não sejam tomadas, para esses menores somente restarão duas alternativas: laborar no mercado informal e proibido, sem proteção jurídica, ou seguir os passos profundos da marginalidade. Dessas alternativas, não queremos a primeira e tampouco a segunda!

### 5 – Bibliografia

- BARROS, Alice Monteiro de; organizadora. **Curso de direito do trabalho estudos em memória de Célio Goyatá**. – 3.ed.rev. atual. e ampl. – São Paulo: LTr, 1997.
- BARROS, Wellington Pacheco. **Contrato de Arrendamento Rural: Doutrina, Jurisprudência e Prática** - Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. - 21. ed. Atual. - São Paulo: Saraiva, 2000.
- BORGES, Alexandre Walmott. apud ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madri: Centro de estudios constitucionales, 1993.
- BOUKHARI, Sophie. **El trabajo infantil. ¿Un mal menor?** Editions Page deux, Lausana, abril de 1999. Disponível no site [http:// www.unesco.org](http://www.unesco.org)
- CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional didático**. - 3.ed. rev. e ampl. - Belo Horizonte: Del Rey, 1994.
- CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua. **Infância e juventude - prioridade: trabalho do menor inconstitucionalidade da emenda constitucional nº 20/98** -(Publicada no Juris Síntese nº 23 - MAI/JUN de 2000)
- GALDINO, Dirceu. e LOPES, Aparecido Domingos Errerrias Lopes. **Manual do direito do trabalho rural**. – 3. ed. rev. e atual. – São Paulo: LTr, 1995.
- GOMES, Orlando. **A crise do direito - Coleção “Philadelpho Azevedo”**. Max Limonad: São Paulo, 1955.
- MACHADO JÚNIOR, César Pereira da Silva. **Direito do Trabalho**. – São Paulo: LTr, 1999.
- MARTINS, Alan. **Trabalho da mulher e do menor - o princípio da proteção e o trabalho da mulher e do menor** - (Publicada na ST nº 97 - JUL/97, Pág. 118)
- MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. – 13.ed., rev. e ampl., atualizada até dezembro/2000 – São Paulo: Atlas, 2001.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho**. – 11.ed., rev. e aum. – São Paulo: Saraiva, 1995.
- PASTORE, José. **As crianças de Clinton**. publicado em *O Estado de S. Paulo*, 07/12/1999. Disponível no site <http://www.josepastore.com.br>
- \_\_\_\_\_. **Crianças trabalhadoras e hipocrisia americana** publicado em *O Estado de S. Paulo*, 18/07/00. Disponível no site <http://www.josepastore.com.br>

**Labor Standards and International Trade: The Case of Child Labor in Brazil** Paper presented at the 12<sup>th</sup> Congress of the International Industrial Relations Association Tokyo, June 2000. Disponível no site <http://www.josepastore.com.br>

**Mudanças nas leis trabalhistas** publicado em *Jornal da Tarde*, 27/06/2001. Disponível no site <http://www.josepastore.com.br>

**O dilema do trabalho infantil** publicado em *O Estado de S. Paulo*, 02/09/1997. Disponível no site <http://www.josepastore.com.br>

**O trabalho infantil** publicado em *O Jornal da Tarde*, 16/08/1995. Disponível no site <http://www.josepastore.com.br>

**O Trabalho Infantil** publicado em *O Jornal da Tarde*, 06/12/1995. Disponível no site <http://www.josepastore.com.br>

**O trabalho infantil e a ALCA** publicado em *O Estado de S. Paulo*, 13/02/2001. Disponível no site <http://www.josepastore.com.br>

PELEGRINO, Antenor. **Trabalho rural: orientações práticas ao empregador**. – 6. ed. rev. e atual. – São Paulo: Atlas, 1993.

PINTO, Almir Pazzianoto. **Trabalho do menor e do adolescente** – (Publicada na ST nº 85 - JUL/96).

RIPERT, Georges. **A regra moral nas obrigações civis**. Campinas: Bookseller, 2000.

SILVA PEREIRA, Tânia da. **Direito da criança e adolescente: uma proposta interdisciplinar**. – Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

VIANA, Márcio Túlio. **A proteção social do trabalhador no mundo globalizado – o direito do trabalho no limiar do século XXI**. Revista LTr. Vol. 63, nº07, julho de 1999.

# NORMAS PARA APRESENTAÇÃO E ENVIO DE TRABALHOS

---

Texto em três vias com o(s) nome(s) e dados do(s) autor(es). Os artigos devem ser digitados com espaço simples entre linhas e gravado no Word for Windows versão 6.0 ou superior e ter no máximo 30 páginas. As resenhas devem ter no máximo cinco páginas com o mesmo padrão de digitação dos artigos.

## ESTRUTURADOS ARTIGOS:

**Título:** claro e objetivo, na mesma língua do texto;  
Nome(s) do(s) autor(es), titulação e vínculo institucional em notas de rodapé;

**Resumo:** No caso de artigo, o autor deve apresentar resumos em português, indicando até cinco palavras-chave. Se possível o resumo e as palavras-chave devem ser apresentados também em outra língua.

**Introdução, desenvolvimento livre, conclusões.** As resenhas devem apresentar a referência completa da obra analisada, no início do trabalho;

**Ilustrações:** (figuras, desenhos e gráficos). Se necessárias, devem ser apresentadas em preto e branco, confeccionadas eletronicamente, indicando o programa utilizado para a sua produção; as tabelas devem ser elaboradas no próprio Word, for Widows. Devem ser indicadas e referenciadas de acordo com a NBR 6023/2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT);

**Notas de rodapé:** devem estar de acordo com a NBR 10520/2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT. Apresentam-se ao pé da página com *character* e espaço de entrelinhas menor do que o usado no texto e separadas por um traço horizontal. Cada nota deve iniciar em uma linha com o respectivo número de remissão, que deverá ser em algarismo arábico, numa numeração única e seqüencial para todo o texto. As notas explicativas devem ser reduzidas ao máximo, servirão para considerações suplementares importantes, e também para indicar informações obtidas por meio de canais informais ou documentos em fase de elaboração; ou ainda para identificar o autor, o vínculo profissional, endereços e auxílio recebido. As notas de referência servirão para indicar as fontes consultadas e indicadas nas citações ou para remeter o leitor a outras partes da obra.



---

**Citações bibliográficas:** devem ser apresentadas de acordo com a NBR 10520/2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT.

### **APRECIÇÃO PELO CONSELHO EDITORIAL**

Os trabalhos serão avaliados pelos Conselhos Editoriais e Científicos, quanto ao mérito, relevância e oportunidade de publicação, considerando o perfil e a linha editorial da Revista, preservando-se o anonimato dos pareceristas. Os originais, quando não aprovados para publicação, não serão devolvidos.

Os textos aprovados, mas que não se enquadrarem nos padrões de publicação da revista, serão encaminhados aos autores para as devidas adaptações no prazo máximo de um mês.

Os trabalhos devem ser precedidos de carta de encaminhamento assinada por todos os autores solicitando publicação na Revista UNIUS indicando:

Título do trabalho

Nome(s) do(s) autor(es) e identificação

Qualificação profissional

Instituição a que está vinculado

Endereço completo para contato (Fax, E-Mail, Telefone).

