

ESTUDANTES

ISSN 1518-7303



Caderno Acadêmico



05

ORGÃO DE DIVULGAÇÃO CIENTÍFICO-LITERÁRIO DOS ESTUDANTES DA
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE

Não há como disfarçar o orgulho de ser professor de uma Faculdade que se destaca não apenas pela sua tradição, mas também, e sobretudo, pelo empenho incansável de pessoas que vestem e suam a camisa para manter a Faculdade de Direito do Recife como um centro de formação de verdadeiros juristas. O mais interessante é perceber que as dificuldades impostas pelo Governo Federal não fazem com que essas pessoas capitulem ou pereçam. Pelo contrário: paradoxalmente, parece que a adversidade da falta de recursos e das ameaças concretas de privatização faz com que as realizações se tornem mais prazerosas e eficazes no âmbito da Universidade pública.

É o NEA - Núcleo de Estudos Acadêmicos da Faculdade de Direito - é um exemplo de instituição formada por pessoas comprometidas e que fazem, por puro amor à Faculdade, um belíssimo trabalho com a edição da *Revista Estudantes - Caderno Acadêmico*. Digo sem medo de errar que hoje se trata do periódico mais importante do Brasil na área voltada à publicação de trabalhos de alunos de graduação em Direito. Inúmeros professores renomados de Universidades brasileiras sempre elogiam a *Revista Estudantes* como sendo um veículo fundamental para a formação acadêmica dos alunos. Os discentes integrantes do NEA são abnegados que nos dão um extraordinário exemplo de que, mesmo sem incentivos, a organização e

**ESTUDANTES
CADERNO ACADÊMICO**

**NÃO PODE SAIR
DA BIBLIOTECA**

ESTABLISHED
ADDRESS OF THE



ISSN 1519-7905

DIRETÓRIO ACADÊMICO DEMÓCRITO DE SOUZA FILHO
NÚCLEO DE ESTUDOS ACADÊMICOS

ESTUDANTES CADERNO ACADÊMICO

ÓRGÃO DE DIVULGAÇÃO CIENTÍFICO-LITERÁRIO DOS ESTUDANTES DA
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE

ANO 5 - Número 8
Julho a Dezembro de 2001

2001

[Faded stamp]

[Faded text]

ESTUDANTES
CADERNO ACADÊMICO

[Faded text]

[Faded text]

Ac-208766
Ex. 1
8926107

Estudantes Caderno Acadêmico a.5 No. 8
Recife, Diretório Acadêmico Demócrito de Souza Filho e
Núcleo de Estudos Acadêmicos
1. Direito - Periódicos
340.05

ENTIDADES MANTENEDORAS

DIRETÓRIO ACADÊMICO DEMÓCRITO DE SOUZA FILHO

Diretoria

Marconi Arani – Presidente
Daniel Viegas – Vice-Presidente
Carlos Roichman – Secretário Geral
Rafael Dubeux – 1º Secretário
Tiago Toscano – 2º Secretário
Luciana Sampaio – Secretária Administrativa
Bruno Arruda – Secretário de Extensão
Bruno Lemos – Secretário Acadêmico
André Gustavo – Tesoureiro
Carla Costa – Vice-Tesoureira

Representação Estudantil

Augusto Simões – Conselho Departamental
Anderson Passos – 1º Departamento
Carlos Eduardo – 2º Departamento
Luiz Jordão – 3º Departamento
Alessandro Medeiros – NAC
Thiago Godoy – NPJ

NÚCLEO DE ESTUDOS ACADÊMICOS

Diretoria

Eduardo Valadares de Brito – Presidência
Luciana Brayner e Diego Moraes – Secretaria Geral
Raíssa Maggi e André Erhardt – Tesouraria

Conselho Diretor

Marcelo Casseb Continentino
Flávia Danielle Santiago Lima
Gabriela Tavares M. Maciel

INFORMAÇÕES, CRÍTICAS, COMENTÁRIOS E ENVIO DE TRABALHOS:

ESTUDANTES – CADERNO ACADÊMICO

Praça Dr. Adolfo Cirne, S/N – Faculdade de Direito do Recife

Sala do DADSF – Recife – Pernambuco

cadernoacademicofdr@hotmail.com

CONSELHO EDITORIAL

Alexandre da Maia

Professor de Teoria Geral do Direito da Graduação da FDR/UFPE

Anamaria Campos Tôrres

Professora de Direito Processual Penal da FDR/UFPE

Francisco Ivo Dantas Cavalcanti

Professor de Direito Constitucional da Pós-Graduação da FDR/UFPE

João Maurício Leitão Adcodato

Professor de Filosofia do Direito da Pós-Graduação da FDR/UFPE

José Gláucio Veiga

Professor de Direito Econômico da Pós-Graduação da FDR/UFPE

Margarida de Oliveira Cantarelli

Professora de Direito Internacional Público da FDR/UFPE

Maria Regina Montenegro Rosa e Silva

Professora de Direito Internacional Público da FDR/UFPE

Nelson Nogueira Saldanha

Professor de Teoria Geral do Direito da Pós-Graduação da FDR/UFPE

Nilzardo Carneiro Leão

Professor de Direito Processual Penal da Pós-Graduação da FDR/UFPE

Raimundo Juliano Rêgo Feitosa

Professor de Direito e Cidadania da Pós-Graduação da FDR/UFPE

Sérgio Torres Teixeira

Professor de Direito Processual do Trabalho da FDR/UFPE

Sílvio Neves Baptista

Professor de Direito Civil da FDR/UFPE

As opiniões expressas nos trabalhos publicados responsabilizam apenas seus autores e não representam, necessariamente, a opinião dos editores e coordenadores deste periódico.

SUMÁRIO

Apresentação

Edital nº. 01/2002

▪ *Teoria Geral do Direito e do Estado*
Kantorowicz e o Direito Alternativo
Fernando Rosendo de Araújo Filho

Soberania do Parlamento: sua importância para o Constitucionalismo Inglês e as adaptações em seu conceito decorrentes da inserção na Comunidade Européia
Marisa Viégas e Silva

▪ *Direito Civil*
Uma breve análise sobre o nascituro e o início da personalidade civil
Manuela de Oliveira Gonçalves

Responsabilidade Civil por dano causado ao nascituro: possibilidades de reparação no direito brasileiro
João Freitas de Castro Chaves

A responsabilidade civil no transporte aéreo
Carolina Souza Malta

▪ *Direito Comercial*
Aspectos dogmáticos dos grupos econômicos
Danielle Evangelista, Giovanna Medeiros, Mariana Cavalcanti e Silvia Pontes Lopes

▪ *Direito da Informática*
Dos Contratos Eletrônicos: a realidade jurídica diante da virtualidade dos novos tempos
Thiago de Oliveira Andrade

▪ *Biodireito*
Produtos transgênicos: até que ponto o Direito permite a invasão tecnológico-científica no campo ético-social
Renato Rodrigues Vieira

▪ *Direito Constitucional*
Comissões Parlamentares de Inquérito
Ana Carolina Frazão Frago de Freitas

O Estado de bem-estar e a inefetividade dos Direitos Sociais: considerações acerca do conceito de Reserva do Possível
Flávia Danielle Santiago Lima

Arguição de descumprimento de preceito fundamental: a polêmica lei nº 9.882/99

Márcia Maria Barros Carneiro

- *Direito Administrativo*
Atuação política das entidades do terceiro setor
Luís Fernando Lima de Oliveira

Modalidades de Licitação: da concorrência ao pregão – a inversão do procedimento de habilitação e julgamento e a polêmica medida provisória nº 2026/00

Marco Aurélio Ventura Peixoto

Responsabilidade Civil do Estado e Transporte Clandestino
Isabella Sá Fonseca dos Santos e Kiliane Henriques de Miranda

- *Direito Tributário*
“Substituição Tributária para frente”: a norma do art. 150, §7º, da CF/88, segundo decisões do STF
Manuela Ulisses de Brito

Uma análise da taxa SELIC face aos princípios constitucionais tributários
Livia Maria Vasconcelos de Miranda

- *Direito Penal*
A depreciação do escopo ressocializador das penas privativas de liberdade
Cristiane Cavalcanti Barreto Campello e Marília Almeida Rodrigues Lima

A argumentação entinematizada na consideração do dolo eventual e da culpa consciente

Rodrigo Vasconcelos Coêlho de Araújo

- *Direito Processual*
Os arts. 461 do Código de Processo Civil e 84 do Código de Defesa do Consumidor, exceções ao princípio de ser a sentença restrita ao pedido:
princípio da congruência
Raíssa Maria Barbosa Maggi

Do Processo de Execução no Direito Lusitano até as ordenações dos reis
Reynaldo de Abreu Dutra

Aspectos da Execução Judicial da multa penal
Paulo Gustavo S. Gonçalves de Lima

- *Direito do Trabalho*
Dos Direitos Trabalhistas Individuais
Sâmyla Clair Mendonça Oliveira

▪ *Contribuição*
A Faculdade, o Direito e o Nosso Tempo
Discurso do Orador **Luís Fernando Oliveira** na Colação de Grau da Turma 2001.1 da Faculdade de Direito do Recife - UFPE

APRESENTAÇÃO

É com indisfarçável satisfação que o Núcleo de Estudos Acadêmicos (NEA) lança o oitavo número da *Revista Estudantes – Caderno Acadêmico*, a qual cada vez mais tem sido procurada pelos alunos da Faculdade de Direito do Recife, perpetuando a tradição dos periódicos estudantis da Nossa Faculdade. O presente número, ressalte-se, destaca-se dos passados porque, nele, obtivemos o tão almejado reconhecimento da *Estudantes* junto à Biblioteca Nacional (ISSN n.º 1519-7905).

Não obstante as intempéries grevistas que assolaram o segundo semestre do ano letivo de 2001, sem dúvida um período negro na história das Universidades Federais, e que refletiram, decisivamente, na data de lançamento deste oitavo número da nossa revista, é de louvar-se a atuação dos acadêmicos da Faculdade do Recife. Não aquela política, de fundamental importância na vida universitária; mas aquela comprometida com a produção científica, com a pesquisa e com o estudo do jurídico.

Nisso a *Revista Estudantes – Caderno Acadêmico* brinda-nos com um duplo testemunho. Primeiro, o estudante não se limita à Faculdade, às suas aulas, porque, ainda nesse ingrato período do qual estamos recém-saídos, ele não se acomodou: obteve o primeiro lugar no IV Encontro de Extensão (ENEXT), com o Projeto de Pesquisa de Extensão “Direito nas Ruas”; o primeiro lugar no II Congresso da Graduação (CONGRAD), na categoria Diretório Acadêmico; além de uma marcante participação quantitativa e, sobretudo, qualitativa no IX Congresso de Iniciação Científica (CONIC), conquistando a segunda e a terceira colocações no grupo de Ciências Sociais e Aplicadas. Segundo, a Faculdade de Direito do Recife, parodiando o Prof. José Souto Maior Borges, é uma *Instituição Feliz*, pois – como nos lembra o ex-Diretor desta Casa, autor de “*Ciência Feliz*” – “*toda dedicação à ciência é afinal um experimento de felicidade*”.

Os alunos da Nossa Faculdade estão, cada vez mais, voltados para a produção científico-jurídica, e a *Revista Estudantes – Caderno Acadêmico* comprova tal fato, haja vista o crescente número de artigos remetidos para publicação neste número o que, inobstante desagradar a muito dos alunos cujos trabalhos não foram publicados, contribui para elevar o nível da Revista. Eis, portanto, seu grande mérito: constituir-se um espaço aberto à manifestação do pensamento dos estudantes.

A partir deste número – considerando que a *Estudantes* deve não apenas ser um veículo de divulgação científico-jurídica, mas também um lugar sensível ao momento presente da Faculdade de Direito – introduziremos os discursos de Oração dos concluintes, a começar pelo do

acadêmico Luís Fernando de Oliveira, na Cerimônia de Colação de Grau dos formandos de 2001.1, em que alude ao fato de não devermos estar limitados à sombra da história da Faculdade de Direito do Recife, dos seus grandes personagens, mas de estarmos atentos ao nosso presente e futuro. A *Revista Estudantes – Caderno Acadêmico* é, sem dúvida, venerável exemplo dessa atitude: retornando à tradição da Faculdade do Recife, porém sem a ela circunscrever-se; faz-se presente próprio e distinto.

Nossos agradecimentos a todos os Professores, ao Diretório Acadêmico, aos Funcionários da Biblioteca e demais pessoas que contribuíram para a concretização deste número, sem cuja colaboração não seria possível ter o leitor este periódico em mãos. Agradecemos, também, ao Magistrado e Professor, Demócrito Reinaldo Ramos Filho, presidente do Instituto Brasileiro de Direito da Informática (IBDI), pela colaboração prestada.

Na oportunidade, fica a homenagem especial ao Prof. Lourival Vilanova, mestre dos mestres, falecido em 04 de novembro de 2001, cujas obras, principalmente a sua fundamentalíssima “*As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo*” de repercussão internacional, tanto elevaram e dignificaram a Faculdade de Direito do Recife pelo Brasil afora.

Por fim, um ato de legítimo reconhecimento àquele que, apesar de não estar mais entre os integrantes do NEA nem mais participar diretamente dos trabalhos para a produção deste número, é exemplo digno de dedicação à Faculdade e à *Revista Estudantes – Caderno Acadêmico*, sem quem dificilmente a *Estudantes* chegaria a seu oitavo número. A André Melo, ex-Presidente do NEA, nossos mais sinceros agradecimentos.

Marcelo Casseb Continentino

Membro do Conselho Diretor

EDITAL Nº. 01/2001

O Conselho Diretor da Estudantes - Caderno Acadêmico faz saber que se encontra aberto o prazo para recebimento de trabalhos para publicação neste periódico.

Os trabalhos deverão ser entregues até **10 de junho de 2002** na Biblioteca da Faculdade de Direito do Recife ou remetidos através dos Correios (com aviso de recebimento – AR) para o endereço: *Praça Adolpho Cirne, s/n, Faculdade de Direito do Recife – Sala do DADSF – Recife – PE.*

A ESTUDANTES – CADERNO ACADÊMICO destina-se à publicação de trabalhos científicos (jurídicos e áreas afins) de autoria de alunos de graduação.

1. Os trabalhos científicos devem conter entre **duas e doze** laudas, nas seguintes especificações: fonte Times New Roman – 13 (WORD 97); margem padrão (Superior: 2,5 cm; Inferior: 2,5 cm; Esquerda: 3 cm; Direita: 3 cm; Mediatrix: 0 cm; Cabeçalho: 1,25 cm; Rodapé: 1,25 cm); papel tamanho A4; espaçamento simples e recuo da primeira linha de cada parágrafo com 2 cm de distância da margem; texto justificado.
2. Comentários e notas devem vir ao fim da página (rodapé), em fonte Times New Roman – 11 (WORD 97) e devidamente numeradas.
3. As referências bibliográficas devem conter: sobrenome do autor em letras maiúsculas, vírgula; nome do autor em letras minúsculas; ponto; título da obra (em itálico); número da edição (somente a partir da segunda); ponto; local de publicação; dois pontos; editora (não usar a palavra editora); vírgula; ano da publicação; ponto. Exemplos:
 - 3.1. *Livro*
JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no direito penal*. 2.ed. São Paulo: RT, 2001.
 - 3.2. *Capítulo ou parte de livro*
COSTA, Regina Helena. Tributação ambiental. In: FREITAS, Vladimir Passos de. *Direito ambiental em evolução*. Curitiba : Juruá, 1998, p. 297-309.
 - 3.3. *Artigo de revista*
ROXIN, Claus. *A apreciação jurídico-penal da eutanásia*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: v. 8, n. 32, p. 9-38, out./dez. 2000.
 - 3.4. *Legislação*
BRASIL. Decreto n. 2.632, de 19 de junho de 1998. Dispõe sobre o Sistema Nacional Antidrogas e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, 19 jun. 1998.

3.5 Documento eletrônico/internet

Rede Nacional Feminista de Saúde e Direitos Reprodutivos. Dossiê aborto inseguro. Disponível na internet: <http://www.redesaude.org.br>, 26.05.2001.

4. Para a solução de demais dúvidas formais, verificar o artigo de ADEODATO, João Maurício Leitão. *Bases para uma Metodologia da Pesquisa em Direito*. Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito n. 8. Recife: Editora Universitária, 1997, p. 201-224.
5. Os trabalhos artísticos e literários devem conter entre **uma e dez** laudas e seguir o mesmo padrão especificado nos itens anteriores.
6. O artigo deve ser encaminhado ao Conselho Diretor em **três** vias, acompanhado da versão em disquete (devidamente identificado, com nome do autor e título do trabalho).
7. Em uma das vias, devem constar na primeira página do trabalho, além do nome do autor, informações acerca da sua formação e de seus vínculos unicamente acadêmicos. As outras duas vias do trabalho, porém, devem ser impressas e entregues sem qualquer referência ao autor do trabalho, nem mesmo seu nome.
8. Só serão aceitos e publicados artigos inéditos, condição que deverá constar de declaração do autor, a ser firmada e entregue conjuntamente com o trabalho.
9. Os trabalhos apresentados fora do prazo acima referido serão submetidos ao Conselho Editorial apenas para o próximo número desta publicação.
10. O trabalho que não siga estritamente os padrões definidos no presente Edital poderá ser excluído da avaliação do Conselho Editorial.
11. Os disquetes que apresentarem problemas deverão ser substituídos pelos seus respectivos autores ou pessoa por eles indicada, após comunicação, no prazo inderrogável de 24 horas.
12. O autor deverá enviar apenas **um** artigo em resposta a cada Edital. Caso envie mais de um, o Conselho Diretor decidirá qual será submetido ao Conselho Editorial.
13. É estabelecido o limite máximo de **três** artigos a serem publicados por um mesmo autor na revista, incluindo os de co-autoria.

Flávia Danielle Santiago Lima
Membro do Conselho Diretor

KANTOROWICZ E O DIREITO ALTERNATIVO

Fernando Rosendo de Araújo Filho
(Aluno do 8º período da graduação em
Direito da UFPE)

Sumário: 1. Introdução; 2. O Direito Alternativo; 3. O Direito Livre; 4. Conclusão; 5. Bibliografia.

1. Introdução

É tema de discussão freqüente nas rodas jurídicas, em nossos dias, o chamado Direito Alternativo. Este movimento, originário dos países europeus nos idos dos anos sessenta, especialmente Itália, e introduzido no Brasil pelos magistrados do Rio Grande do Sul há mais de dez anos, é muitas vezes apresentado para nós como sendo a mais recente face do fenômeno jurídico hodierno. O Direito Alternativo, professam seus adeptos, vem trazer uma nova contribuição ao próprio conceito de Direito; vem também, por consequência, reavaliar o processo de aplicação do Direito.

Frente a essa pretensa modernidade do Direito Alternativo, enfileira-se uma dezena de escolas de pensamento jurídico, contemporâneas e modernas. Dentre elas, temos a Escola do Direito Livre do começo deste século, lastreada pelas idéias do Dr. Hermann U. Kantorowicz.

A questão central motivadora deste trabalho, é tentar estabelecer alguma relação entre a Escola de Direito Livre e o atual movimento do Direito Alternativo. Tentar determinar o quanto inovadoras são as idéias do Direito Alternativo, quando comparadas aos princípios da Escola do Direito Livre.

Para atingir os objetivos deste trabalho iniciaremos fazendo um resumo dos principais conceitos proferidos pelo adeptos do Direito Alternativo, juntamente com o posicionamento crítico a seu respeito. Em seguida apresentaremos as idéias de KANTOROWICZ sobre o Direito e sua aplicação.

Ao longo deste trabalho introduzimos nossas opiniões a respeito do assunto, elaboradas pelo que apreendemos em decorrência das leituras efetuadas para sua elaboração. Ao final apresentamos uma conclusão sobre as similitudes e as diferenças entre o Direito Alternativo e o Direito Livre.

2. Direito Alternativo

Alternatividade no sentido de oposição ao dogmatismo vigente no Direito moderno, este é o sentido do emprego desta palavra. A forma dogmática de se encarar o Direito foi a escolhida pela maioria das sociedades modernas. Dogmática porque pressupõe a inegabilidade das normas jurídicas oficiais, e o dever inescusável de dar solução aos conflitos (proibição do *non liquet*).

O termo Direito Alternativo, da forma que é utilizado atualmente, representa a reunião sob o mesmo nome de várias concepções presentes em diversas correntes do pensamento jurídico atual. Concepções estas que são contrárias ao pensamento puramente dogmático, clássico. Por vezes encontramos expressões como Direito Paralelo, Direito Inoficial, Direito Marginal, Direito Insurgente, etc. Neste aspecto o Direito Alternativo representa tudo o que se opõe ao posto pelo Estado - dogmatizado pelo Estado.

Num segundo sentido o termo Direito Alternativo também é usado para classificar métodos - digamos, por enquanto, não ortodoxos - de interpretação do Direito. Neste caso, o melhor seria denominar de Interpretação Alternativa do Direito Dogmático ou Uso Alternativo do Direito Dogmático.

No primeiro sentido, estamos diante do problema de aceitar, ou não, outra fonte de Direito que não seja o Estado. Sabemos que o Estado admite as seguintes fontes de Direito: as leis de sua emissão, a jurisprudência por ele consagrada e o costume que não contrarie as leis. Se acreditamos que apenas as normas jurídicas originárias do Estado são legítimas, então acreditamos que o Direito é composto apenas pelo Direito estatal. Para os alternativistas, as normas jurídicas que surgem, por exemplo, nos nichos da sociedade não devidamente tutelados pelo Direito estatal, também seriam Direito, por serem legítimas dentro daqueles nichos. Para os dogmáticos, não devemos considerar estas normas pertencentes ao Direito, pois são procedimentos contra o Direito estatal. O que deve ser feito é garantir a tutela do Direito estatal para toda a sociedade. Em nossa opinião avançar nesta discussão levaria inevitavelmente a questão da legitimidade do próprio Estado, o que entendemos é matéria política e não jurídica. Entendemos que o Estado é o representante legítimo do povo, e com sua autorização cria e aplica o Direito. Se não está cumprindo bem a sua tarefa, que seja renovado pelo próprio povo, através dos mecanismos legais.

Para complementar a exposição sobre este primeiro aspecto do Direito Alternativo, ressaltamos que o exemplo dado no parágrafo anterior (normas próprias dentro de nichos isolados da sociedade), é naturalmente

um exemplo extremado e não muito comum de forma alternativa de solução de conflitos. Como casos mais corriqueiros podemos citar: a solução de conflitos através da corrupção; do clientelismo; do *jeitinho*; etc. Reunimos todas estas formas sob a mesma égide porque são todas formas alternativas de solução de conflitos, que partem da própria sociedade, e não da atividade judicante do Estado. Nem todas as formas alternativas, entretanto, são contra a lei. Em alguns casos as formas alternativas vem complementar a própria lei, por motivo de lacuna ou de ineficácia. Neste caso não estariam propriamente contra o Direito Dogmático, e entendemos não deva ser classificados de Direitos Alternativos.

Num segundo aspecto, como já dissemos, o termo Direito Alternativo é usado para classificar métodos peculiares de interpretação do Direito. Agrupamos estas metodologias de interpretação/aplicação do Direito em três esferas¹: a esfera do instituído sonogado, a esfera do instituído relido e a esfera do instituinte negado.

Utiliza-se a denominação de instituído sonogado para aqueles casos em que o Estado já criou a norma jurídica (portanto já instituída), mas esta não tem eficácia, não é aplicada. A falta de aplicação pode se dar por qualquer motivo: falta de interesse, generalidade excessiva, etc., não importa. Em nossa opinião, os alternativistas que procuram aplicar estas normas (*esquecidas*) aos casos concretos, na verdade estão fazendo uso do próprio Direito Dogmático, e não criando um Direito alternativo.

Uma outra abordagem dita alternativa, é a proposição de se interpretar as normas já existentes de uma forma diferente, digamos atualizada com a realidade social, visando a obtenção da justiça mais efetiva. A este procedimento denominamos de instituído relido, pois trata-se de uma releitura das normas já existentes. Ora a adequação das normas jurídicas à realidade social, não é novidade para o Direito dogmático. "Já os antigos juristas romanos, longe de se aterem à letra dos textos, porfiavam em lhes adaptar o sentido às necessidades da época"²(*sic*). Pode ser verdade que o estado-juiz muitas vezes retroceda aos métodos da Escola de Exegese na sua interpretação da lei, mas isso não compromete o Direito dogmático propriamente dito, mas talvez revele uma formação inadequada dos operadores jurídicos envolvidos.

Por último teríamos a esfera do instituinte negado. Neste caso a norma que o interprete jurídico está se propondo a aplicar, ainda não teria sido positivada (instituída) pelo Estado (na sua interpretação o Estado

1 DA MAIA, Alexandre. *O Movimento do Direito Alternativo e sua influência no Poder Judiciário da Comarca do Recife*, p.48.

2 MAXIMILANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, p.157.

haveria negado aquela norma à sociedade), e sua aplicação estaria de fato configurando um verdadeiro Direito alternativo. Tão alternativo quanto aquele já citado quando exemplificamos o nicho na sociedade desprovido de tutela estatal. A diferença neste caso é que a alternatividade estaria sendo originada pelo próprio Estado-Juiz. Ou seja, aquele que deveria preservar o Direito dogmático em primeiro plano.

Em nossa opinião, nas duas únicas formas de verdadeiro Direito alternativo, (originando-se no seio da própria sociedade ou dentro do próprio Estado), temos por consequência um aumento da insegurança nas relações jurídicas, incompatível com as exigências da sociedade moderna. A ineficiência do Estado não pode ser suprida por mecanismos que abalem a ordem jurídica estabelecida, sob o risco de vermos o próprio Estado desmoronar.

3. Direito Livre

O Direito Livre, ou Teoria do Direito Livre, ou ainda Escola do Direito Livre, é, dentre outros tantos, tema de estudo da complexa área jurídica responsável pela aplicação do direito – A Hermenêutica Jurídica.

Em poucas palavras, podemos dizer que aplicar o direito consiste em se fazer uso das normas jurídicas para solucionar um conflito concreto (presente na realidade objetiva e demandando solução). Entretanto, não existe uma norma jurídica particular para cada caso concreto passível de ocorrer no mundo real. Não seria possível que assim fosse, tanto pela impossibilidade do legislador prever todos os casos reais que viessem a acontecer, como pelo arbítrio que seria legislar *a posteriori* caso a caso.

A realidade impõe, pelas razões acima, que as normas jurídicas expressem determinações de ordem geral. A norma jurídica representa uma conduta que se tornou juridicamente relevante para a sociedade, e o legislador, normalmente o representante do povo, estabeleceu a sua obrigatoriedade. Entretanto na descrição desta conduta jurídica obrigatória, seria impossível que fossem contempladas todas as nuances diferenciadoras encontradas nas condutas da realidade objetiva. Por isso, a norma jurídica representa aquilo que há de comum neste imaginário feixe de condutas originárias da norma.

A aplicação de uma norma jurídica a um caso concreto, requer que se determine se o caso concreto pertence àquele feixe de condutas originário da norma. Quando o aplicador conclui que sim, dizemos que o caso concreto foi subjungido à norma jurídica. O problema é que nem este feixe imaginário é perfeitamente conhecido – não se sabe com exatidão o alcance que o legislador originário quis dar à norma jurídica. Até o próprio sentido

da norma é questionável, pois sabemos da filosofia a dificuldade que se apresenta na ação de se definir qualquer coisa – a conduta neste caso.

Concluímos pelo exposto, que a aplicação das normas jurídicas requer a determinação do sentido³ e do alcance das mesmas. A isso chamamos Interpretação do Direito³.

Ao longo da história jurídica da humanidade, vários foram os métodos utilizados para se fazer a interpretação do direito. “A interpretação visa fixar o sentido objetivo de um texto jurídico. Mas que sentido? O estabelecido pela ‘vontade do legislador’ ou pela ‘vontade da lei’ ou ainda pela livre convicção do juiz? A solução desta questão originou os chamados *métodos de interpretação, (...)*”⁴.

Embora não seja escopo deste trabalho dissertar sobre cada escola de interpretação, ensejando contar a evolução histórica dos métodos interpretativos, faremos um rápido apanhado dos antecedentes ao momento histórico correspondente ao surgimento da chamada Escola do Direito Livre.

O primeiro dos métodos interpretativos do direito aparece na mesma época das primeiras codificações do direito civil (Código Civil Napoleônico)⁵. Para este método, o direito se confunde com a própria lei. O intérprete deveria realizar um verdadeiro trabalho exegético no texto legal a fim de descobrir a “vontade do legislador”; ou seja, como o legislador resolveria aquele caso concreto. Por essa razão esta escola de interpretação ficou conhecida como Escola de Exegese.

Entretanto a experiência mostrava que a lei escrita era incapaz de solucionar todos os conflitos sociais, pois o legislador não poderia prever todas as possibilidades da realidade concreta. Para solucionar esta questão de ordem prática, FRANÇOIS GÉNY propõe a chamada “livre investigação científica do direito”. “(...) *livre* porque não se submete a uma autoridade positiva e é *científica*, porque pode dar bases sólidas aos elementos objetivos descobertos pela ciência jurídica”⁶. Abre-se então a possibilidade do intérprete não ficar restrito a lei, podendo considerar os fatos sociais concretos na interpretação da lei, o costume, etc.

Mas, para GÉNY a necessidade da livre investigação científica do direito era decorrente da existência da lacunas, lacunas deixadas pelo legislador. Sendo a lei suficiente para o caso concreto, o intérprete deveria se ater à lei, mesmo se viesse a promover injustiça. Para solucionar este

3 MAXIMILANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, p.1. e GUSMÃO, Paulo Dourado. *Introdução a Ciência do Direito*, p. 143.

4 GUSMÃO, Paulo Dourado. *Introdução a Ciência do Direito*, p. 149.

5 Idem, *ibidem*.

6 DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*, p.57-58.

problema era preciso “adaptar” a lei à ordem social vigente. Esta “adaptação” da lei, sem abandoná-la, foi proposta por SALEILLES, estabelecendo o chamado “método histórico-evolutivo”⁷.

Estes foram os principais antecedentes históricos que formaram a idéia, em fins do século XIX e início do século atual, de que uma decisão judicial não seria uma mera aplicação de uma norma já pronta, mas que também seria uma atividade criadora de direito⁸. O juiz então passava a participar na criação do próprio direito. Seus conhecimentos, suas ideologias, sua individualidade contribuíam para a criação do direito. Estas idéias que hoje são quase universalmente aceitas, foram novidades para a época, e são tidas como precursoras do Direito Livre.

O passo marcante entretanto para a afirmação da subjetividade do juiz no processo criatório de aplicação do direito, deu-se com o lançamento em 1906 da obra intitulada *Der Kampf um die Rechtswissenschaft* (A Luta pela Ciência do Direito)⁹ de Hermann U. Kantorowicz, sob o pseudônimo de Gnaeus Flavius. A idéia apresentada fica bem esclarecida pela citação a seguir: “Ao lado do Direito estatal e com a mesma importância, existe o «Direito Livre», criado pela decisão jurídica dos cidadãos, pela jurisprudência e pela ciência do Direito”¹⁰.

Estas idéias influenciaram diferentes correntes jurídicas da época, e muitas foram as faces emergentes do Direito Livre - dos moderados aos mais radicais. O ponto comum que as une é sem dúvida a maior liberdade do juiz no momento da decisão.

Para os mais radicais o juiz deve buscar pela justiça dentro ou fora da lei. Esta posição extremada fez com que estes radicais se aproximassem de um naturalismo desligado do positivismo legal, abandonando o caráter normativo do direito e da justiça.

Para os mais moderados o Direito Livre significa uma maior liberdade de atuação para o juiz, mas evidentemente vinculada ao ordenamento jurídico existente, e não fazendo uso de decisões puramente subjetivas e emocionais. A função do juiz seria não meramente realizar a norma jurídica, mas adequá-la à realidade social visando o bem comum.

Para entendermos o real pensamento de Kantorowicz, procuramos uma obra de sua autoria. Encontramos a obra intitulada *The Definition of Law*, impressa pela Universidade de Cambridge em 1958. Esta obra é composta por textos de Kantorowicz, escritos em 1939, e editados por A.

7 GUSMÃO, Paulo Dourado. *Introdução a Ciência do Direito*, p. 150.

8 LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*, p. 69 – o escrito de Oskar Bülow, intitulado *Gesetz und Richteramt* de 1885 pode se dizer precursor das idéias do movimento do direito livre.

9 MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, p. 73.

10 LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*, p. 71.

H. Campbell, professor da *University of Edinburgh*. A obra tem uma introdução escrita por A. L. Goodhart, mestre da *University College Oxford*. Encontramos na introdução deste livro uma definição dada por Kantorowicz para o Direito Livre¹¹, a qual reproduzimos a seguir:

“A doutrina do direito livre ensina (se é que podemos resumir um sistema elaborado em poucas palavras): as tradicionais fontes do direito, o 'direito formal', leis e precedentes, possuem lacunas que devem ser preenchidas, e devem ser preenchidas com direito se pretendem ser uma decisão judicial, e este direito deve ter características de generalidade se a equidade anterior a este direito deva ser mantida; portanto, o preenchimento destas lacunas deve ser feito por normas de direito: normas que ainda não foram formalizadas, que estão ainda num estado de transição, tais como os costumes comerciais, preferencias emocionais, etc. Muitas destas normas são formuladas pelos tribunais como decisões judiciais em casos concretos, e são resultado de atos de vontade e julgamentos de valor pelos magistrados, e constituem portanto direito criado pelos juizes. A validade destas normas está bem aquém da validade das normas do direito formal, e algumas vezes nenhuma validade possuem, mas sua importância prática é às vezes maior, porque onde o direito formal é claro e completo, não é comum aparecerem litígios. Esta tese de direito livre vem sendo exagerada por aqueles realistas que ensinam que o direito consiste apenas de decisões judiciais isoladas, ou seja, de fatos.” (tradução livre do autor)¹²

Nos parece que a princípio Kantorowicz não apregoava, de início, a liberdade indiscriminada do juiz na aplicação do direito. Este desprendimento total com relação ao direito oficial em busca da realização da justiça, teria por pressuposto a existência de lacunas no ordenamento jurídico. O juiz deveria resolver o conflito preferencialmente utilizando-

11 KANTOROWICZ, Hermann. *The Definition of Law*, p. xvi - xvii - diz literalmente o último parágrafo: “The free law doctrine teaches (if we may sum up an elaborate system in a few words): the traditional sources of law, the ‘formal law’, statutes and precedents, have gaps which must be filled up, must be filled up with law if the decision is to be a judicial decision, and this law must have a general character if equality before the law is to be maintained; the gap-filling material must therefore consist of rules, rules of law: they have not been formalized but are still in a state of transition like bills, principles of policy, business customs, inarticulate convictions, emotional preferences. Many of them are formulated for the purpose of a concrete judicial decision by the courts, acting with their discretion, through acts of will and value-judgments, and constitute therefore judge-made law. Their validity is far less then that of the formal law and sometimes nil, but their practical importance is even greater, because, where the formal law is clear and complete, litigation is not likely to occur. This free law thesis has been exaggerated by those realists who teach that law consist of judicial decisions alone, and therefore of facts.”

12 Os realistas aos quais Kantorowicz fez referencia tratam-se dos adeptos da Escola Realista americana.

se do direito oficial. Não existe, entretanto, como já dissemos, um consenso entre os autores sobre a extensão dessa liberdade criadora do juiz.

Kantorowicz admitia, entretanto, a decisão *contra legem*, mas apenas como último recurso para se atingir a justiça. Contudo, uma vez partindo-se para a livre aplicação do direito, Kantorowicz admitia a total liberdade do juiz.¹³

“A interpretação jurídica, segundo ele, deve seguir quatro diretrizes: a) se o texto da lei é unívoco e sua aplicação não fere os sentimentos da comunidade, deve-se aplicá-lo; b) se o texto não oferece solução pacífica, ou se conduz a uma decisão injusta, o magistrado deverá ditar a sentença, que, segundo sua convicção, o legislador ditaria se tivesse pensado no caso; c) se o magistrado não puder formar convicção sobre como o legislador resolveria o caso concreto, então deve inspirar-se no direito livre, ou seja, no sentimento da coletividade; e d) se ainda não encontrar inspiração nesse sentimento, deverá, então, resolver *discrecionariamente*.”¹⁴

4. Conclusão

O Direito Alternativo em princípio se apresenta contrapondo-se ao direito dogmático. Constatamos, entretanto, que nem toda manifestação do direito, classificada como alternativa, é na realidade oposta ao direito dogmático.

Em nossa opinião o Direito Alternativo *stricto sensu* seriam aquelas manifestações jurídicas, oriundas da sociedade ou do próprio Estado, empregadas nas soluções dos conflitos, que contrariam frontalmente o ordenamento jurídico oficial. Se não contrariar o ordenamento oficial, não vemos como considerá-lo alternativo, pois o que não contraria alguma coisa, tem que estar de acordo com aquela. Entendemos que manifestações

13 Por exemplo: MAXIMILANO, Carlos, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, p.73 – “Kantorowicz, embora filiado à mesma escola, induz o magistrado a buscar o ideal jurídico, o *Direito Justo* (*richtiges Recht*), onde quer que se encontre, dentro ou fora da lei, na ausência desta ou – a despeito da mesma, isto é, a decidir *præter* e também *contra legem*: não se preocupe com os textos; despreze qualquer interpretação, construção, ficção ou analogia; inspire-se de preferência, nos dados sociológicos e siga o determinismo dos fenômenos, atenha-se à observação e à experiência, tome como guias os ditames imediatos do seu sentimento, da sua consciência jurídica”. GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução a Ciência do Direito*, p.151-152 – “(...) Pensaram dever serem abandonados os códigos quando injusta fôsse a sua aplicação ao caso histórico. A justiça acima da lei. Sacrificaram a certeza e a segurança do direito, determinadoras da codificação do direito, pela justiça. O povo, dizia Kantorowicz, um dos defensores desse método, conhece o direito vivo, o direito que reputam justo, ditado, historicamente, pelos ideais de justiça, e não o direito mumificado nas leis”.

14 DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*, p.62.

secundum legem e praeter legem não contrariam o ordenamento oficial, pois ou estão nele previstas, ou o complementam segundo sua vontade. Apenas as manifestações *contra legem* realmente podem ser consideradas alternativas. Não estamos aqui fazendo nenhum juízo de valor do direito alternativo. Ele pode ser justo ou injusto, da mesma forma que o direito dogmático.

Por outro lado, a escola do Direito Livre do começo do século, opondo-se a hegemonia do positivismo então reinante – que não permitia ao juiz a criação livre de direito, vinculando-o em relação à lei – também pregava já naquela época, a liberdade do juiz na aplicação do direito. Como já dissemos a função do juiz não seria apenas de aplicar a norma, mais de adequá-la à realidade social vigente.

Comparando o atual Direito Alternativo, com a Escola de Direito Livre do começo deste século verificamos a existência de pontos comuns no que diz respeito à atividade judicante. Não vemos grandes diferenças entre os atuais chamados juizes alternativos, e aqueles seguidores da Escola do Direito Livre. Em ambos os casos admitem soluções contra a lei, em favor de uma hipotética justiça.

Em nossa opinião a fronteira entre estar contra a lei, ou estar adaptando (interpretando) a lei para a realidade social vigente, é muito tênue, e deve ser estudada caso a caso. Em nosso socorro temos os estudos da Hermenêutica Jurídica, verdadeira arte da interpretação do direito.

5. Bibliografia

1. DA MAIA, Alexandre. *O Movimento do Direito Alternativo e sua influência no Poder Judiciário da Comarca do Recife*. Revista da OAB: Seccional de Pernambuco, Recife, n.24, – a. 32, agosto.
2. DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. 8. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1995.
3. LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Tradução de José de Souza e Brito e José Antonio Veloso. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1969.
4. MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
5. KANTOROWICZ, Hermann. *The Definition of Law*. London: Cambridge University Press, 1958.

6. GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução a Ciência do Direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1965.
7. REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

SOBERANIA DO PARLAMENTO: SUA IMPORTÂNCIA PARA O CONSTITUCIONALISMO INGLÊS E AS ADAPTAÇÕES EM SEU CONCEITO DECORRENTES DA INSERÇÃO NA COMUNIDADE EUROPÉIA

Marisa Viégas e Silva (aluna do 10º período da graduação de Direito da UFPE e ex-intercambista da Universidade *Middlesex*, Londres, onde cursou a disciplina Direito Público Inglês)

Sumário: 1. Soberania; 2. Fonte Legislativa Soberana; 3. Proibição de limitação do Parlamento sucessor; 4. Incontestabilidade da vontade parlamentar; 5. Argumentos contra a tradicional doutrina da Soberania; 6. Da inserção na Comunidade Européia; 7. Bibliografia.

1. Soberania

Primeiramente, cabe esclarecer, para um melhor entendimento, uma questão terminológica: quando nos referirmos ao Direito Inglês, estaremos fazendo menção na verdade ao *Direito do Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte*, país composto de outros países: Inglaterra, Escócia, País de Gales e Irlanda do Norte. Entretanto, por concentrar-se a produção legal, até pouco tempo com exclusividade, no Parlamento em Londres e principalmente pela maior importância histórico-econômica da Inglaterra, costuma-se falar em Direito Inglês.

Pode-se afirmar, sem receio de erro, que a característica predominante no Sistema político Inglês é a Soberania do Parlamento. Ao longo dos tempos, diferentes entendimentos têm sido dados ao conceito.

Pode-se entender Soberania como a mais importante fonte de poder de um Estado. O teórico inglês *A. V. Dicey*, pioneiro na sistematização do estudo da Soberania com enfoque constitucional, divide-a em Soberania Política e Legal, esclarecendo que a política pertenceria ao povo enquanto a legal estaria com a Rainha e, por conseguinte, no Parlamento.

Esta divisão entre os dois tipos de Soberania se faz explicar em grande parte pela natureza predominantemente consuetudinária da constituição inglesa. Enquanto que nos países de tradição constitucional escrita os

1 BARNETT, Hilaire. *Constitutional and Administrative Law*. 2. ed. Londres: Cavendish Publishing Limited, 1999, p. 211.

poderes governamentais estão delimitados pelo texto constitucional, no Reino Unido isto não acontece, encontrando-se tais poderes sujeitos apenas à aprovação do parlamento. O poder legal emana, portanto, não da Constituição, mas do Parlamento Soberano.

A Soberania do parlamento não está em si mesma estabelecida por Lei. Para *Hans Kelsen* e para *H. L. A. Hart*², tal Soberania se fundamentaria na aceitação da idéia de Supremacia do Parlamento pelo Judiciário, dentro do Sistema Legal britânico, independentemente da aprovação popular.

Partindo da premissa de que a Supremacia do Parlamento é sustentada pelo Judiciário, pode concluir-se que ela só pode ser perdida em duas circunstâncias: se assim o Parlamento decidir, renunciando a sua autoridade e elaborando uma constituição escrita, ou ainda se o Judiciário elaborar uma revolução, insurgindo-se contra o Parlamento e passando a entender que deve obediência a uma forma alternativa de autoridade.

No Reino Unido, na ausência de uma constituição escrita que assegure a soberania popular e a soberania constitucional, este espaço é preenchido pelo conceito de soberania parlamentar. Por esta doutrina, soberania política está no povo, soberania legal está no Parlamento sobre quem nenhum controle legal é exercido, mas que depende do eleitorado para continuar a existir e continuamente se renovar.

A soberania parlamentar tem suas origens na redução pelas cortes do poder quase soberano da coroa, resultado das lutas revolucionárias do século XVI, quando então o Parlamento tornou-se soberano.

A visão clássica do Princípio da Soberania do Parlamento é a dada por *Dicey* e pode ser definida como o poder ilimitado para legislar conferido ao Órgão Parlamentar. Este pode legislar sobre o que desejar, qualquer que seja a matéria, inexistindo autoridade capaz de contestar a validade de um Ato do Parlamento. Sua única limitação consistiria na impossibilidade de restringir os poderes do próximo Parlamento, permitindo desta forma a continuidade do Sistema.

Entendido unanimemente como princípio constitucional fundamental do Sistema Jurídico da Grã-Bretanha, sua importância é ainda maior se o inserirmos no Ordenamento jurídico em que se encontra. No sistema consuetudinário inglês, pela natureza esparsa da Constituição e pela peculiar Separação de Poderes³, a doutrina da Soberania do Parlamento se mostra

2 BARNETT, Hilaire. *Constitutional and Administrative Law*. 2. ed. Londres: Cavendish Publishing Limited, 1999, p. 221.

3 A despeito de ter servido como fonte de inspiração para Montesquieu em sua obra *O Espírito das Leis*, o Sistema Inglês consolida em teoria uma separação que não ocorre na prática.

senão o mais importante, um dos mais importantes alicerces do dito Ordenamento Jurídico.

Para A. V. Dicey⁴, a Soberania Legal permaneceria no Parlamento do Reino Unido, embora pudesse haver restrições políticas que efetivamente limitariam seu exercício irrestrito. Três são as regras básicas a se ter em vista:

- 1.1 O Parlamento é a fonte suprema de produção legislativa e pode produzir legislação sem restrição de matéria ou conteúdo;
- 1.2 Nenhum Parlamento pode restringir os poderes do seu sucessor ou ter os seus poderes restritos pelo antecessor;
- 1.3 Nenhuma pessoa ou órgão - nem mesmo uma Corte de direito - pode questionar a validade de um ato do Parlamento.

Esmiuçando a teoria de Dicey, temos que:

2. Fonte Legislativa Soberana

Não há limite de matéria sobre a qual o Parlamento pode tratar. Ele pode alterar a sucessão ao trono (como no *Act of Settlement 1700* e no *His Majesty's Declaration of Abdication Act 1936*), extinguir a si próprio e posteriormente reconstituir-se como um outro órgão (como ocorreu no *Union with Scotland Act 1706*). Pode também modificar seus próprios poderes, legislar com efeito retroativo ou extra-territorial, o que significa dizer que o Parlamento pode elaborar leis que digam respeito a direitos e obrigações de indivíduos fora da jurisdição inglesa.

Exemplo tradicional e bastante elucidativo da amplitude do poder parlamentar na Grã-Bretanha é aquele de *Sir Ivor Jennings*: o Parlamento pode proibir, se assim o desejar, o fumo nas ruas de Paris, ou pode tornar, para fins legais, um homem numa mulher. Para *Jennings*, não há limitação ao poder supremo do Parlamento que não as limitações políticas e costumeiras (o Parlamento não pode ir de encontro a uma convenção).

4 BARNETT, Hilair. *Constitutional and Administrative Law*. 2. ed. Londres: Cavendish Publishing Limited, 1999, p.223.

5 HOGAN, Greer. *Constitutional and Administrative Law*. 5. ed. Londres: Sweet & Maxwell, 1999, p.8.

Há apenas que se distinguir validade e eficácia das leis elaboradas pelo Parlamento, sendo válidas aquelas que tenham sido produzidas passando por todas as etapas no parlamento e tendo recebido o *royal assent*, uma espécie de "sanção" da Rainha.

A Efetividade delinea o Princípio da Soberania do Parlamento, limitando-o, ainda que extra-oficialmente. Nas palavras de Dicey⁶, a soberania é limitada na medida da possibilidade de resistência popular. Atualmente, com a eleição democrática da Casa dos Comuns, a querela tende a esvaecer-se de sentido, pois o Parlamento passa a representar verdadeiramente a vontade do povo e a divergência entre o limite externo e interno quanto ao exercício do poder soberano tende a desaparecer.

3. Proibição de Limitação do Parlamento Sucessor

Um órgão soberano não pode subordinar-se a outro órgão. Daí decorre que, para a manutenção do princípio da soberania, todo e cada parlamento deve gozar do mesmo poder ilimitado que o Parlamento que o antecedeu. Nenhum parlamento pode legislar de forma a restringir o poder de seu sucessor.

4. Incotestabilidade da Vontade Parlamentar

Uma Lei do Parlamento será tida como válida pelas cortes desde que tenha percorrido todos os percalços legais próprios de sua produção, independentemente do seu conteúdo. Pela teoria clássica constitucional não há que se cogitar de limitação legal ao poder soberano.

5. Argumentos contra a tradicional Doutrina da Soberania

Há várias posições e argumentos no tocante ao assunto.

No caso *Bribery Commissioner vs. Ranasinghe*, Geoffrey Marshall⁸ defende a possibilidade de o Parlamento eventualmente impor limitações

6 BARNETT, Hilaire. *Constitutional and Administrative Law*. 2. ed. Londres: Cavendish Publishing Limited, 1999, p.228.

7 Pela doutrina da Soberania, o Parlamento não pode ser limitado por lei anterior, pois ele pode querer contradizer tal lei anterior com lei posterior. As cortes têm que dar efeito à última expressão de vontade do Parlamento, tratando a legislação anterior, cuja vontade tenha sido contraditada pela última, como inválida. É a doutrina do *implied repeal*.

8 BARNETT, Hilaire. *Constitutional & Administrative Law*. 2. ed. Londres: Cavendish Publishing Limited, 1999, p. 246.

formais ao processo legislativo, e, portanto, a si próprio. E conclui afastando as críticas de que restaria enfraquecido o princípio da Soberania parlamentar:

*"It helps to confirm that existing English authority does not rule out the possibility that the Queen in Parliament might legislate so as to provide a special manner and form for specified types of legislation."*⁹

Sir Ivor Jennings¹⁰ também discorda da visão tradicional de Dicey, sob os mesmos argumentos:

*"'Legal Sovereignty' is merely a name indicating that the legislature has for the time being power to make laws of any kind in the manner required by law. That is, a rule expressed to be made by the Queen, 'with the advice and consent of the Lords spiritual and temporal, and Commons in this present Parliament assembled, and by the authority of the same', will be recognised by the courts, including a rule which alters this law itself. If this is so, the 'legal sovereign' may impose legal limitations upon itself, because its powers to change the law includes the power to change the law affecting itself."*¹¹

Como ele, muitas outras opiniões de peso, como a do Professor J. D. B. Mitchell¹², suportam a hipótese da limitação intencional pelo próprio Parlamento. A grande controvérsia estaria na possibilidade real de o Parlamento restringir esta liberdade em termos legais. Dicey¹³ já afirmava que falar em Soberania restrita era uma contradição.

Constituiria esta auto-limitação uma restrição à Soberania? Dicey continua, referindo-se, a título de exemplo, ao *Taxation of Colonies Act 1778*, no qual existe restrição legal ao Parlamento com relação à produção de lei que impusesse qualquer tipo de imposto às colônias:

"The point calling for attention is that, though policy and prudence condemn the repeal of Taxation of Colonies Act 1778 or the enactment of any law inconsistent with its spirit, there is, under our constitution, no legal difficulty in the way of repealing or overriding this Act. If Parliament

9 Tradução livre da autora: "Isto ajuda a confirmar que a existência de um comando (legal) não exclui a possibilidade de a Rainha no Parlamento legislar de forma a estabelecer forma e maneira especiais para tipos específicos de legislação."

10 Idem n. 8, p.246.

11 Tradução livre da autora: "Soberania legal é simplesmente um termo indicativo de que o Legislativo tem no presente poder de fazer leis de qualquer tipo na maneira estabelecida por lei. Isto é, uma norma estabelecida para ser feita pela Rainha, (...), será reconhecida pelas cortes, incluindo uma norma que altere a própria lei. Em sendo assim, o detentor do poder soberano pode impor limitações legais sobre si próprio, porquanto seus poderes de modificar a Lei incluem o poder de modificar a lei que rege a si próprio."

12 Idem n.10, p.247.

13 Idem, ibidem, p. 248.

were tomorrow to impose a tax, say, on New Zealand or on the Canadian Dominion, the statute imposing it would be a legal valid enactment."¹⁴

Logo, apesar de politicamente inadequada, a taxaço é legalmente possível. O Parlamento não estaria tolhido em suas funções por ato anterior.

Para o Professor *H. W. R. Wade*¹⁵ apresenta-se inócua e desprovida de sentido uma teoria legal que dê ao Parlamento poderes tão amplos, tendo-se em vista as dificuldades práticas de tornar eficaz uma legislação sem limite jurisdicional ou territorial.

Pergunta-se: até que ponto o Judiciário pode contestar a validade de um ato do Parlamento? Saliente-se que as cortes inglesas exercem prioritariamente um papel interpretativo e garantidor da eficácia das normas emanadas pelo Parlamento, não lhes cabendo revisar ou controlar tais atos. Uma vez passada a legislação pelo processo legislativo normal, a lei será válida e não poderá ser impugnada pelas Cortes de Direito.

No caso *British Railways Board vs. Pickin*¹⁶, restou firmada Jurisprudência no sentido de que não é matéria da jurisdição da Corte a análise da maneira pela qual o Parlamento exerceu suas funções e que o Poder soberano assegura-lhe o direito de decidir do procedimento e do conteúdo de uma legislação.

6. Da Inserção na Comunidade Européia

É incontroverso na Teoria do Direito Comunitário o entendimento de que, ao assinar os tratados para inserção como membro da UE - União Européia, os países signatários estão, ao mesmo tempo, limitando sua competência legislativa no tocante a assuntos que dizem respeito à Comunidade, deixando às instituições da Comunidade a decisão final sobre o assunto.

O Ordenamento Jurídico Inglês filiou-se ao sistema dualista, segundo o qual o Ordenamento interno e o Ordenamento internacional constituem ordens distintas, não se incorporando os tratados internacionais assinados pelo País ao Ordenamento interno senão por meio de uma lei do Parlamento.

¹⁴ Tradução livre da autora: "o cerne da questão é que, ainda que a diplomacia e a prudência condenem a revogação do *Taxation of Colonies Act 1978* ou a decretação de qualquer legislação inconsistente com seu espírito, não há, em nossa constituição, dificuldade legal em revogar ou suprimir tal lei. Se o Parlamento quisesse amanhã estabelecer um imposto, digamos, na Nova Zelândia ou no Canadá, a legislação que o fizesse seria uma disposição legal válida."

¹⁵ HOGAN, Greer. *Constitutional and Administrative Law*. 5. ed. Londres: Sweet & Maxwell, 1999, p.8.

¹⁶ SPENCER, John & SPENCER, Maureen. Londres: Sweet & Maxwell, 1997, p.12.

No Reino Unido, a inserção no Ordenamento Europeu se deu internamente por força do *European Community Act 1972*, que é uma legislação comum do Parlamento, sem nenhum *status* especial dentro da constituição inglesa. Todo o direito comunitário, no âmbito da Inglaterra, tira sua força e autoridade dessa lei que, por um procedimento comum a qualquer lei, pode ser revogada ou simplesmente modificada a qualquer instante por outra.

Da simples observação da referida legislação, tem-se que todos os direitos, poderes, responsabilidades e restrições já criadas ou a serem criadas pelos Tratados ou em decorrência deles devem ser reconhecidas pelas cortes. Na mesma linha deve seguir a interpretação da Jurisprudência dos Estados-Membros: em consonância e com a prevalência do Direito Comunitário.

Daí decorre que uma das conseqüências da inserção no Sistema Comunitário é a possibilidade de que o Estado-Membro seja acionado internamente, em suas próprias cortes, no caso de descumprimento das obrigações assumidas com a assinatura dos Tratados. É o que bem nos lembra o constitucionalista brasileiro Prof. Ivo Dantas¹⁷, citando o doutrinador *Philip James*.

A inserção na Comunidade Européia traz em si uma série de questionamentos no que diz respeito à soberania do parlamento. O primeiro deles é a atitude do Judiciário no que diz respeito ao direito comunitário: até que ponto estão os juizes britânicos dispostos a aceitar e aplicar o direito comunitário? Como conciliar as Leis do Parlamento com os requisitos impostos pelo direito comunitário? Que outras conseqüências para o princípio da Supremacia do Parlamento advêm da inserção na comunidade européia?

Embora os tratados não prevejam expressamente a supremacia do Direito Europeu sobre o Direito interno, tal conclusão se queda inevitável ante uma análise ainda que superficial do seu conteúdo. Para a Corte Européia de Justiça, órgão essencialmente responsável pela expansão e desenvolvimento do Direito Europeu, principalmente por meio de sua jurisprudência, tal posição é inequívoca.

A supremacia do direito comunitário é princípio fundamental a ser seguido pelos países membros. É o que ficou estabelecido em casos como *Costa vs. ENEL* e *Factortame (1991)*¹⁸. Com o estabelecimento da União Européia criou-se uma nova ordem jurídica, soberana dentro de sua órbita de competência e parte integral do sistema legal dos Estados-membros.

17 DANTAS, Ivo. *O Common Law: Os Sistemas Constitucionais da Inglaterra e dos EUA*. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2000, p.19.

18 KENT, Penelope. *European Union Law*. Londres: Sweet & Maxwell, 1997, p.4.

Para assegurar tal posicionamento, várias medidas foram tomadas. O Tratado de Roma, por exemplo, impõe aos Estados-membros a obrigação de cumprir com o direito da Comunidade e de não impedir sua aplicação. Por meio de mecanismos como as chamadas “*regulations*”, decisões que são vinculativas em toda sua essência e são diretamente aplicáveis em todos os Estados-membros, e princípios como o do “*Direct Effect*” e “*Indirect Effect*”¹⁹, o Direito Comunitário vem alcançando cada vez mais implicações na aplicação do Direito nos países membros.

A saber: muito embora exista a regra geral de que a Corte de Justiça não opina sobre a validade de uma legislação interna, esta regra deixa de prevalecer se à dita Corte é feita referência para opinar sobre assunto que diga respeito à Comunidade. Uma vez feita a interpretação e recebida pelos tribunais internos, esta tem que ser aceita e ser aplicada, ainda que incompatível com o Ordenamento interno.

É relevante mencionar ainda que tamanho deve ser o reconhecimento dado ao Princípio da Supremacia do Direito Comunitário que este prevalecerá sobre legislação emanada do Parlamento *ainda que esta lhe seja posterior*.²⁰

Como fica então o conceito tradicional de *Dicey* em meio a estas e outras restrições à Soberania impostas pelo direito comunitário? Há vários argumentos em diferentes sentidos, mas inicialmente vamos nos referir a dois deles. Por um lado, há os que afirmam que a visão ortodoxa e tradicional de *Dicey* continua em vigor sem nenhuma inovação, uma vez que o Reino Unido se incorporou à Comunidade Européia porque assim o desejou e o fez, internamente, por meio do *European Communities Act 1972*, uma Lei comum do Parlamento que pode ser, ao menos em tese, extinta ou modificada a qualquer tempo.

Nesta perspectiva, a Soberania do Parlamento permanece a regra fundamental do Direito Consuetudinário e sua fonte maior estaria no Judiciário.

Por outro lado, há opiniões como a de *H. W. R. Wade*²¹, que afirmam que pela primeira vez na história constitucional da Inglaterra o Parlamento conseguiu, ousou limitar seu processo legislativo, produzir um mandamento legal de natureza rígida (que não pode ser modificado por uma simples maioria, como todas as demais leis inglesas). Se tomarmos por verda-

19 Por estes princípios, o indivíduo tem direito de ingressar contra o Estado-Membro ou órgão seu, com base em direito comunitário, pleiteando compensação.

20 CUTHBERT, Mike. *European Union Law*. 2. ed. Londres: Sweet & Maxwell, 1997, p.25.

21 BARNETT, Hilaire. *Constitutional & Administrative Law*. 2. ed. Londres: Cavendish Publishing Limited, 1999.

deiro tal entendimento, estaríamos falando em uma verdadeira revolução no sistema constitucional inglês.

A preocupação com a Soberania do Parlamento é mais facilmente entendida se situada num contexto em que, à ausência de uma constituição escrita, ela representa a viga mestra da constituição inglesa. Sendo, como o é, tal constituição prioritariamente imprecisa e em constante desenvolvimento, o Parlamento, em sua condição soberana, atua como esteio constitucional, orientando e fundamentando o Sistema.

A visão clássica da Soberania do Parlamento apenas comporta esta inserção na União Européia se restar claramente demarcada a soberania legal da política. Politicamente, enquanto membro da União e da Comunidade, a Soberania Política pode restar nas instituições e nos procedimentos de produção legislativa da União e da Comunidade e, enquanto a situação de Estado-membro durar, o impacto na competência legislativa interna fica inegavelmente limitado no âmbito da matéria inserida nos Tratados.

Entende-se que o parlamento optou, ao aderir à União Européia, e que terá, pois, que arcar com os desdobramentos de tal opção, quais sejam, aquiescer na primazia do Direito Comunitário em prol do Direito interno. Houve uma limitação do Parlamento aos seus sucessores, que pode, entretanto, ser retirada pelo parlamento subsequente quer pela saída da Comunidade Européia quer pela não aplicação do Direito Europeu.

É uma análise a depender, na realidade, da extensão do compromisso político assumido pelo Reino Unido em continuar membro desta nova ordem legal à qual aderiu.

7. Bibliografia:

1. BARNET, Hilaire. *Constitutional & Administrative Law*. 2. ed. Londres: Cavendish Publishing Limited, 1999.
2. BERLINS, Marcel and DYER, Clare. *The Law Machine*. 4. ed. Londres: Penguin Books, 1994.
3. CUTHBERT, Mike. *European Union Law*. 2. ed. Londres: Sweet & Maxwell, 1997.
4. CRAIG, Paul and DE BÚRCA, Gráinne. *EC Law*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 1998.
5. DANTAS, Ivo. *O Common Law: Os Sistemas Constitucionais da Inglaterra e dos EUA*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
6. HOGAN, Greer. *Constitutional and Administrative Law*. 5. ed. Londres: Sweet & Maxwell, 1999.
7. KENT, Penelope. *European Union Law*. Londres: Sweet & Maxwell, 1997.
8. SPENCER, Maureen and SPENCER, John. *Constitutional and Administrative Law*. Londres: Sweet & Maxwell, 1997.

The first part of the paper discusses the theoretical background of the estimation problem. It is shown that the classical estimator is biased and inconsistent. The proposed estimator is shown to be unbiased and consistent. The second part of the paper discusses the empirical performance of the proposed estimator. It is shown that the proposed estimator performs better than the classical estimator in terms of bias and variance. The third part of the paper discusses the theoretical properties of the proposed estimator. It is shown that the proposed estimator is efficient. The fourth part of the paper discusses the empirical performance of the proposed estimator. It is shown that the proposed estimator performs better than the classical estimator in terms of bias and variance. The fifth part of the paper discusses the theoretical properties of the proposed estimator. It is shown that the proposed estimator is efficient.

UMA BREVE ANÁLISE SOBRE O NASCITURO E O INÍCIO DA PERSONALIDADE CIVIL

Manuela de Oliveira Gonçalves (Aluna da graduação em Direito da UFPE e monitora da cadeira de Constitucional I)

Sumário: 1. Introdução; 2. As várias teorias em torno do nascituro; 3. O nascituro é pessoa?; 4. O nascituro no Direito Brasileiro; 5. O nascituro e o Direito Comparado; 6. O nascituro no Direito constituindo brasileiro; 7. Conclusão; 8. Bibliografia.

1. Introdução

Tratar-se-á neste trabalho sobre as várias discussões que se têm a respeito do início da personalidade civil e, por conseqüência, as repercussões que trazem ao nascituro. Saber quando começa a personalidade civil não tem uma importância meramente doutrinária, mas é de fundamental importância na vida prática, visto que ela determina a aquisição de direitos.

O Código Civil, em seu art. 2º, afirma que “todo homem é capaz de direitos e obrigações na ordem civil”. À idéia de homem liga-se a de pessoa, que é a possibilidade que se tem de ser sujeito de direitos. Embora hoje em dia associe-se a idéia de pessoa à de homem, nem sempre foi assim, visto que no Direito Romano o escravo era tratado como coisa, não sendo o sujeito de direitos, mas o objeto. A concepção de pessoa, por sua vez, está ligada à de personalidade, a qual é a aptidão para adquirir direitos e contrair obrigações.

2. As várias teorias em torno do nascituro

Para Pontes de Miranda¹, nascituro é “o concebido ao tempo em que se apura se alguém é titular de direito ou de pretensão, ação ou exceção, dependendo a existência de que nasça com vida”. Ele faz um diferença entre este e o *nondum conceptus*, que é aquele que nem concebido foi ainda, é a prole eventual.

1 PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. Tomo I: Parte Geral – Introdução, Pessoas Físicas e Jurídicas. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, p. 166.

Ao longo do tempo, houve muitas teorias que tentaram explicar a questão do nascituro, as quais serão discutidas a seguir.

A teoria ficcionista de Savigny afirmava que o nascituro era pessoa, que era protegido com a ficção de já ter ele nascido. Ele seria uma pessoa fingida. L. Enneccerus se insurgiu contra isso, pois defendia que se poderia protegê-lo sem que se fingisse qualquer coisa.

Opondo-se à teoria da ficção, surge a teoria dos direitos sem sujeitos de Windscheid, que negava a personalidade do nascituro. Na realidade, fingia-se que o nascituro não existia.

Uma outra teoria importante foi a da *hereditas iacens*, para quem, quando há nascituro torna a herança sem dono até o nascimento.

A teoria do análogo à condição de P. Oertmann afirmava que o início da personalidade dar-se-ia com o nascimento. Isso ocorria por defenderem que o nascituro não tinha direitos, mas seria o titular destes se nascesse com vida. Essa teoria, embora seja a teoria das condições mais claras (além dessa, há a teoria da aparência de condição e a teoria da condição em sentido próprio), não elucidou quem é o titular destes até o nascimento do nascituro.

A teoria da personalidade jurídica considera que o nascituro não é pessoa física, pois a personalidade civil seria adquirida a partir do nascimento com vida. De acordo com ela, o nascituro possui personalidade jurídica. Esta teoria foi alvo de críticas, pois admiti-la seria fingir sem se mostrar ficcionista.

A teoria da representação possibilitava a representação do nascituro por curador. Foi falha por não solucionar a questão da existência ou não do representado além de não elucidar quem seria o sujeito de direitos no período de representação.

Uma grande teoria foi a do sujeito indeterminado de Stammler, que afirmava a existência da personalidade civil ao nascituro, já que o considerava ser humano. O sujeito de direitos é que seria indeterminado. Essa teoria foi bastante significativa, porém não conseguiu solucionar a questão precisamente.

Von Thur, como Stammler, não aceitavam a possibilidade da existência de direitos sem sujeitos. Para ele, a capacidade de direito se inicia com o nascimento, não tendo o nascituro direitos. O que há são meras expectativas de direitos os quais constituir-se-ão com o nascimento.

3. O nascituro é pessoa?

Responder a essa pergunta não é algo tão simples, não sendo à toa a grande gama de autores que defende pontos de vista diferentes. Analisare-

mos nesse tópico alguns estudiosos que consideramos importantes e logo após exporemos nossa opinião.

De acordo com o insigne Prof. Silvio Neves Baptista², há direitos que decorrem do fato jurídico concepção e outros que decorrem do fato jurídico nascimento. Os primeiros independem do nascimento com vida, como exemplo desses, o direito à vida, à curatela, à representação etc. Assim, o nascimento sem vida constitui numa condição resolutiva dos direitos do *conceptus*. Os segundos, para que entrem na esfera jurídica do concebido, é necessário o nascimento com vida. Como exemplo, cita o direito à herança.

A prof. Silmara J. A. Chinelato e Almeida³ afirma que o art. 4º do Código Civil ("A personalidade civil do homem começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo os direitos do nascituro") mostra-se aparentemente contraditório e assim o é por conceder personalidade civil apenas aos nascidos com vida, quando o próprio ordenamento jurídico reconhece ao concebido direitos e estados. A fim de elucidar a questão, ela cita como exemplo o fato de o nascituro ter direito à vida, à curatela, à integridade física etc.

Ela defende ainda que o Código Civil brasileiro adota a teoria concepcionista e de acordo com tal, a personalidade civil começa desde a concepção, em detrimento da teoria natalista, sustentada pela maioria dos estudiosos, a qual considera que o início da personalidade se dá a partir do nascimento com vida. Ao fazer essa afirmação, utiliza-se não só da interpretação sistemática, mas da do próprio art.4º do Código Civil isoladamente, quando em sua segunda parte refere-se a direitos do nascituro e não a expectativas de direitos. De acordo ainda com ela, os que alegam que a personalidade civil ocorre a partir do nascimento com vida, confundem personalidade com capacidade, pois o que caracteriza aquela é a possibilidade de ser titular de direitos, mesmo que sejam estes limitados, já que apenas os direitos patrimoniais materiais, como a herança, têm como requisito para entrarem por completo em sua órbita jurídica o nascimento com vida.

Concordamos com a renomada autora acima citada exceto no que diz respeito à adoção da teoria concepcionista pelo Código Civil. Não podemos ignorar a primeira parte do dispositivo e assim, como Silvio Neves⁴, pensamos que o nosso Código Civil tanto adotou a teoria natalista, como a

2 BAPTISTA, Silvio Neves. *Alimentos: direitos do nascituro*. Diário de Pernambuco. 14/03/90.

3 CHINELATO E ALMEIDA, Silmara J. A. *O nascituro no Código Civil e no direito constituído do Brasil*. Revista de Informação Legislativa. Brasília: [s.n.], n. 97,1998, 181-186.

4 BAPTISTA, Silvio Neves. *Op. cit.*

teoria concepcionista. A escolha do legislador, porém, não foi das melhores, visto que personalidade civil é a possibilidade que se tem de ser sujeito de direitos. E é por isso que defendemos a adoção do Esboço de Teixeira de Freitas (que aceita o início da personalidade desde a concepção, sob a condição de nascer com vida) pelo Projeto do Código Civil brasileiro.

Caio Mário, em contrapartida, defende que o nascituro não é pessoa, pois os direitos que a ele são reconhecidos permanecem em estado potencial. Para ele, “se nasce e adquire personalidade, os direitos integram-se na sua trilogia essencial, sujeito, objeto e relação jurídica; mas se se frustra, ele não chega a constituir-se, e não há falar, portanto, em reconhecimento da personalidade ao nascituro, nem se admitir que antes do nascimento ele seja sujeito de direitos”⁵.

Pontes de Miranda⁶ também defende que o nascituro não é pessoa e se não nasce vivo nunca foi sujeito de direitos. Afirmo ele que no intervalo entre a concepção e o nascimento não havia direito sem sujeito, mas apenas não se sabia quem esse era.

Ora, o nascituro pode ser sujeito de direitos, e um exemplo é que ele tem direito à vida, o qual é protegido tanto por dispositivo penal, incluindo, inclusive, o aborto no título I do Código Penal; como por dispositivo constitucional, em seu art. 5º caput.

O nascituro é detentor tanto de direito absoluto como de direito relativo. O primeiro é aquele que pode ser exigido de qualquer sujeito submetido a determinado ordenamento jurídico (o terceiro, nos casos dos art. 126 e 127 do CP). Enquanto que o segundo pode-se exigir de algum ou alguns sujeitos determinados (a mãe, no caso do art. 124 do CP).

Genericamente falando, para que a relação jurídica exista, é necessária a presença de dois sujeitos (ativo e passivo) unidos em torno de um objeto. Nesse caso, o sujeito ativo é o nascituro, pois é quem tem o direito subjetivo; o sujeito passivo pode ser a mãe (pois é crime o aborto provocado pela gestante), pode ser um terceiro (pois é ilícito o aborto praticado por terceiros sem o consentimento da gestante) ou a mãe e um terceiro simultaneamente (pois tanto comete crime a gestante que consentiu como o terceiro que o praticou com o seu consentimento) e o objeto seria o respeito que se deve ter à vida do feto.

Mesmo se demonstrando que o nascituro pode ser sujeito de direitos, sendo, portanto, pessoa e conseqüentemente dotado de personalidade

5 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. v. I. 19.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 145.

6 PONTES DE MIRANDA. *Op. cit.* p. 162.

civil (já que pessoa é quem tem a possibilidade de ser sujeito de direitos e obrigações e toda pessoa é dotada de personalidade civil), o art. 4º do Código Civil brasileiro, o qual será analisado no próximo tópico assim não considera.

4. O nascituro no Direito Brasileiro

De acordo com o art. 4º do Código Civil, a personalidade se inicia a partir do nascimento com vida. Para o Código vigente, o qual tem inspiração justinianéia, ocorre o nascimento quando o feto é separado das entranhas maternas, sendo desnecessário perquirir se a separação se deu de forma natural ou com ajuda de aparelhos obstétricos.

A vida se dá quando, separada do ventre materno, a criança respira o ar atmosférico, ainda que, momentos depois, venha ele a falecer. A incumbência de provar se houve ou não entrada de ar nos pulmões do recém-nascido é da Medicina Legal.

Clóvis Beviláqua é um dos que afirma o início da personalidade civil desde a concepção. Defende, porém, que o nascimento só produz resultado jurídico se a criança, além de nascer viva, seja de tempo. Para ele, o tempo da gestação humana é de 6 a 10 meses, mas afirma que não se deve ser tão radical, pois pode ser que o feto consiga resistir e afirmar sua existência se nascer antes dos 6 meses ou após os 10.

O Código Civil brasileiro não exige que o feto seja viável ou que tenha forma humana, como ocorre em alguns países, os quais serão analisados a seguir.

5. O nascituro e o Direito Comparado

Para o Direito Romano, a personalidade não começava apenas com o nascimento com vida. Além da separação do ventre materno, era necessário que a criança tivesse forma humana. Alguns romanistas consideram que a viabilidade (aptidão para a vida) também era exigível para que se adquirisse personalidade.

O Código espanhol (art. 30) só considera iniciada a personalidade se o recém-nascido tiver forma humana e se tiver vivido 24 horas.

Para o Código francês e o antigo Código italiano, além de que nasça com vida, é necessário que seja viável.

O Código Civil paraguaio (art. 28) e o argentino (art. 7º) sustentam que a personalidade se inicia desde a concepção.

7 BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria Geral do Direito Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Rio, 1980, p. 78.

Assim como o Código brasileiro, o alemão (art.1º), o suíço (art.31) e o novo Código italiano (art.1º) têm como requisitos para que a personalidade civil se inicie apenas o nascimento com vida, considerando irrelevante a análise da viabilidade ou forma humana do recém-nascido.

6. O nascituro no Direito constituendo brasileiro

O Projeto de Código Civil, de 17 de maio de 1984, aprovado pela Câmara dos Deputados e ainda em tramitação no Senado Federal, traz uma inovação ao suprimir do atual texto a expressão "desde a concepção". Em seu art. 2º dispõe: "A personalidade de homem começa do nascimento com vida, mas a lei põe a salvo os direitos do nascituro".

Ocorre essa modificação porque o atual art. 4º entraria em choque com o art. 1718, que admite à sucessão os filhos ainda não concebidos. A prof. Silmara Chinelato e Almeida⁸ entende que essa inovação não pode ser acolhida, pois o nascituro, que já é pessoa, não se assemelha à prole eventual, que é pessoa ainda não concebida, podendo inclusive nunca vir a ser. Ela afirma que se há semelhança é entre o *conceptus* e a pessoa já nascida, conforme se vê na codificação latino-americana e na tradição do direito brasileiro.

O Projeto, porém, ainda distingue nascido, prole eventual e concebido, pois o *caput* do art. 1821 expressa a possibilidade de sucessão às pessoas existentes ou já concebidas no momento de abertura da sucessão e o inciso I do art. 1822 legitima a sucessão aos filhos ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador desde que estas estejam vivas ao abrir-se a sucessão.

O ilustre Professor Ordinário de Direito Romano da Universidade de Roma, Pierangélo Catalano, também se posiciona a respeito e afirma que, de acordo com o Projeto, bastante influenciado pelas teorias pandectistas (possibilidade de direitos sem sujeitos), o nascituro não seria apenas o concebido, mas também a prole eventual, os que nem sequer foram concebidos. Para ele, o conceito de nascituro não estaria mais relacionado à existência, vindo a se esvaír no... nada.

O Projeto suprimiu ainda o dispositivo que permite a adoção de nascituro quando há manifesta impossibilidade de os pais ou responsáveis fornecerem-lhe condições essenciais à sobrevivência e à saúde.

8 CHINELATO E ALMEIDA, Silmara J. A. *Op. cit.* p. 188.

9 CATALANO, Pierangélo. *Os nascituros entre o Direito Romano e o Direito Latino-Americano.* (A propósito do art. 2º do Projeto de Código Civil brasileiro). *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial.* São Paulo: [s.n.], v. 45, n.12, 1988, p. 14.

Uma outra inovação é que a prole eventual só pode adquirir a herança por testamento, estabelecendo o prazo de dois anos, para que seja concebido o herdeiro esperado, após a abertura da sucessão. Diferente ocorre no atual Código Civil, que não estabelece prazo algum.

7. Conclusão

Com esse trabalho, tentamos mostrar as várias discussões em torno do nascituro e pudemos perceber quão polêmico é o assunto, não podendo esquecer a sua tamanha importância prática principalmente nos dias de hoje, quando os meios naturais de fertilização não são mais os únicos.

Sabemos que pessoa é a possibilidade que se tem de ser sujeito de direitos e obrigações e que toda pessoa é dotada de personalidade civil. Nosso Código, ao mesmo tempo que considera iniciada a personalidade civil a partir do nascimento com vida, considera-o sujeito de direitos ao se referir aos direitos do nascituro no art. 4º, segunda parte.

Demonstramos que o nascituro pode ser sujeito de direitos e, portanto, pessoa, tendo, materialmente, personalidade civil. É por pensarmos desse modo que não podemos deixar de aplaudir o Esboço de Teixeira de Freitas, o qual, se tivesse sido adotado, teria contribuído para a melhor técnica legislativa do nosso Código Civil.

8. Bibliografia

1. AFTALIÓN, Enrique; OLANO, García; VILANOVA, José. *Introducción al Derecho*. 5. ed. Buenos Aires: El Ateneo, 1956.
2. BAPTISTA, Silvio Neves. *Alimentos: direitos do nascituro*. Diário de Pernambuco, Recife: 14/03/1990.
3. BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria Geral do Direito Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Rio, 1980.
4. CATALANO, Pierangélo. *Os nascituros entre o Direito romano e o Direito Latino-Americano*. Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial. São Paulo: [s.n.], v. 45, n. 12, 1988, p. 7-15.
5. CHINELATO E ALMEIDA, Silmara J. A. *O nascituro no Código Civil e no direito constituído do Brasil*. Revista de Informação Legislativa. Brasília: [s.n.], n. 97, 1988, p. 181-190.
6. DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. v. I.: Teoria Geral do Direito. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

7. MATTOS, Luiza Thereza Baptista. *A proteção ao nascituro*. Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial, São Paulo: [s.n], n. 52, 1990, p. 30-37.
8. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. v. I. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
9. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. Tomo I: Parte Geral - Introdução, Pessoas Físicas e Jurídicas. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.
10. RIBEIRO, Renato. *Sujeito de Direito*. Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial. São Paulo: [s.n], n.29, 1984, p. 113-126.

RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANO CAUSADO AO NASCITURO: POSSIBILIDADES DE REPARAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

João Freitas de Castro Chaves (aluno do 5º período de Direito da UFPE, ex-monitor de Direito Constitucional I, pesquisador do PIBIC/UFPE/CNPq)

Sumário: 1. Introdução; 2. Visão geral sobre responsabilidade civil; 3. Responsabilidade extracontratual; 4. A tutela jurídica do nascituro; 4.1. Considerações gerais; 4.2. Correntes doutrinárias; 5. Dano moral e a questão do nascituro: possibilidades; 5.1. Fundamentos do dano moral; 5.2. Dano moral causado ao nascituro; 6. Entendimento jurisprudencial; 7. Conclusões; 8. Referências bibliográficas.

1. Introdução

Este trabalho tem por objetivo analisar a questão do dano moral causado ao nascituro, investigando sob que formas e em que casos este poderia ser indenizado. Não seria completo, no entanto, sem um estudo, ainda que breve, sobre a personalidade jurídica do nascituro. Dependendo da posição doutrinária adotada, a aplicação dos princípios da responsabilidade civil toma rumos díspares, variando entre pólos extremos.

Ao unir dois temas tão palpitantes, nos deparamos ora com o conservadorismo, ora com as interpretações leigas e não-jurídicas. A realidade jurisprudencial, ao invés de apontar caminhos seguros, também mostra uma série de contradições.

Enquanto a questão da reparabilidade do dano moral demorou anos para ser pacificada, a tutela dos direitos do nascituro no Brasil ainda esbarra em dificuldades criadas pela própria ordem jurídica. Embora surjam a cada dia novas idéias acerca da personalidade do nascituro e os avanços tecnológicos sejam crescentes, os tribunais brasileiros demonstram pouca flexibilidade para a mudança de seus entendimentos.

Havendo dano moral ao ainda não nascido, as incertezas aumentam assustadoramente. Não há qualquer intenção clara dos magistrados brasileiros em definir posicionamentos sobre a matéria, o que leva Silmara Chinelato e Almeida a afirmar que, “pelo menos no Brasil, a jurisprudência nega a indenização pela morte do nascituro, embora reconheça que a

morte de animais, por culpa extracontratual ou culpa contratual, deva ser indenizada”¹.

Além de mostrar o atual pensamento doutrinário sobre o início da personalidade e a questão do nascituro, buscamos relacionar este tema com a possibilidade de indenização por dano moral no direito brasileiro, exemplificando o entendimento jurisprudencial dominante no país.

2. Visão geral sobre a responsabilidade civil

As ordens jurídicas, em todas as épocas, e em grande parte das civilizações, depararam-se com a árdua missão de regular os fatos mais importantes da vida das coletividades. Pode-se dizer que, inicialmente, o Direito surge nas sociedades humanas como instrumento de coercitividade e poder, ainda que sob a égide de supostas influências divinas.

As condutas humanas, valorizadas positiva ou negativamente pelo corpo social, são objeto de julgamento pelos órgãos coercitivos, mesmo dispersos e não-organizados. Vemos que, na grande maioria das culturas, a vida sempre foi elevada ao status de bem jurídico máximo. Para sua proteção, foram criados regimes que, de forma essencialmente retributiva, puniam o homicídio com o banimento, suplícios ou a própria vida do ofensor.

Com a intensificação das relações privadas de comércio e a crescente valorização da propriedade, esta tornou-se também objeto de proteção jurídica. O dano a bens materiais, mesmo não atacando pessoalmente o dono, deveria ser punido. Daí advém, v.g. os ancestrais crimes de furto, usurpação e dano.

Desde legislações antiquíssimas como o Código de Hamurabi, e com maior intensidade no Direito Romano, construiu-se um princípio que orienta para a preservação tanto do outro como de seu patrimônio: o *neminem laedere*, ou seja, “não prejudicar a ninguém”. Sobre esta orientação, quase universal nos dias de hoje, fundamenta-se o instituto da responsabilidade civil.

Etimologicamente, o termo “responsabilidade” se origina do latim *respondere*, responder a alguma coisa². Significa imputar a alguém as consequências de certos atos por ele praticados. Quando estão de acordo

1 Cf. ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu Chinelato e. *O nascituro no Código Civil e no direito constituído do Brasil*. *Revista de Informação Legislativa* Brasília, a. 25, n. 97, jan./mar. 1988, p. 182.

2 Cf. STOCO, Rui. *Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 59.

com a ordem jurídica não há questionamento mas, estando em oposição às normas, adquirem outra dimensão. É justamente a verificação de responsabilidade por atos ilícitos (ou defesos por convenção das partes) o tema principal do instituto em análise.

A responsabilidade civil não se resume a imputar deveres jurídicos sucessivos, oriundos da violação da ordem, mas também a regular a indenização dos prejuízos advindos destas condutas. Logo, seus pressupostos máximos, tanto da modalidade subjetiva como da objetiva, são a ação ou omissão ilícita (ou contrária a acordo das partes), o dano a ser reparado e o nexo de causalidade entre ambos.

Note-se que sem a ocorrência do dano não há que se falar em responsabilidade civil do agente pois, segundo Vedel, esta consiste “na obrigação imposta, em certas condições, ao autor de um prejuízo, de repará-lo, quer *in natura*, quer em algo equivalente”.³

Segundo a doutrina brasileira mais respeitada (Sílvio Rodrigues, Serpa Lopes, José de Aguiar Dias), a responsabilidade civil é, a grosso modo, o dever obrigacional de reparar o prejuízo causado. É uma forma de restabelecer, quando possível, o *status quo antem*. Quando não, a indenização tem caráter reparatório ou até mesmo compensatório, no caso de dano moral.

É importante salientar que a responsabilidade civil não se confunde com a penal. Esta considera o dano causado a outrem como agressão à paz social, sendo a sanção imposta em nome de toda a coletividade, sem caráter de reparação imediata. Já aquela é essencialmente privada, tendo a consequência do ilícito pouquíssima relevância para os que não estão diretamente envolvidos. As duas formas, penal e civil, podem se reunir num só caso (v.g. dano à propriedade alheia, erro médico que acarreta graves seqüelas), mas não se fundem, como prevê textualmente o Código Civil, em seu art. 1.525. Pode, no entanto, o autor ser obrigado a reparar os prejuízos e, além disso, ser penalizado criminalmente.

Também relevante é a distinção entre responsabilidade civil subjetiva e objetiva. Funda-se na consideração ou não da culpa *lato sensu* como elemento essencial para a configuração do dever de restituir.

Num primeiro momento, grande parte dos doutrinadores consideraram que, para a formação da *obligatio* decorrente, o ato deveria ser doloso ou culposo. Todavia, o desenvolvimento industrial e tecnológico criou situações que, mesmo acarretando prejuízos, não tinham amparo no conceito tradicional de culpa. A reação doutrinária a este dilema veio com a *teoria revisionista da responsabilidade*, que desconsiderava a visão subjetiva

³ *Apud* STOCO, Rui. *Op. Cit.*, p. 63.

(incluindo a consideração da culpa). As noções objetivas de risco e perigo substituiriam a culpabilidade do agente, valorizando **mais** o nexo causal e o próprio dano.⁴

Não houve, no entanto, a substituição plena. Hoje a responsabilidade objetiva convive com a subjetiva, sendo aplicada em casos determinados, dada a impossibilidade ou deficiência da utilização da culpa como dado caracterizador da responsabilidade.

O Código Civil não fugiu a esta idéia, consolidando a teoria subjetiva em seu art. 159. O ponto de vista objetivo, ainda que não dominante, é utilizado em casos previstos por lei. Como exemplo, temos a responsabilidade objetiva em relação aos **direitos do consumidor** (Lei nº 8.070/90, art. 12), e do Estado pelos danos causados por seus agentes (CF, art. 37, §6º).

3. Responsabilidade extracontratual

Ao conceituar e classificar a responsabilidade civil, uma distinção torna-se fundamental, pela série de implicações jurídicas que gera: a da responsabilidade contratual e extracontratual. Esta última é, e nisso procede a afirmação de Orlando Gomes, "o aspecto mais interessante da teoria dos atos ilícitos".⁵

A responsabilidade contratual está alicerçada, sem dúvida, no inadimplemento, na "quebra" de um acordo feito previamente. Preexiste neste caso um vínculo obrigacional, do qual o dever de indenizar surge como consequência do não-cumprimento. O ilícito tem uma dimensão restrita: é negocial, sendo o contrato a fonte do **dever** jurídico sucessivo.

Já na responsabilidade extracontratual, não há qualquer vínculo anterior que una o causador do dano (ou o responsável) à vítima. Há tipicamente a responsabilidade **por ato ilícito, sem pré-constituição** de fonte negocial. Como precisamente afirma Ricardo Pereira Lira, "ilícito extracontratual é, assim, a transgressão de um dever jurídico imposto pela lei, enquanto que ilícito contratual é violação de dever jurídico criado pelas partes no contrato".⁶

Embora haja, de forma discreta, uma teoria monista quanto à origem do dever de indenizar, predomina a tese dualista ou clássica, adotada pelo Código Civil brasileiro. Este reserva à modalidade extracontratual o

4 Cf. GOMES, Orlando. *Obrigações*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 279-281.

5 GOMES, Orlando. *Op. Cit.*, p. 278.

6 LIRA, Ricardo Pereira. *Ato ilícito*. Apud CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 27.

art. 159, enquanto o art. 1.056 trata da responsabilidade oriunda dos contratos. Note-se que o primeiro situa-se em Título referente aos atos ilícitos, enquanto o segundo tem sua sede em Capítulo que trata da inexecução das obrigações. Não há, portanto, que se falar em identidade das duas categorias, embora teoricamente o estudo possa ser unificado.

4. A tutela jurídica do nascituro

4.1. Considerações gerais

A disciplina jurídica das pessoas (naturais ou jurídicas) sempre ocupou lugar de destaque na teoria geral do Direito Civil. É assunto que desde a Roma antiga atrai discussão e polêmicas, por seu caráter essencial na ordem jurídica. E, dentro deste campo de estudo, situa-se um tema dos mais árduos, com posições divergentes ao extremo e nenhuma perspectiva de solução: a personalidade (ou não) do nascituro.

De início, é preciso conceituar o que seria o nascituro. Etimologicamente significa “o que está por nascer”. Para Pontes de Miranda, seria “o concebido ao tempo em que se apura se alguém é titular de um direito, pretensão, ação ou exceção, dependendo a existência de que nasça com vida”.

Silmara Chinelato e Almeida o define como “pessoa por nascer, já concebida no ventre materno (*in anima nobile*), a qual são conferidos todos os direitos compatíveis com sua condição especial de estar concebido no ventre materno e ainda não ter sido dado à luz”.

Com o grande avanço experimentado na Biologia e principalmente na Engenharia Genética, vemos que hoje o conceito de nascituro é bem mais técnico. Engloba o feto, o embrião e, para alguns, o próprio zigoto.

Dentre este leque de possibilidades, destaca-se o entendimento da Prof. Silmara Chinelato. Pare ela, o nascituro surge com o fenômeno da nidação, ou seja, da fixação do ovo na parede do útero materno. Com isso sua viabilidade estaria garantida, num estágio de sobrevivência. Vale também salientar que esta posição não confere ao embrião fertilizado *in vitro*, mas ainda não implantado no organismo materno caráter de nascituro, já que a gravidez é elemento essencial para a configuração da viabilidade.¹⁰ Toda-

7 MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Tomo I: Parte geral – Introdução, Pessoas Físicas e Jurídicas. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, p. 166.

8 ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu Chinelato c. *Direitos da personalidade do nascituro*. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 38, dez. 1992, p. 21-30.

9 Para maiores detalhes sobre o aspecto biológico do nascituro, cf. LEITE, Eduardo de Oliveira. *O Direito do Embrião Humano: Mito ou Realidade?* *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*. Curitiba, a. 29, n. 29, 1996, p. 121-146.

10 Cf. ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu Chinelato c. *Op. Cit.*, p. 182.

via, além de determinar o que seja nascituro, faz-se mister analisar sua proteção jurídica no decorrer da história.

No Direito Romano, o início da personalidade jurídica se dava com o nascimento, não se considerando o não-nascido como sujeito de direitos. Era antes parte do corpo da mãe, *portio mulieris vel viscerum*.¹¹

Comparando diversos ordenamentos, destacam-se alguns exemplos antigos e modernos de tutela jurídica do nascituro. Interessante, por exemplo, é a opção feita pelo Código Espanhol que, em seu art. 30, afirma que a personalidade só tem início se o recém-nascido tiver "forma humana" e viver por 24 horas (art. 30). Em certos casos não há que se falar em nascituro ou pessoa, mas *em monstro*, um ser aberrante e defeituoso. Esta exigência de "normalidade" vem sendo combatida veementemente, por criar situações absurdas (v.g. deficiente físico sem personalidade) e não aceitar os avanços da medicina no tratamento de malformações congênicas.

Já o Código Civil argentino, de forma extremamente progressista, afirma em seu art. 70 que a personalidade jurídica da pessoa humana se inicia com a concepção. No entanto, em outros dispositivos deste Código, percebe-se que o legislador não concedeu plenitude à "pessoa por nascer", vinculando sua existência ao nascimento com vida. Há, portanto, a aquisição condicional de direitos, sob a dependência do nascimento.¹²

4.2. Correntes doutrinárias

Para explicar a situação jurídica do nascituro, surgiram diversos posicionamentos, variando entre pólos opostos. Tradicionalmente, a doutrina divide-se em três grandes grupos: o *natalista* (defende que a personalidade tem início a partir do nascimento com vida), o *concepcionista* (personalidade a partir da concepção) e o da *personalidade condicional* (a personalidade começa com a concepção, sob a condição do nascimento com vida). Esta última é erroneamente chamada de concepcionista. Todas as correntes aqui citadas entram num profundo conflito hermenêutico, já que entendem de formas diversas o art. 4º do Código Civil brasileiro, de redação aparentemente contraditória.

A primeira, considerada conservadora, fundamenta-se na idéia de impossibilidade de "direitos sem sujeito", negando ao nascituro caráter de ser humano já formado. Hoje em desuso, esta posição teve em Bernard Windscheid seu maior representante.

11 Cf. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. v. I, 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 144.

12 Cf. CHAVES, Benedita Inêz Lopes. *A tutela jurídica do nascituro*. São Paulo: LTr, 2000, p. 36-37.

A teoria da *personalidade condicional*, por seu caráter eclético e intermediário, acaba por atrair parte considerável da doutrina. Seus defensores sustentam que o nascituro tem personalidade, sob a condição de que nasça com vida. Sem este evento, aquela não se concretizaria. A grosso modo, esta vem sendo a orientação jurisprudencial dominante no direito brasileiro, principalmente em relação a direitos patrimoniais e ações de reparação. Era a posição de, v.g. Clóvis Beviláqua, embora este defendesse algumas posições divergentes.

A corrente *concepcionista* é bem mais radical. Seguida inicialmente por Teixeira de Freitas, Planiol, Rubens Limongi França, dentre outros, defende que, desde a vida intra-uterina (entenda-se vida viável, a partir da nidação) o nascituro é pessoa, sendo portanto titular de direitos. Para Silmara Chinelato, defensora desta idéia, a personalidade do nascituro é incondicional, não dependendo de nenhum evento subsequente, estando seus direitos personalíssimos (vida, liberdade, saúde) garantidos. No entanto, certos efeitos de certos direitos (como os patrimoniais) dependem do nascimento com vida. A titularidade dos direitos não seria discutida, havendo apenas incapacidade. Já em relação aos direitos patrimoniais, o nascimento sem vida funcionaria tão só como condição resolutiva.

Baseado nesta linha de argumentação, o professor Sílvio Neves Baptista aponta os direitos a receber doação e herança como existentes desde a concepção, mas dependentes do nascimento com vida para a produção de efeitos. Além disso, o professor defende que o nascituro tem direito a alimentos, uma vez que é ser humano e necessita de refeições adequadas, tratamento pré-natal e assistência médica.

Também neste grupo está Maria Helena Diniz. Para ela, “tem o nascituro personalidade jurídica formal, no que se refere aos direitos personalíssimos, passando a ter personalidade jurídica material, adquirindo os direitos patrimoniais, somente, quando do nascimento com vida. Portanto, se nascer com vida, adquire personalidade jurídica material, mas, se tal não ocorrer, nenhum direito patrimonial terá”.

5. Dano moral e a questão do nascituro: possibilidades

5.1. Fundamentos do dano moral

Como diz o professor Sérgio Cavalieri Filho, “o dano é, sem dúvi-

13 Cf. CHINELATO, *Op. Cit.*, p.184-186.

14 Cf. BAPTISTA, Sílvio Neves. *Alimentos: direitos do nascituro: Diário de Pernambuco*. Recife. 14/03/1990.

15 DINIZ, Maria Helena. *Lei de introdução ao Código Civil brasileiro interpretada*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 205.

da, o grande vilão da responsabilidade civil”¹⁶. É elemento essencial, e principal caracterizador do dever jurídico sucessivo de indenizar (tornar indene). Podemos conceituá-lo como sendo a subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja a sua natureza. Este conceito compreende as duas maiores formas de dano: patrimonial e moral.

O primeiro abrange os casos em que o bem atingido faz parte do patrimônio da vítima, tendo valor econômico definível. Via de regra, o dano patrimonial pode ser reparado através de prestação pecuniária. Esta modalidade pode ser dividida em dois grupos: o dano emergente e o lucro cessante.

Há dano emergente quando a diminuição do patrimônio é imediata e completa. É o desfalque propriamente dito, a lesão a um bem já determinado. Nestes casos o *quantum debeatur* é de fácil avaliação: corresponde ao valor econômico, à perda ou à quantia necessária para reparar os estragos causados ao bem.

Já os lucros cessantes correspondem a frustração da expectativa de ganhos futuros, rendimentos ou salários pela vítima. É necessário que esta previsão tenha o mínimo de certeza e razoabilidade, evitando assim a consideração de lucros imaginários e danos remotos. A mensuração pecuniária desta espécie depende essencialmente do prudente arbítrio do juiz, uma vez que não há dados empíricos que provem o “dano futuro”. A fixação do *quantum*, de modo geral, é feita com a utilização de parâmetros (v.g. salário da vítima, média de faturamento diário, período médio de vida e trabalho), que orientam o arbitramento judicial.¹⁷

O dano moral, no entanto, difere enormemente do patrimonial. Refere-se à esfera pessoal da vítima, que é lesada em direito de valor inestimável. A ausência de determinação pecuniária do dano é o principal traço característico desta espécie. Além disso, atinge valores fundamentais da vida humana (integridade física, saúde, paz, alegria, reputação e a própria vida, entre outros).¹⁸

O conceito de dano moral extrapola os limites do mero subjetivismo, que considera apenas os prejuízos de ordem sentimental do homem. Hoje abrange os danos estéticos (lesões corporais, erros médicos), sociais (acusações injustas, difamação, ataques públicos à honra) e todos os direitos da personalidade, incluindo os fundamentais. Essa amplitude levou alguns doutrinadores a preferirem a expressão “dano não-patrimonial”. José de Aguiar Dias resumiu esta questão afirmando: “Quando ao dano não

16 Cf. CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Op. Cit.*, p. 70.

17 Cf. CAVALIERI FILHO, *Op. Cit.*, p. 72.

18 Cf. CAHALI, Yussef Said. *Dano Moral*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 20.

correspondem as características de dano patrimonial, dizemos que estamos em presença do dano moral”¹⁹.

A natureza jurídica da indenização, nestes casos, não é verdadeiramente reparatória, e sim compensatória. Afinal, a dor, o sofrimento e a humilhação provocados por uma deformação corporal, trauma psicológico ou pela perda de um filho são insuscetíveis de avaliação pecuniária. Todavia, não há que se falar em *pretium doloris*, mas de uma real compensação ao mal injustamente provocado à vítima. Para alguns, a reparação, além de compensar de alguma forma o dano, sanciona o agente, tendo caráter também punitivo.

A jurisprudência brasileira anterior à Constituição de 1988 rejeitava a possibilidade de indenização por dano moral. Acolhia a tese de sua irreparabilidade, já que não haveria formas de avaliar economicamente os prejuízos causados. Apenas em alguns acórdãos isolados e dissonantes foram arbitradas indenizações reconhecendo a tese da reparabilidade. Na década de 80 esta postura, outrora minoritária, foi ganhando relevo, e o arbitramento do dano moral passou a ser objeto de diversos julgados. Com o advento da Constituição Cidadã, a proteção foi definitivamente assegurada (art. 5º, X). Hoje vemos que o dano moral pode e deve ser indenizado, orientado pelo princípio da razoabilidade e pela prudência judicial.

Pode-se resumir esta questão de maneira enfática: o dano moral, que atinge a esfera não-patrimonial do indivíduo ou até mesmo da pessoa jurídica, é susceptível de reparação (ou compensação), devendo esta ser arbitrada razoavelmente pelo livre convencimento judicial.

5.2. Dano moral causado ao nascituro

Após esta breve introdução à matéria, atingimos uma grande discussão doutrinária e jurisprudencial: a possibilidade de consideração dos danos morais causados ao nascituro. Para isso, é fundamental que se adote uma das teses quanto a sua personalidade e, dependendo da opção, diversos entendimentos podem ser obtidos.

Caso a teoria *natalista* fosse adotada, seria criado um quadro interessante. O nascituro não poderia receber qualquer indenização, já que não é pessoa nem sujeito de direito. Se sua genitora viesse a falecer e este sobrevivesse, o dano moral (dor, sofrimentos futuros, desamparo) seria causado ao filho por nascer. Nesta hipótese, a ausência de personalidade quando do falecimento da mãe impediria, numa interpretação lógica, a pretensão do filho em obter qualquer indenização do que causou o dano.

19 DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. Apud STOCO, Rui. *Op. Cit.*, p. 674.

O mesmo problema ocorreria se o nascituro fosse vítima de medicamento ministrado à mãe durante a gravidez, resultando em sequelas físicas terríveis (v.g. o famoso caso dos “filhos da talidomida”). O dano moral a ele causado dificilmente seria indenizado, já que à época do *eventus damni* não detinha a titularidade do direito à integridade física. Poderia ser tentada a indenização à mãe, que resultaria numa compensação reflexa e seguramente de menor valor pecuniário.

Adotando a teoria da *personalidade condicional*, a possibilidade de reparação estaria situada no mesmo patamar da personalidade: para que exista, deve haver o nascimento com vida. Caso este ocorra, o nascituro é considerado pessoa, e os danos morais a ele causados são passíveis de indenização. Todavia, sendo o nascimento frustrado, o agora natimorto seria juridicamente inexistente, sem nunca ter sido pessoa.

Como nos exemplos anteriores, a saída seria uma “reparação reflexa”, exigível por seus ascendentes. Embora o natimorto não pudesse de forma alguma postular a reparação em nome próprio, vale salientar que o *quantum debeatur* certamente não será o mesmo. A indenização por um filho morto seguramente seria maior que pela morte de um feto que jamais teve o *status* de ser humano.

Se, de forma oposta, o nascituro for considerado pessoa em sua plenitude (teoria *concepcionista*), pode ele ser indenizado por danos morais cu, caso tenha falecido, seus ascendentes podem exigir a dita reparação. Nesta última hipótese, considerar-se-ia que o dano foi causado a filho menor, ampliando as possibilidades de indenização e, ainda que de forma indireta, do *quantum* indenizatório.

Para Benedita Inêz Lopes Chaves e Silmara Chinelato, ambas da corrente concepcionista, a indenização por dano moral causado ao nascituro é plenamente justificável, uma vez que este seria pessoa e titular de direitos. Nestes casos, o fundamento legal da responsabilidade, seja ela contratual ou extracontratual, seria exatamente o mesmo usado para os já nascidos.²⁰

Chinelato leva o problema às últimas consequências, ao afirmar que “no dano moral, sua reparação - que visa a uma compensação e não a um ressarcimento - faz-se pelos mesmos critérios que norteiam a indenização pela morte de filho menor”.²¹

Este último exemplo provoca uma discussão ainda sem resposta. A Súmula 491 do STF, editada antes de 1988, consolidou uma posição jurisprudencial dominante à época, afirmando que “é indenizável o aci-

20 Cf. CHAVES, Benedita Inêz Lopes. *Op. Cit.*, p.114-117.

21 Cf. ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu Chinelato e. *Op. Cit.*, p. 187.

dente que causa a morte de filho menor, ainda que não exerça trabalho remunerado". Nestes casos, parte dos tribunais confere aos pais da vítima uma pensão mensal, ainda que não haja perspectivas concretas de que o filho morto ajudaria financeiramente nas despesas do lar²². Sendo o menor nascituro, não haveria empecilhos legais para a concessão de pensão aos pais, uma vez que a matéria foi sumulada pelo Pretório Excelso.

Todavia, a referida pensão é uma indenização por dano patrimonial (perda de uma fonte de renda), e não moral. Além disso, a mesma professora Silmara afirma, no já citado artigo, que os direitos patrimoniais materiais dependem do nascimento com vida. Este último argumento nos leva a crer impossível a concessão, embora considerando o nascituro como filho menor. Infelizmente, a jurisprudência brasileira ainda não consolidou posicionamento quanto à relação entre a Súmula 491 do STF e o problema da personalidade do nascituro, sendo desconhecidos quaisquer julgados que versem sobre este tema.

6. O entendimento jurisprudencial

Apesar da grande polêmica acerca da personalidade jurídica do nascituro e a possibilidade de reparação de danos morais a ele infligidos, o assunto não vem sendo abordado com muita frequência nos tribunais brasileiros. Grande parte dos julgados que envolvem este problema referem-se apenas a questões de herança, doações e vendas realizadas pelos pais em nome do ainda não nascido. Foram trazidos à colação justamente os que fugiam a estas abordagens, e centravam-se na questão das indenizações por dano moral.

Percebe-se que, nos acórdãos, há uma tendência do julgador em adotar as teorias natalista ou da personalidade condicional, considerando a "ausência de personalidade" como questão preliminar. Exemplo típico é o julgado abaixo transcrito:

Responsabilidade civil - Acidente de trânsito - Seguro obrigatório de veículos automotores - Danos letais - Nascituro. Sumaríssima de reparação de danos letais causados à mulher grávida e a seu feto. Reconhecido que fora o direito ao seguro obrigatório, este reconhecimento não se estende ao nascituro, que não é pessoa nem sujeito de direito. (TACRJ, 1ª C., AC 81004/88, Rel. Juiz Fernando Pinto, 11.10.1988)

22 "Morte de filho menor, com 16 anos. Além da pensão mensal equivalente a 2/3 do salário mínimo, é devida a indenização por dano moral" (STJ, 4ª Turma, REsp. 23.351, 01.09.1992).

No entanto, alguns julgados optam por interpretações mais progressistas do tema, admitindo a personalidade do nascituro. Vale salientar que não há uma defesa acentuada do concepcionismo, sendo geralmente omitida qualquer consideração específica sobre a tutela jurídica do nascituro. Abaixo, vemos a ementa de um acórdão que concede indenização por dano moral, comprovando a possibilidade de reparação:

Responsabilidade civil - Acidente do trabalho - Indenização - Direito comum - Dano moral - Nascituro - Morte do seu pai - Termo inicial - Nascimento com vida. Devida é, a indenização, por dano moral, desde o nascimento, ao nascituro, que nasceu com vida, como reparo pela perda do genitor. (2º TACSP, 10ª C., Ap. c/ rev. 489.775, Rel. Juiz Adail Moreira, 29.10.1997)

A discussão em torno da pensão ao nascituro, exposta anteriormente, pode ser exemplificada nas duas ementas subseqüentes. A primeira mostra a posição típica da jurisprudência: concessão de pensão pela morte de filho menor, com prazo determinado pelo princípio da razoabilidade. No segundo julgado, o pedido de pensão é julgado improcedente. Ao contrário do que se possa imaginar, não houve uma resposta à discussão criada, já que adotou-se a idéia de "expectativa de direito" do nascituro. Esta posição retrata a jurisprudência dominante brasileira, pouco afeita às posições concepcionistas e arraigada aos antigos conceitos de personalidade.

Indenizável é a morte acidental de menor oriunda de ato ilícito, ainda que não exercesse ele trabalho remunerado, sendo sua família de condição econômica precária, fixando-se a pensão a partir do óbito até a data em que a vítima completaria 25 anos de idade" (TJSP, 2ª C., Ap., Rel. César Peluso, 16.12.1996, RT 617/72)

Responsabilidade civil - Acidente de veículos - Invasão de preferencial - Morte da companheira e nascituro, bem como da avó das menores. Culpa inequívoca do preposto do apelante. Indenizações de ordem material e moral devidas. Legitimidade do companheiro em exigir indenização pela morte de sua companheira, sendo que a renda mensal da vítima-companheira é a constante de sua última indenização. Devida a indenização pela morte do nascituro, a título de dano moral, visto que a morte prematura do feto, em consequência do ato ilícito, frustra a possibilidade certa de que a vida humana intra-uterina plenificaria na vida individual. Pensão devida ao feto. Impossibilidade. Há uma expectativa de direito em relação ao nascimento do feto. Personalidade jurídica só

inicia-se com o nascimento com vida. Art. 4º do CC. Correta a pensão fixada e destinada ao companheiro e filhas. O limite fixado para a cessação da pensão é de 69 anos, conforme nova orientação jurisprudencial. (TAPR, 3ª C., AC 106.201-3, Rel. Juiz Eugênio Achille Grandinetti, 01.08.1997)

7. Conclusões

Ante os diversos argumentos aqui expostos, tanto relativos à problemática do nascituro quanto à reparabilidade do dano moral a ela causado, constatamos que não há qualquer definição acerca do assunto. Embora a teoria concepcionista esteja mais adaptada às mudanças sofridas pela medicina nos últimos anos, não foi aceita plenamente no mundo jurídico. Vemos que apenas em decisões esparsas o nascituro é considerado pessoa, sem que para isto deva ele nascer com vida.

Já o dano moral, com a Constituição de 1988, adquiriu maior importância, e concretizou-se na jurisprudência. Hoje a situação é inversa: os pedidos de indenização por danos deste tipo crescem assustadoramente, incorrendo muitos deles em confusões grosseiras. Os danos causados a nascituros acabam por serem relegados a segundo plano, esvaziando-se o debate com a mera declaração de que “nascituro não é pessoa”.

Concluimos, portanto, que o debate está longe de uma solução, seja ela conservadora ou progressista. Não há, entretanto, a perspectiva de adoção uniforme de qualquer teoria no futuro. Dado o atual estágio da evolução jurisprudencial, parece-nos mais provável que, a médio prazo, prevaleça a concepção da personalidade condicional. Em relação aos casos de responsabilidade civil, vemos uma tendência à maior valorização deste instituto no Brasil, e esperamos que isto se reflita nos casos que envolvem a problemática do nascituro.

8. Referências bibliográficas

1. ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu Chinelato e. *O nascituro no Código Civil e no direito constituendo do Brasil*. Revista de Informação Legislativa. Brasília: a. 25, n. 97, jan./mar. 1988, p. 181-190.
2. _____. *Direitos da personalidade do nascituro*. Revista do Advogado. São Paulo: n. 38, dez. 1992, p. 21-30.
3. BAPTISTA, Sílvio Neves. *Alimentos: direitos do nascituro*. Diário de Pernambuco. Recife: 14/03/1990.
4. CAHALI, Yussef Said. *Dano Moral*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

5. CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Malheiros, 2000.
6. CHAVES, Benedita Inêz Lopes. *A tutela jurídica do nascituro*. São Paulo: LTr, 2000.
7. DINIZ, Maria Helena. *Lei de introdução ao Código Civil brasileiro interpretada*. São Paulo: Saraiva, 1994.
8. GOMES, Orlando. *Obrigações*. 12.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
9. LEITE, Eduardo de Oliveira. *O Direito do Embrião Humano: Mito ou Realidade?* Revista da Faculdade de Direito da UFPR. Curitiba: a. 29, n. 29, 1996, p. 121-146.
10. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Tomo I: Parte geral - Introdução, Pessoas Físicas e Jurídicas. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.
11. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. v. 1, 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
12. STOCO, Rui. *Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

A RESPONSABILIDADE CIVIL NO TRANSPORTE AÉREO

Carolina Souza Malta (aluna do Curso de Graduação em Direito da UFPE; monitora de Direito Civil 1; monitora de Direito Processual Civil 2)

Sumário: 1. Introdução; 2. Responsabilidade Civil: conceito; 2.1. Responsabilidade contratual e extracontratual; 3. Do contrato de transporte; 4. Responsabilidade do Transportador Aéreo; 5. Convenção de Varsóvia; 6. Da cláusula de não indenizar; 7. Da responsabilidade objetiva; 8. Da indenização limitada; 9. Causas excludentes da obrigação de indenizar; 10. Da indenização por Dano Moral; 11. Considerações Finais; 12. Referências Bibliográficas; 12.1. Artigos; 12.2. Livros.

1. Introdução

No mundo moderno, o crescimento da comunicação entre os povos, aliado à expansiva necessidade humana de locomoção, fizeram o capítulo da responsabilidade civil concernente aos transportes aéreos adquirir uma importância fundamental.

A matéria tornou-se, então, complexa, exigindo um regramento igualmente sofisticado, condizente com as necessidades e reclamos da modernidade. Não é, infelizmente, o que acontece.

Chega-se à perplexidade quando se verifica que o assunto não possui a estruturação necessária na legislação vigente. As considerações doutrinárias e as decisões jurisprudenciais, igualmente, não alcançam a sua complexidade, posto que as relações sociais hodiernas evoluíram com uma velocidade infinitamente maior em relação à evolução do Direito, seu regulador.

O objetivo da análise da responsabilidade civil no transporte aéreo é apurar a existência ou não do dever de indenizar. Em primeiro plano, traçaremos os aspectos gerais da responsabilidade civil. Consiste em um tema, por natureza, vasto: insere-se em todos os ramos do Direito e invade, efetivamente, a esfera das relações intersubjetivas. Abordaremos, ainda, a responsabilidade civil objetiva - possibilidade de indenizar o dano sem o fundamento da culpa -, a questão das causas excludentes da obrigação de indenizar e a possibilidade de reparação do dano moral.

Em suma, este trabalho tem o intuito de transparecer a necessidade de reflexão acerca desta matéria, tendo em vista que as exigências do mundo moderno, com as suas inovações tecnológicas, transformaram a “responsabilidade civil” em um dos temas mais difundidos atualmente, prática e teoricamente.

2. Responsabilidade Civil: conceito

O termo “responsabilidade”, etimologicamente, provém do latim *responsabile*, calçado em *responsum*, de *respondere* - responder - e o sufixo nominal ‘-idade’¹. Ser ‘responsável’ é ter aptidão para responder por atos próprios ou de outrem.

Filosoficamente, inúmeras foram as tentativas doutrinárias voltadas à definição da responsabilidade, a exemplo da corrente realista, para qual a responsabilidade era exclusivamente baseada nos atos, em seu aspecto objetivo, exterior. Esta é a concepção que, em rigor, mais interessa aos juristas. A responsabilidade seria o centro ôntico dos atos. Outra corrente, a idealista, entendia que a responsabilidade estava fundada na consciência. Sustentava Aristóteles a noção de que “somos feitos de nossos atos”. Neste sentido, a responsabilidade seria a expressão do ser.

Respondemos, é certo, pelas conseqüências de nossos atos. O chamado ‘ser de cada um’ aparece como simples resultado de determinadas atitudes, precisamente daquelas pelas quais, de fato, nos sentimos responsáveis. A responsabilidade figura, então, como o rosto do nosso ser.

Atualmente, a responsabilidade aparece como o dever de assumir as ações ou omissões praticadas. Em um sentido amplo, revela o dever jurídico, em que se coloca a pessoa, seja em virtude de contrato, seja em face de fato ou omissão que lhe seja imputado para satisfazer a prestação convencional ou para suportar as sanções legais que lhe são impostas.

A responsabilidade civil, diferentemente da penal, tem por finalidade não a punição, mas a reparação. Valendo-se do pensamento dos irmãos Mazeaud, Paulo Dourado de Gusmão afirma ser responsável civilmente quem está obrigado a reparar dano sofrido por outro. O interesse é particular e a natureza é compensatória, possuindo a função de garantia de se-

1 Cf. ALBERTON, Genacéia da Silva. *Ato Ilícito e Solidariedade em Acidente de Trânsito*. *Ajuris*. Rio de Janeiro. n. 48, v. 43/49, 1990, p. 111.

2 Cf. MUÑIZ, Manuel Granell. *Fundamento Filosófico de la Responsabilidad*. *Cuadernos de las Facultades*. Panamá. n. 4, 1966, p. 89-112.

3 Cf. SILVA, De Plácido c. *Vocabulário Jurídico*. v. 3. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 125.

4 Cf. GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Responsabilidade Civil; breves notas*. *Revista de Direito*. Guanabara. n. 2, ano 1, v. 2, 1967, p. 35.

gurança à parte prejudicada e, também, a de indenização para a reparação do dano causado. “La responsabilidad es la obligación de reparar y satisfacer, por si o por otro, cualquier pérdida, daño o perjuicio, ocasionado a una persona”.

São pressupostos da responsabilidade civil: a prática de uma ação ou omissão; a ocorrência de um dano moral ou patrimonial a outrem; e o nexo de causalidade entre o ato praticado e o dano ocorrido. É, este último, o fato gerador da possibilidade de reparação, posto que não se pode falar em responsabilidade sem a existência do vínculo entre a ação e o dano.

É preciso, porém, sempre analisar as circunstâncias em que nasce a obrigação de reparar o dano e que prejuízos são indenizáveis. “Procurase não só estabelecer uma disciplina reparatória, abrangendo a apuração da causalidade danosa, o *quantum* da lesão, a garantia de reparação, mas também equacionar um fundamento para essa reparação”. Há de se verificar, para tal, as duas grandes divisões da responsabilidade: a responsabilidade contratual e a extracontratual.

2.1. Responsabilidade contratual e extracontratual

A obrigação de indenizar pode surgir através de diversas formas. A obrigatoriedade de reparação pode advir através do inadimplemento de obrigação negocial ou mediante lesão a direito subjetivo, sem a existência de qualquer relação jurídica entre o agente causador do dano e a vítima.

A responsabilidade contratual advém do não-cumprimento de obrigações firmadas por contrato. Ocorre “cuando no se le cumple lo convenido por las partes”⁵. Situa-se no âmbito da inexecução obrigacional.

Casos há em que inexistente relação jurídica contratual entre o causador do dano e o indivíduo lesado. Assim, não há que se falar em responsabilidade contratual. Há a responsabilidade extracontratual, derivada de obrigações legais. É o dever de reparar um dano pelo autor de um ato ilícito, que executa um ato voluntário, causador de prejuízos a terceiros, ou até involuntário, nos casos estabelecidos por lei.

Neste caso, a obrigação de indenizar não surge apenas nos casos de

5 AGLIANO, Humberto. *Limites de La Responsabilidad Civil*. *Revista Jurídica*. San Miguel de Tucuman, n. 20, 1969, p. 47.

6 Cf. GOMES, Orlando. *Obrigações*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 277.

7 MELO, Albertino Daniel de. *Estudo sobre o fundamento da Responsabilidade Civil*. *Revista de Direito Civil*. São Paulo, a. 2, 1978, p. 7.

8 AGLIANO, Humberto. *Op. cit.*, p. 48.

violação a direito subjetivo, mas também quando há violação de uma norma, ou, ainda, quando o dano resulta de culpa *lato sensu* do seu causador, sem que haja infringido norma positiva específica. Esta responsabilidade, também chamada delitual, deriva da lei por ser por ela imposta, diante da violação direta dos seus preceitos pela ação humana.⁹¹⁰

"A responsabilidade civil extracontratual resulta da prática de actos ilícitos, culposos, violadores de direitos alheios ou de interesses juridicamente protegidos, e causadores de prejuizos a outrem".¹¹

A responsabilidade extracontratual é também conhecida como responsabilidade aquiliana. A denominação provém da *Lex Aquilia*, do direito romano, que estabeleceu as suas bases jurídicas, criando uma forma pecuniária de indenização do dano, assentada no estabelecimento de seu valor.¹² Foi pela aplicação do último capítulo da Lei, o *damnum injuria datum*, que os juristas do período construíram a verdadeira doutrina romana da responsabilidade extracontratual. Aproveitando-se dos ensinamentos de Girard, G. May e Ferrini, Alvino Lima definiu o *damnum injuria datum* como a destruição ou deterioração da coisa alheia por fato ativo que tivesse atingido a coisa *corpore et corpori*, sem direito ou escusa legal.¹³

Considerações acerca da Lei Aquilia provocaram acirradas divergências entre os doutrinadores a respeito da inclusão ou não da culpa como requisito essencial ao direito de reparação do dano causado.

A Lei Aquilia é considerada a base da teoria da responsabilidade objetiva, de que trataremos *infra*.

3. Do contrato de transporte

O contrato de transporte é um pacto firmado entre o transportador e o passageiro, por força do qual se obriga o primeiro a conduzir o segundo incólume ao seu destino. Consiste em uma obrigação de resultado, com a finalidade de conduzir sãos e salvos os passageiros e mercadorias ao lugar de destino.

É, ainda, um contrato de adesão. As cláusulas, assim como as suas

9 Cf. GOMES, Orlando. *Direitos da Personalidade e Responsabilidade Civil*. Revista de Direito Comparado Luso-brasileiro. Rio de Janeiro. n. 2, ano 2, 1983, p. 15.

10 Cf. AGLIANO, Humberto. *Op. cit.*, p. 48.

11 PRATA, Ana. *Dicionário Jurídico*. 3 ed. Coimbra: Almedina, 1996, p. 864.

12 Cf. AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Responsabilidade Civil in: FRANÇA, Limongi (coord.). Enciclopédia Saraiva do Direito*. v. 65. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 332.

13 Cf. LIMA, Alvino. *Culpa e Risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1960, p. 23.

condições gerais e requisitos, são impostas unilateralmente pelo transportador. A lei, entretanto, impõe o dever de segurança, o respeito à integridade ou a obrigação de custódia, tanto em relação aos passageiros quanto no tocante às mercadorias transportadas.¹⁴

No contrato de transporte de coisas, o remetente confia ao transportador determinado objeto para que, com o pagamento de frete, seja enviado a outra pessoa, situada em local distinto daquele em que o objeto foi remetido. Pelo contrato de transporte de pessoas, o transportador, por sua vez, tem por obrigação remover determinada pessoa, e sua bagagem, de um local para outro, mediante o pagamento da passagem.

Em ambos os casos, a responsabilidade do transportador é contratual. Em caso de dano, ocorre o chamado 'ilícito contratual',¹⁵ resultante do descumprimento ou cumprimento defeituoso da obrigação. É necessário distinguir o contrato de transporte, que só existe a título oneroso - a remuneração é o elemento essencial do contrato -, do transporte gratuito de pessoas ou coisas, casos em que a responsabilidade é extracontratual, ou aquiliana.

No transporte gratuito, por imposição legal, há responsabilidade civil aquiliana. Em caso de dano ocorrido no curso do transporte, o dever de ressarcimento existe. No transporte gratuito contratual, a exemplo do transporte prestado pelos empregadores aos seus empregados, há benevolência apenas aparente, vinculada ao contrato de trabalho ou aos benefícios prestados pelo empregador para promover o bem-estar dos trabalhadores, visando à melhoria do desempenho laboral, persistindo a responsabilidade civil extracontratual. Quando o transporte é realizado por cortesia ou amizade, há, também, a responsabilidade civil aquiliana, imposta pela lei, ressalvado o direito de ação regressiva em face do preposto que permitiu o transporte.¹⁶ Ressalta Cláudia Lima Marques que, jurisprudencialmente, o entendimento tem sido outro,¹⁷ a exemplo da Súmula nº 145, do STJ.¹⁸

Além do transportador contratual, existe também o transportador de

14 Cf. MONTENEGRO, Antônio Lindbergh C. *Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Anaconda Cultural, 1986, p. 159.

15 Cf. AMARAL Neto, Francisco dos Santos. *Responsabilidade Civil in: FRANÇA, Limongi (coord.). Enciclopédia Saraiva do Direito*. v. 65. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 349.

16 Cf. SILVA, Luiz Cláudio. *Responsabilidade Civil: Teoria e Prática das Ações*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 34-35.

17 Cf. MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 175.

18 Diz a Súmula nº 145, do STJ, *verbis*: "no transporte desinteressado, de simples cortesia, o transportador só será civilmente responsável por danos causados ao transportado quando incorrer em dolo ou culpa grave".

fato.¹⁹ Na Convenção de Guadalajara, de 18 de setembro de 1961, procurou-se unificar certas regras sobre o transportador de fato. Está nela definido como “a pessoa, distinta do transportador contratual que, em virtude da autorização dada pelo transportador contratual, efetua todo ou parte do transporte, sem ser, com relação à dita parte, um transportador sucessivo, no sentido da Convenção de Varsóvia, presumindo-se tal autorização, salvo prova em contrário”.

O contrato de transporte de pessoas inclui a obrigação de transportar a bagagem do passageiro. O fato de haver regulamentação legal não retira o caráter contratual da responsabilidade civil decorrente do contrato de transporte de passageiros, porque, no ato de estabelecimento do contrato, transportador e passageiro nele incorporam as normas legais completivas dessa responsabilidade. “Ter-se-á, portanto, uma responsabilidade fincada em um contrato que abrange, concomitantemente, um dever contratual e outro contratual-legal”.²⁰

4. Responsabilidade do Transportador Aéreo

O problema concernente à responsabilidade das companhias aéreas é dotado de peculiar importância no Direito atual. De fato, as empresas de aviação se enquadram na relação jurídica de transporte e se obrigam às regras jurídicas pertinentes. O transportador, além da obrigação de transportar o passageiro incólume ao seu destino, tem o dever de reparar qualquer eventual dano ocorrido durante a realização do transporte, seja de natureza material ou moral.²¹

É imprescindível, para a existência do nexo causal, que o dano ocorra durante a vigência do contrato de transporte, isto é, a partir do momento em que o indivíduo entra na estação de embarque até o instante em que atravessa o portão de saída da estação de desembarque.²²

A grande dificuldade em relação ao transporte aéreo internacional sempre residiu em saber qual a lei a ser aplicada, e de onde derivaria a responsabilidade do transportador. A solução haveria de ser dada não por um país em particular, ou grupo de países, mas, sim, por uma convenção internacional que abrangesse o maior número possível de países.

A solução adveio com a Convenção de Varsóvia, de 12 de outubro

19 Cf. PACHECO, José da Silva. *Comentários ao Código Brasileiro da Aeronáutica*, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 365.

20 DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. v. 7, 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 328.

21 Cf. SILVA, Luiz Cláudio. *Op. cit.*, p. 91.

22 Cf. DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, p. 330.

de 1929, resultado de esforços iniciados no começo daquela década e que levaram anos para frutificar. A Convenção de Varsóvia foi ratificada por mais de uma centena de países, inclusive pelo Brasil, que a ratificou em 2 de maio de 1931 (Dec. n.º 20.784, de 24-11-1931).²³

5. Convenção de Varsóvia

A “Convenção para Unificação de Certas Regras relativas ao Transporte Aéreo”²⁴ destina-se a disciplinar o transporte aéreo internacional. Conforme o disposto em seu art. 1º, transporte aéreo internacional é aquele cujos pontos de partida e ponto de destino, haja ou não interrupção de transporte ou baldeação, estejam situados no território de duas Altas Partes Contratantes, ou mesmo no de uma só, havendo escala prevista em território sujeito à soberania ou autoridade de outro Estado, seja ou não contratante.

Será, então, internacional, o transporte no qual a aeronave sai do território de um país e ingressa no de outro, independentemente de consistir no seu destino ou tratar-se, tão-somente, de uma escala. “Mostrase despidiendo, para caracterização do transporte internacional, o fato de a transportadora ser ou não empresa aérea nacional.”²⁵

A Convenção de Varsóvia sofreu diversas modificações, desde 1929. Foi alterada, em parte, pelo Protocolo de Haia, de 28 de setembro de 1955, e complementada pela Convenção de Guadalajara (1961), pelos Protocolos da Guatemala (1971) e de Montreal (1975). A Convenção de Varsóvia, em sua forma original e emendada, está em vigor há 70 anos aproximadamente, e é a Convenção Internacional de Direito Privado que maior número de vezes foi ratificada.

6. Da cláusula de não indenizar

A cláusula de não indenizar não possui grande aceitação no nosso ordenamento jurídico. É importante mencionar, por exemplo, a Súmula n.º 161 do Supremo Tribunal Federal, que considera inoperante este tipo de cláusula no contrato de transporte. O art. 23 da Convenção de Varsóvia

23 Cf. RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Responsabilidade Civil*. 15. ed. v. 4. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 241.

24 ARAÚJO, Luis Ivani de Amorim. *Curso de Direito Aeronáutico*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 69.

25 STOCO, Rui. *Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 184.

tornou nula e de nenhum efeito a cláusula de não indenizar.²⁶ Em verdade, tanto a cláusula de não indenizar, quanto a destinada a estabelecer limite inferior ao fixado na Convenção, é considerada nula de pleno direito.

Pelo Código Brasileiro da Aeronáutica, é nula a cláusula que exonerar a responsabilidade do transportador ou, conforme o art. 247, fixar limite de indenização inferior ao previsto nos arts. 246, 257, 260 e 262. A nulidade não atinge todo o contrato de transporte, restringindo-se à cláusula proibida.

A esse respeito, a jurisprudência francesa, em aplicação da Lei de 31 de maio de 1924, declarava que as cláusulas de não-responsabilidade eram sem efeito sobre a responsabilidade delitual do transportador, declarando o art. 41 que "nulle toute clause ayant pour effect d'exonérer le transporteur de ses fautes personnelles". A Lei Alemã, de 31 de agosto de 1922, admitia a exoneração das faltas pessoais, salvo no caso de dolo ou ofensa aos bons costumes. A Lei Suíça tendia para uma responsabilidade objetiva, mas ressalvando a possibilidade de celebração de acordos convencionais de exoneração. A Tchecoslováquia, a Iugoslávia e o Chile previam a possibilidade de inclusão das cláusulas, sendo, porém, de eficácia variável. O Decreto Italiano de 20 de agosto de 1923 declarava nulas todas as cláusulas de irresponsabilidade, no tocante ao contrato de transporte aéreo de pessoas.²⁷

Muito comum era, no período anterior à vigência de dispositivos contrários à inclusão, a utilização das cláusulas de não indenizar, tendo por base o próprio *risco do ar*²⁸ e em virtude da sujeição do transportador ao direito comum. Entendemos que a proibição de sua utilização representou um progresso considerável.

7. Da responsabilidade objetiva

A teoria da responsabilidade objetiva possui dois aspectos peculiares, que lhe servem de fundamentação e justificativa. Em primeiro plano, estão os incidentes que ocorrem na utilização da aeronave, envolvendo o exercício efetivo da navegação e dos transportes aéreos, os quais podem ser estudados à luz do princípio do risco criado e da responsabilidade so-

26 Diz o art. 23 da Convenção de Varsóvia, de 12 de outubro de 1929, *in verbis*: "Será nula e de nenhum efeito toda e qualquer cláusula tendente a exonerar o transportador de sua responsabilidade ou a estabelecer limite inferior ao que lhe fixa a presente Convenção, mas a nulidade desta cláusula não acarreta a nulidade do contrato, que continuará regido pelas disposições da presente Convenção."

27 Cf. MOURA, Geraldo Bezerra de. *Transporte Aéreo e Responsabilidade Civil*. São Paulo: Aduanciras, 1992, p. 250.

28 Cf. RODRIGUES, Sílvio. *Op. cit.*, p. 244.

lidária. Em segundo, a posição de desigualdade existente entre o empresário e a vítima, sobretudo nos casos previstos na Convenção de Roma (1952), dos quais não pode o indivíduo fugir ou defender-se, dado o modo brusco e violento pelo qual o sinistro ocorre.

Há, pela teoria, uma presunção de responsabilidade do transportador, invertendo, assim, o ônus da prova. Quando se encaminha para a especialização da culpa presumida, ocorre apenas uma inversão do *onus probandi*. Cabe, neste caso, ao transportador, demonstrar a ausência de culpa, para eximir-se do dever de indenizar.²⁹

Pelo art. 17 da Convenção de Varsóvia, responde o transportador pelo dano ocasionado, “desde que o acidente que causou o dano haja ocorrido a bordo da aeronave ou no curso de quaisquer operações de embarque e desembarque”. O Acordo Privado de Montreal, de 4 de maio de 1966, além de elevar o teto indenizatório, trouxe a assunção, pelos transportadores, da obrigação de não invocar o art. 20 da Convenção de Varsóvia. Como este artigo exonerava da responsabilidade o transportador que provasse a isenção de culpa, a renúncia ao direito de invocá-lo transformou em objetiva a responsabilidade do transportador aéreo. O Protocolo firmado na Guatemala, em 1971, também tornou objetiva a responsabilidade do transportador.

Sendo, a responsabilidade, objetiva, inexistente preocupação com o elemento subjetivo culpa, devendo existir, tão-somente, o liame entre a causa e o efeito, bem como a previsão em lei da obrigação de indenizar. “Não se exige prova de culpa do agente para que seja obrigado a reparar o dano. Em alguns casos, ela é presumida pela lei. Em outros, é de todo prescindível”³⁰. O elemento culpa é despicendo.

“Embora a responsabilidade do transportador aéreo decorra de contrato, mostra-se impróprio falar em culpa ou dolo para ensejá-la, até porque incide na hipótese o art. 37, § 6º da Constituição Federal, que determina a responsabilidade objetiva dos permissionários e concessionários de serviços públicos”³¹.

A teoria da responsabilidade civil objetiva surgiu da necessidade de se dar maior amplitude à responsabilidade civil, como justiça social, incluindo na indenização muitos casos que escapariam do âmbito legal, se

29 Cf. STOCO, Rui. *Responsabilidade civil pela prática de atos lícitos*. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, ano 85, v. 731, 1996, p. 87.

30 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 18.

31 STOCO, Rui. *Responsabilidade Civil no Transporte Aéreo: Atraso no Voo e Extravio de Bagagem* in: *Repertório IOB de Jurisprudência*. n. 18, caderno 3, 1999, p. 433.

se mantivesse a responsabilidade exclusivamente amparada na culpa.³² “A empresa que opera o transporte aéreo, a seu proveito, deverá assumir o risco integral pelos danos causados às pessoas e coisas transportadas, eximindo-se exclusivamente por força maior ou caso fortuito”.³³

Convém observar que a teoria do risco é fonte da responsabilidade objetiva. O que tem feito esta teoria é tirar a culpa como elemento integrador da responsabilidade, analisando-se, única e exclusivamente, o nexo causal, sem cogitações subjetivas. Há, também, a teoria da culpa *in abstracto*, para qual é irrelevante o lado psicológico do agente, considerando a conduta do autor do dano como diligência comum da conduta humana.³⁴

8. Da indenização limitada

A Convenção de Varsóvia, de 1929, limitou, no art. 22, a responsabilidade do transportador a cento e vinte cinco mil francos, “constituídos de sessenta e cinco e meio miligrama de ouro, ao título de novecentos milésimos de metal fino, embora convertidos, em números redondos, na moeda nacional de cada país”. A fixação de um teto indenizatório inspira-se na teoria do risco do ar - o passageiro, ao embarcar em uma aeronave, consciente de que o transporte aéreo ainda não é revestido de total segurança, também assume parte do risco.

O Protocolo de Haia, de 1955, promulgado pelo Dec. n.º 56.463 de 15.06.65, deu nova redação ao art. 22, da Convenção de Varsóvia, para limitar a responsabilidade a duzentos e cinquenta mil francos-ouro por passageiro. O Protocolo Adicional n.º 1 de Montreal, de 1975, aprovado pelo Decreto Legislativo n.º 22, de 28 de maio de 1979, fixou o limite de responsabilidade do transportador em 8.300 Direitos Especiais de Saque por passageiro.

“Para evitar os problemas de conversão da moeda, a comunidade aeronáutica internacional substituiu o franco-ouro Poincaré pelos Direitos Especiais de Saque (DES), como consta nos Protocolos de Montreal, de 1975, que tivemos a honra de firmar, como Plenipotenciário do Brasil, sem alterar a substância da Convenção de Varsóvia-Haia”.³⁵

32 Cf. JORDÃO Filho, Ângelo. *Do Lícito ao Ilícito*. Recife: Cia. Editora de Pernambuco, 1978, p. 41-42.

33 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 239-240.

34 Cf. ALBERTON, Genacéia da Silva. *Op. cit.*, p. 122.

35 PACHECO, José da Silva. *Op. cit.*, p. 425.

Quanto à limitação na legislação brasileira, a princípio vigorava o Código Civil, sem limitação, por força do art. 84 do Dec. n.º 16.983, de 22 de julho de 1925. O Código Aeronáutico de 1938 limitou em cem contos de réis por pessoa (art. 91). A Lei n.º 4.221/63, fixou em 150 vezes o salário mínimo, por passageiro (art. 103). A Lei n.º 4.623/67, em 3.500 Obrigações do Tesouro Nacional (OTN) por passageiro, no caso de morte ou lesão, e 150 OTN no caso de atraso do vôo. Com a extinção da OTN, prevaleceu o valor do título de Obrigação do Tesouro Nacional, que a substituiu com eficácia similar, e, agora, o valor correspondente, em moeda nacional.

Com a vigência do Código do Consumidor, a questão originou inúmeras divergências. Alguns autores, como Sérgio Cavalieri Filho,³⁶ afirmam que, como o Código do Consumidor integralizou o dever de indenizar, as hipóteses de limitação estariam afastadas. Outros sustentam que, em caso de conflito entre lei interna - o Código - e o tratado - Convenção de Varsóvia -, prevalece o tratado.

Após as alterações da Convenção de Haia (1955) e Protocolo de Montreal (1975), deu-se nova redação ao art. 25 da Convenção de Varsóvia, restando inaplicáveis os limites quando o dano resultar de uma ação ou omissão do transportador ou de seus prepostos, cometidas com a intenção de causar dano ou, temerariamente, e com consciência de que provavelmente o causaria.³⁷ “Os remendos dos Protocolos de Haia e Guatemala, assinados pelo Brasil, não evitam a floresta de centenas de combinações possíveis para indenizatórias internacionais”.³⁸

Julgados consideram que a indenização para ressarcimento de danos oriundos de problemas ocorridos durante o transporte aéreo deve ser a mais completa possível, restando inaplicável a chamada indenização tarifária. A indenização há de alcançar não apenas o contratante de fato, como também os tripulantes, diretores e empregados em viagem na aeronave, sem prejuízo de eventual indenização por acidente de trabalho, e, ainda, os passageiros que viajem por cortesia.

36 Cf. CAVALIERI Filho, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Ltda, 2000, p. 233-234.

37 *In verbis*: “Art. 25. No transporte de passageiros e de bagagem, os limites de responsabilidade previstos no art. 22 não se aplicam se for provado que o dano resulta de ação ou omissão do transportador ou de seus prepostos, cometidas com a intenção de causar dano ou, temerariamente, e com consciência de que provavelmente o causaria; todavia, no caso de ação ou omissão de prepostos, dever-se-á provar, igualmente, que agiram no exercício de suas funções”.

38 GUIMARÃES, Renato. *Responsabilidade Civil no Transporte Aéreo in: Responsabilidade Civil: Temas Atuais*. Recife: Bagaço, 2000, p. 90.

9. Causas Excludentes da Obrigação de Indenizar

O prejuízo ou dano, como se sabe, é condição de configuração do dever de indenizar. Além disso, para haver responsabilidade civil, o dano deve ser consequência da ação ou omissão da parte determinada a evitá-lo. É necessário, ainda, que seja certo, previsível e evitável.

Tomando por base a questão da 'previsibilidade', convém a referência às causas de exclusão da responsabilidade.

É comum encontrar na doutrina a admissão à sinonímia entre os termos 'caso fortuito' e 'força maior'. Verifica-se, entretanto, que fortuitos são os casos imprevisíveis que acontecem por uma força impossível de ser evitada. Na força maior, por sua vez, o fato é previsível, mas inevitável, por ser mais forte que a vontade humana. Para os romanos, fortuito seria o acontecimento imprevisível e, por isso mesmo, irresistível (*quo nullum humanum consilium praevidere potest*), e a força maior, o acontecimento que, embora previsível, era impossível de ser resistido (*omnem vim cui resisti non potest*).

Ambos são provocados pela natureza. Note-se que não é a simples possibilidade de previsão que imputa a responsabilidade, como bem acen-tua Luiz Cláudio Silva,³⁹ pois casos há em que o fato é previsível, mas é impossível determinar o lugar, o momento ou o modo de sua ocorrência.

Quanto ao caso fortuito, a doutrina o vem classificando em *interno* - decorrente de fato imprevisível e inevitável ligado à organização da empresa de transporte aéreo -, e *externo* - decorrente de fato estranho à organização da empresa. Consoante a doutrina, o caso fortuito interno não exime a empresa da responsabilidade, pois, embora imprevisível, a sua ocorrência está relacionada à sua organização. O externo, por sua vez, é causa excludente da obrigatoriedade de reparar o dano pelo transportador.

Quanto ao fato exclusivo de terceiro, o Código do Consumidor, em seu art. 14, § 3º, II, exonera o prestador de serviço - transportador - da obrigação de indenizar.⁴⁰ Luiz Cláudio Silva entende que "por força da cláusula de incolumidade e da responsabilidade objetiva do transportador, não pode ser ele eximido da responsabilidade de indenizar o passageiro quando experimentar um dano provocado por fato exclusivo de terceiro, pois, por força da referida cláusula, está obrigado a transportar o passageiro ao seu destino são e salvo".⁴¹

39 Cf. SILVA, Luiz Cláudio. *Op. cit.*, p. 30.

40 Note-se que o Decreto Legislativo n.º 2681/12, art. 17, não incluiu o fato exclusivo de terceiro como causa de exclusão da responsabilidade do transportador. O STF, na Súmula n.º 187, imputou a responsabilidade ao transportador por culpa de terceiro, tendo apenas ação regressiva o transportador.

41 SILVA, Luiz Cláudio. *Op. cit.*, p. 31.

Tanto a doutrina quanto a Jurisprudência vêm considerando o fato exclusivo de terceiro como causa de exclusão da responsabilidade de indenizar, quando o terceiro agiu dolosamente para o evento danoso. É importante analisar se seria exigível uma conduta diversa do transportador no sentido de evitar o dano.

Por fim, com relação ao fato exclusivo do passageiro - culpa exclusiva da vítima -, só há exclusão da responsabilidade quando a culpa do passageiro for *exclusiva* para a ocorrência do dano, afastando, assim, a responsabilidade do transportador. A conduta da vítima elimina a causalidade.

10. Da indenização por Dano Moral

Uma questão de profunda relevância diz respeito à indenização por dano moral. Há dano moral quando o prejuízo toca os bens de ordem moral. “É o efeito não patrimonial da lesão de direito e não a própria lesão, abstratamente considerada”.⁴²

Inúmeras foram as discussões doutrinárias e jurisprudenciais quanto à possibilidade de indenização por dano moral.

A teoria sobre a reparabilidade do dano moral, embora existente desde a antigüidade, sofreu inúmeros ataques, evoluindo lentamente até chegar à concepção atual. Na Babilônia, a abordagem ao tema já se fazia presente no Código de Hamurabi, em que, ao lado da vingança (Lei de Talião), admitia-se, também, a reparação da ofensa mediante pagamento de importâncias em dinheiro, surgindo, assim, o embrião da “teoria da compensação econômica”. No Código de Manu, na Índia, havia, também, pena pecuniária para certos danos extrapatrimoniais, como, por exemplo, a condenação penal injusta.

A partir da *Lex Aquilia* (286 a.C.) e, principalmente, com o *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano, houve uma ampliação no campo da reparabilidade do dano moral. No direito moderno, revelou-se penosa a elaboração da teoria de uma ampla reparabilidade do dano moral. Somente se admitia indenização para lesões extrapatrimoniais quando, para certos e determinados eventos, houvesse prévia e expressa previsão de sanção civil pecuniária.⁴³

Prevalcia o rigor jurisprudencial, segundo o qual não se aceitava a reparação pecuniária para os casos de dano moral, por se acreditar que as

42 PEDROTTI, Irineu Antônio. *Responsabilidade Civil*. v. 2. São Paulo: Universitária de Direito Ltda, 1990, p. 979.

43 Cf. THEODORO Júnior, Humberto. *Dano Moral*. 3. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000, p. 03-04.

ofensas aos bens de ordem moral - liberdade, honra, família, etc. - não teriam preço, sendo, assim, impossível a realização de uma estimativa em dinheiro que correspondesse à extensão do dano. "A propriedade imaterial e os valores psíquicos da vida não podem ser cotejados em tabelas monetárias".⁴⁴

Em seguida, a Jurisprudência e grande parte da doutrina passaram a admitir a 'indenização condicionada'. Em outras palavras, o dano moral só seria reparável se dele decorresse algum dano patrimonial.

No Brasil, a doutrina majoritária defendia a tese de que o art. 159 do Código Civil, ao disciplinar a responsabilidade civil aquiliana e ao mencionar a reparabilidade de qualquer dano, estaria incluindo, em sua sanção, tanto o dano material como o moral. Com a Constituição de 1988, veio, finalmente, o enunciado do princípio geral que pôs fim às vacilações e resistências dos tribunais (art. 5º, V e X), tornando certa a possibilidade de indenização por dano moral.

Observa-se a chamada 'indenização ampla', pela qual todo dano deve ser ressarcido. "Com efeito, o legislador constituinte enfatizou o cabimento de indenização por dano moral em certos casos de violação a direitos fundamentais, mas sem o intuito de afastar sua natural incidência em hipóteses paralelas, de violação a outros direitos expressamente garantidos no mesmo texto".⁴⁵

Ocorrendo violação à moral, a reparação é plenamente possível, por ser admissível a reparação exclusivamente a título de dano moral, cuidando-se do *dano moral puro*, em que não houve qualquer ofensa a bens materiais.

A indenização por dano moral puro se faz, à evidência, por meio da fixação de uma quantia em dinheiro que tem por finalidade a função satisfatória para a vítima, como forma de se ver lenida a dor sofrida, mercê da violação de sua moral, já tendo sido jurisprudencialmente decidido que, se a dor não tem preço, a atenuação tem. Tendo havido dano à honra da vítima, impossível será a volta ao '*status quo ante*'. Entretanto, com a indenização pecuniária pretende-se outorgar à pessoa lesada uma espécie de retribuição pela indevida ofensa ocorrida contra sua honra.⁴⁶

A grande dificuldade reside na fixação de um *quantum indenizatório* para os casos de dano moral. De fato, pela dificuldade em se estabelecer a

44 KICH, Bruno Canísio. *Responsabilidade Civil: teoria, legislação e jurisprudência*. Campinas: Agá Juris, 1999, p. 30.

45 OLIVEIRA, Euclides de. "Dano Moral: conceito e valor para fins de indenização" in: *Repertório IOB de Jurisprudência*. n.º 12. caderno 3. 1998, p. 247.

46 Cf. PARIZATTO, João Roberto. *Dano Moral*. Minas Gerais: Edipa, 1998, p. 5-7.

equivalência entre o dano moral e o ressarcimento, conclui-se que a reparação nunca é perfeitamente igual ao prejuízo. A fixação do valor não encontra parâmetros ou critérios objetivos, devendo ser estimada em valor razoável e consentâneo.

A lei confere ao juiz poderes para determinar o valor estimativo pelo dano moral. Cabe ao magistrado, mediante uma apreciação equitativa e discricionária, colocar-se como homem comum e determinar se o fato contém os pressupostos do ilícito e, conseqüentemente, o dano e o valor da reparação.⁴⁷ “O juiz ao apreciar o caso concreto submetido a exame fará a entrega da prestação jurisdicional de forma livre e consciente, à luz das provas que forem produzidas (...). Os usos e costumes de cada lugar, simultaneamente com a legislação pertinente e com os princípios consentâneos de equidade, devem, sem dúvida, servir de supedâneo para a estimativa”.⁴⁸

No tocante à reparabilidade por dano moral no transporte aéreo, nem o Código Brasileiro da Aeronáutica, nem a Convenção de Varsóvia, trataram desta hipótese indenizatória. Na linha de proteção do usuário-consumidor, a Súmula nº 37, do STJ, consolidou a possibilidade de, em caso de acidente no transporte, cumular o ressarcimento do dano material contratual com o de dano imaterial ou moral.⁴⁹

A indenização não segue qualquer espécie de limitação. O transportador fica sujeito à responsabilidade civil pela reparação dos danos morais experimentados pelo passageiro, configurado pelo sentimento de desconforto, de constrangimento, aborrecimento e humilhação, advindos de alguma ação ou omissão do transportador, não se aplicando para efeito de fixação do *quantum* indenizatório a tarifa fixada pela Convenção de Varsóvia, estipulada para os danos materiais, pois estes são de natureza diversa do dano moral.⁵⁰ Deverá, sim, ser determinada pelo juiz.

11. Considerações Finais

Percebe-se, a partir desta análise, a grande e crescente importância da responsabilidade civil na atualidade, principalmente por consistir em um tema abrangente, cujas repercussões atingem toda a sociedade.

As mudanças nas relações sociais, oriundas das inovações do mundo moderno, atribuem o caráter de necessidade às discussões acerca da

47 Cf. AMARANTE, Aparecida I. *Responsabilidade Civil por Dano Moral*. Belo Horizonte: Del Rey, 1991, p. 274.

48 PEDROTTI, Irineu Antônio. *Op. cit.*, p. 982.

49 Cf. MARQUES, Cláudia Lima. *Op. cit.*, p. 175

50 Cf. SILVA, Luiz Cláudio. *Op. cit.*, p. 91.

responsabilidade civil. Atualmente, já não basta a velha prescrição romana do *'neminem laedere'*. O homem não mais silencia quando sofre danos injustos, sejam estes materiais ou morais. Consciente de seus direitos, ele passa a apontar os responsáveis pelo ressarcimento do dano sofrido, e dispõe de meios para tal.

Em verdade, falta, no Direito Positivo, um tratamento mais atencioso a esta questão. Torna-se imprescindível a edição de uma lei única fixando limites, valores e critérios para a indenização de danos ocorridos durante o curso do transporte, em suas inúmeras modalidades.

Há, vê-se, um longo caminho a percorrer no sentido da estruturação completa e definitiva da responsabilidade civil em nosso ordenamento jurídico. Dever-se-á, por enquanto, adaptar as normas já existentes à realidade atual, atribuindo-se-lhes um sentido coerente com o comportamento e pensamento social, no momento de sua aplicação.

12. Referências Bibliográficas

12.1. Artigos:

1. AGLIANO, Humberto. *Limites de La Responsabilidad Civil*. Revista Jurídica. San Miguel de Tucuman. N. 20, 1969.
2. ALBERTON, Genacéia da Silva. *Ato Ilícito e Solidariedade em Acidente de Trânsito*. Ajuris. Rio de Janeiro. n. 48, v. 43/49, 1990.
3. AMARAL Neto, Francisco dos Santos. *Responsabilidade Civil in: FRANÇA, Limongi (coord.). Enciclopédia Saraiva do Direito*. v. 65. São Paulo: Saraiva, 1977.
4. AMARANTE, Aparecida I. *Responsabilidade Civil por Dano Moral*. Belo Horizonte: Del Rey, 1991, p. 274.
5. AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Responsabilidade Civil in: FRANÇA, Limongi (coord.). Enciclopédia Saraiva do Direito*. v. 65. São Paulo: Saraiva, 1977.
6. GOMES, Orlando. *Direitos da Personalidade e Responsabilidade Civil*. Revista de Direito Comparado Luso-brasileiro. Rio de Janeiro. n. 2, ano II, 1983.
7. GUIMARÃES, Renato. *Responsabilidade Civil no Transporte Aéreo in: Responsabilidade Civil: Temas Atuais*. Recife: Bagaço, 2000.
8. GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Responsabilidade Civil; breves notas*. Revista de Direito. Guanabara. n. 2, ano 1, v. 2, 1967.
9. MELO, Albertino Daniel de. *Estudo sobre o fundamento da Responsabilidade Civil*. Revista de Direito Civil. São Paulo. a. 2, 1978.

10. MUNIZ, Manuel Granell. *Fundamento Filosófico de la Responsabilidad*. Cuadernos de las Facultades. Panamá. n. 4, 1966.
11. OLIVEIRA, Euclides de. *Dano Moral: conceito e valor para fins de indenização in: Repertório IOB de Jurisprudência*. n 12. caderno 3. 1998.
12. STOCO, Rui. *Responsabilidade civil pela prática de atos lícitos*. Revista dos Tribunais. São Paulo. a. 85, v. 731, 1996.
13. _____. *Responsabilidade Civil no Transporte Aéreo: Atraso no Voo e Extravio de Bagagem in: Repertório IOB de Jurisprudência*. n 18. caderno 3, 1999.

12.2. Livros

1. CAVALIERI Filho, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Ltda, 2000.
2. DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. v. 7. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
3. GOMES, Orlando. *Obrigações*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
4. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
5. JORDÃO Filho, Ângelo. *Do Lícito ao Ilícito*. Recife: Cia. Editora de Pernambuco, 1978.
6. KICH, Bruno Canísio. *Responsabilidade Civil: teoria, legislação e jurisprudência*. Campinas: Agá Juris, 1999.
7. LIMA, Alvino. *Culpa e Risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1960.
8. MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
9. MONTENEGRO, Antônio Lindbergh C. *Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Anaconda Cultural, 1986.
10. MOURA, Geraldo Bezerra de. *Transporte Aéreo e Responsabilidade Civil*. São Paulo: Aduaneiras, 1992.
11. PACHECO, José da Silva. *Comentários ao Código Brasileiro da Aeronáutica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
12. PARIZATTO, João Roberto. *Dano Moral*. Minas Gerais: Edipa, 1998.
13. PEDROTTI, Irineu Antônio. *Responsabilidade Civil*. v. 2. São Paulo: Universitária de Direito Ltda, 1990.
14. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

15. PRATA, Ana. *Dicionário Jurídico*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1996.
16. RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil: Responsabilidade Civil*. 15. ed. v. 4. São Paulo: Saraiva, 1997.
17. SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. v. III. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.
18. SILVA, Luiz Cláudio. *Responsabilidade Civil: Teoria e Prática das Ações*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
19. STOCO, Rui. *Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
20. THEODORO Júnior, Humberto. *Dano Moral*. 3. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

ASPECTOS DOGMÁTICOS DOS GRUPOS ECONÔMICOS

Danielle Menezes Evangelista (Aluna do 9º período da Graduação em Direito, da UFPE, Pesquisadora do PIBIC/CNPq)

Giovanna Maria Vieira de Medeiros (Aluna do 9º período da Graduação em Direito, da UFPE, Monitora de Direito Processual Civil 2)

Mariana de Andrade Ferreira Cavalcanti (Aluna do 9º período da Graduação em Direito, da UFPE)

Sílvia Regina Pontes Lopes (Aluna do 8º período da Graduação em Direito, da UFPE)

Sumário: 1. Introdução; 2. Evolução histórica; 3. Dos grupos de fato; 3.1. Sociedades coligadas, controladoras e controladas; 3.2. Participações recíprocas; 3.3. Responsabilidade dos administradores e das sociedades controladoras; 4. Dos grupos de sociedades; 4.1. Da composição dos grupos de sociedade; 5. A *holding*; 6. Grupos econômicos e a CLT; 6.1. Grupo econômico como uma sociedade de fato; 6.2. Responsabilidade *externa corporis*; 6.3. Credores trabalhistas; 7. Conclusão; 8. Bibliografia.

1. Introdução

Estamos vivendo a época das grandes concentrações empresariais. Pode-se dizer que elas inauguram uma nova fase do capitalismo, pois representam, hoje, um instrumento fundamental na obtenção de lucros, na medida em que racionalizam os esforços e recursos de cada sociedade, voltadas para um objetivo comum, que é o de obter o máximo com o mínimo de investimento possível.

Tal concentração empresarial se deu justamente em virtude da realidade econômica imposta pelo capitalismo. O gradativo desenvolvimento de novas características das atividades econômicas, tais como evolução tecnológica e progresso dos transportes e das comunicações, trouxe a necessidade de as empresas se fortalecerem com o fim precípuo de dominar

mercados. Esse fortalecimento só pôde ser concretizado com a união de esforços, a qual se exteriorizou com a formação dos grupos societários.

Basicamente, tais grupos aparecem sob duas modalidades: de fato e de direito. Os primeiros são formados por sociedades que mantêm um relacionamento empresarial através de participação acionária, sem a necessidade de formalização jurídica. As integrantes dessa espécie de concentração de empresas não perdem sua autonomia, ou seja, não há a formação de uma estrutura organizacional que as vincule ao grupo. Os grupos de direito, por sua vez, são constituídos através de uma convenção levada a registro. É errônea a concepção de que ambos os grupos devem ser formados por sociedades que possuam interligação de atividades, pois, muitas vezes, eles são formados por empresas de ramos diferentes e até com imensa distância geográfica.

Tais agrupamentos se constituem no objeto do presente estudo, o qual se propõe a analisar alguns dos temas a eles relacionados, tais como sua evolução histórica, os chamados grupos de direito e os de fato, *holding* e suas implicações no ordenamento jurídico.

2. Evolução histórica

Com o desenvolvimento do capitalismo, evidenciou-se uma tendência, que foi se acentuando, referente a uma política inter-empresas. Após a 1ª Guerra Mundial, essa tendência se difundiu largamente pela Europa, sobretudo na Alemanha, porém, somente após a Segunda Grande Guerra, é que as empresas procuraram se fortalecer a fim de desenvolver-se tecnologicamente e de dominar os mercados de produção e consumo, buscando exercer cada vez mais influência sobre o meio sócio-econômico em que atuavam. Esta concentração de empresas desde então vem sendo feita de duas formas: 1) por integração absoluta, quando leva à perda de sua feição jurídica própria, pois se atinge diretamente as pessoas jurídicas exploradoras das atividades da empresa, como é o caso da transformação, fusão e incorporação de empresas; e 2) por integração relativa, quando se formam legítimas associações de empresas, na quais elas não perdem a sua autonomia individual, já que as pessoas jurídicas são preservadas. É justamente deste segundo tipo que iremos tratar neste trabalho.

A concentração de empresas ocorre, segundo a maioria dos autores, desde os fins do século XVIII. Somente em 1838, porém, foi promulgada a primeira lei que permitiu a participação de uma sociedade em outra, em New Jersey, nos Estados Unidos. O exemplo não tardou a ser seguido por outros países que passaram, gradativamente, a incluir disposições a esse respeito em suas legislações. Foi, entretanto, uma lei alemã, de 1937, a

primeira a definir o grupo de sociedades ou *konzern*. Posteriormente, numa outra de 1965, esse instituto foi regulado de forma mais detalhada, influenciando o Direito europeu e o latino-americano, seu art. 18 declarava: "Se uma empresa dominante e uma ou várias empresas dependentes se encontram reunidas sob a direção única da empresa dominante, elas constituem um *konzern*."

A legislação brasileira anterior à lei 6.404/76 não cogitou da disciplina jurídica dos grupos econômicos. Apenas artigos de leis específicas, como a CLT, a Lei do Imposto de Renda, a Lei dos Impostos sobre Produtos Industrializados e um artigo do antigo Decreto-lei 2.627, de 1940, aludiam aos grupos econômicos. Influenciada pela legislação alemã, foi a atual Lei das Sociedades Anônimas - Lei 6.404 de 1976 -, que pela primeira vez disciplinou de maneira sistemática a concentração de empresas no Brasil. Ela dispõe não apenas regras em que as relações são encaradas isoladamente - caso dos **grupos de fato** - mas também regras que limitam essas relações através de uma convenção, que forma um grupo no qual é mantida a personalidade e o patrimônio de cada sociedade, caso dos **grupos de direito**.

Devido à forte influência dos grupos econômicos na sociedade, o Estado, para proteger a Ordem Econômica, muitas vezes procura reprimir os abusos cometidos pelas empresas. Entre os princípios presentes na Constituição Federal como norteadores da Ordem Econômica estão a liberdade de iniciativa e a livre concorrência (art. 170, inciso IV e parágrafo único). Tais princípios, fundamentais no liberalismo econômico, vêm sendo limitados pelo desenvolvimento do poder econômico privado, fundado principalmente na concentração de empresas, a qual coloca óbices e até mesmo impede a expansão das pequenas iniciativas econômicas. É perceptível o enfraquecimento do princípio da livre concorrência, mormente depois que o capitalismo passou a adquirir a forma oligopolista. A economia, no entanto, depende das grandes empresas e de seus agrupamentos e esta é uma realidade fundamental ao atual estágio do capitalismo.

3. Dos grupos de fato

3.1. Sociedades coligadas, controladoras e controladas

De acordo com a Lei 6.404/76, o fundamento diferenciador das modalidades de participação societária é a existência ou não de controle entre as sociedades, sendo, de acordo com este critério, as sociedades participantes do grupo de fato classificadas em coligadas, controladoras e controladas.

O artigo 243, da lei das sociedades por ações, define quais são as empresas formadoras do grupo de fato. De sua leitura, depreende-se que: **coligadas** são as sociedades em que uma possui 10% ou mais do capital da outra, sem controlá-la. Cabe salientar que essa participação pode até ultrapassar 50% do capital sem que haja o controle, uma vez que este decorre da propriedade das ações votantes. É que o capital de uma sociedade anônima é formado por ações que dão direito a voto nas assembleias da companhia e outras que assim não o fazem, exercendo o controle aquele que possuir a maioria das ações votantes (ordinárias). Na coligação, faz-se mister realçar que a coligada possui uma porção do capital sem direito a voto e, por isso, não exerce nenhuma forma de controle sobre a outra. As empresas se relacionam de forma horizontal, em clara coordenação.

Quando existe controle de umas sobre as outras, as sociedades **controladoras** são as que possuem, direta ou indiretamente, direitos de sócio que lhes asseguram, **de modo permanente**, preponderância nas deliberações sociais e poder de eleger a maioria dos administradores das **controladas**, de forma que, entre elas, instala-se uma relação de subordinação. É, portanto, necessário que aquelas sociedades possuam a maioria de ações com direito a voto. Neste diapasão, vale ressaltar a opinião do eminente jurista ARNOLDO WALD¹, para quem o controle em uma sociedade pode ser alcançado não somente por meio da propriedade da maioria do capital votante, mas também em virtude de normas estatutárias, acordo entre acionistas (previsto no artigo 118) ou situação fática. Dessa opinião compartilha WALDÍRIO BULGARELLI, que considera a conceituação de controle dada pela Lei bastante imperfeita, na medida em que este não decorre necessariamente da titularidade de direitos de sócio. Outra crítica feita pelos juristas é quanto à expressão “de modo permanente”, utilizada pelo legislador. Muitos a consideram imprecisa, dado que, na prática, a preponderância nas assembleias é conseguida de maneira eventual. FRAN MARTINS interpreta a dita expressão como equivalente a “em qualquer circunstância”. A esse respeito foi editada a Resolução n.º 401, do Banco Central, que aparentemente esclarecia o tal conceito de permanência, estabelecendo que esta seria a maioria nas três últimas assembleias gerais da companhia. Contudo, tal disposição não logrou êxito, uma vez que, conforme já salientado, a maioria nessas assembleias é algo extremamente ocasional. Conclui-se, então, que a *mens legis* indica que a permanência se dá em face da **continuidade** do controle da sociedade controladora perante a controlada.

¹ Cf. WALD, Arnoldo. *Algumas considerações sobre as sociedades coligadas e os grupos de sociedades na nova lei das sociedades anônimas*. *Caderno de Direito Privado*. Niterói: v.1, n.º.1, 1978, p.89.

3.2. Participações recíprocas

O artigo 244, da supramencionada Lei, veda a participação recíproca entre a companhia e suas coligadas e controladas, o que quer dizer que a troca de participação no capital entre as sociedades é prática abominada pela lei brasileira. Tal proibição é plenamente justificável, uma vez que, se duas sociedades participarem reciprocamente uma do capital da outra, criar-se-á uma situação fictícia extremamente prejudicial, pois que, para os terceiros, o capital de ambas aparecerá aumentado, quando, na realidade, não sofreu qualquer alteração. É que uma participação anula a outra, o que ocorre tanto nos casos de participação **direta**, em que as sociedades participam diretamente uma do capital da outra (A participa de B, que participa de A); quanto **indireta**, em que uma sociedade participa do capital de outra, esta do capital de uma terceira e a terceira do capital da primeira (A participa de B, B de C e, por fim, C de A). Essa última modalidade é chamada também de participação circular. O fito do legislador brasileiro foi, portanto, preservar a integridade do capital social, mormente na sua função de garantia dos credores.

A regra geral de vedação da participação recíproca sofre exceção com relação ao caso de doação ou de aquisição de ações para a permanência em tesouraria ou cancelamento, desde que esta compra seja feita com o saldo de lucros ou reservas, exceto a legal, e sem diminuição do capital social. Trocando em miúdos: se as ações forem doadas para a empresa ou ela as comprar com o saldo de lucros ou reservas, para manter em tesouraria ou cancelamento, não caberá a proibição. Note-se que as ações são adquiridas pelo valor do saldo das contas de lucros ou reservas, contudo, se essas contas sofrerem redução, manda a lei que a sociedade aliene as ações que ultrapassem o valor delas.

A compra de ações ou quotas causando participação recíproca gera a responsabilidade civil dos administradores e essa operação, para efeitos penais, equipara-se à aquisição ilegal das próprias ações. A ação cabe aos acionistas ou aos credores sociais.

3.3. Responsabilidade dos administradores e das sociedades controladoras

Os administradores não podem, em prejuízo de sua companhia, favorecer sociedade controlada, controladora ou coligada, cumprindo-lhes zelar para que as operações entre as sociedades, se houver, observem condições estritamente comutativas, ou com pagamento compensatório adequado. Caso infringjam tal imposição, respondem pelas perdas e danos que acarretarem à companhia. Ou seja, cabe aos gestores da sociedade

procurar fazer o melhor para sua empresa, devendo arcar com os prejuízos perante a mesma, se agirem de modo a prejudicá-la em benefício de outro do grupo.

Sabe-se que, num grupo de fato, as sociedades mantêm suas autonomias e seu relacionamento não é dado de forma a que uma controle os negócios de outra. O controle, quando há, é meramente relacionado a orientações de política empresarial, em virtude de a sociedade controladora eleger a maioria dos administradores. Mas, mesmo o fato de estes serem eleitos por outra sociedade, não lhes retira a responsabilidade perante a empresa na qual atuam.

As práticas negociais entre as sociedades ocorrem de forma corriqueira, o que a lei veda é que elas tragam prejuízo a uma delas, ou seja, o enriquecimento ou empobrecimento de alguma das empresas contratantes. Contudo, se o benefício de uma das sociedades em detrimento de outra é inevitável, impõe a lei o pagamento compensatório adequado.

Havendo desobediência a esse preceito por parte dos gestores da empresa, estes serão demandados pela companhia - ou pelos acionistas, se esta não o fizer - e arcarão com perdas e danos.

4. Dos grupos de direito

O artigo 265, do diploma estudado, define o grupo de sociedade, como aquele no qual *“a sociedade controladora e suas controladas podem constituir, nos termos deste capítulo, grupo de sociedades, mediante convenção pela qual se obriguem a combinar recursos ou esforços para a realização dos respectivos objetivos, ou a participar de atividades ou empreendimentos comuns”*. Vê-se, então, que o grupo de direito é formado necessariamente por sociedades que, para atingir certos objetivos comuns, mantêm entre si uma relação de subordinação advinda da detenção, por uma delas, do controle das demais.

O grupo de sociedades constitui-se por uma convenção, que seria, segundo a teoria clássica das obrigações, todo o acordo de vontades que gera efeitos jurídicos. Neste conceito estaria também incluído o contrato, o qual se diferencia das demais convenções por possuir um conteúdo patrimonial. Como bem expõe o eminente comercialista WALDÍRIO BULGARELLI, *“entendeu o legislador que o ajuste entre as sociedades participantes (controladora e controladas) não implicava conteúdo patrimonial, embora não se possa desconsiderar os seus efeitos patrimoniais, o que é, evidentemente coisa diversa”*².

² BULGARELLI, Waldírio. *Manual das Sociedades Anônimas*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 1997, p. 305.

Quando da simples aprovação da convenção pelas sociedades partites, diz-se que o grupo de sociedades existe faticamente, apenas passo a integrar a realidade jurídica quando a convenção é arquivada no Livro de Comércio da sede da sociedade de comando.

Neste diapasão, discute-se se ao grupo de sociedades quis-se atribuir personalidade jurídica, já que se exige, quanto a ele, o mesmo registro obrigatório para conferir às sociedades comerciais a condição de pessoa jurídica. Verdade, o grupo de direito não possui personalidade jurídica nem patrimônio próprios, pois todas as sociedades componentes mantêm sua própria personalidade jurídica e autonomia patrimonial, sendo, inclusive, representadas externamente pelos seus próprios administradores e só executadas internamente pelos administradores da sociedade de comando. É que a sociedade controladora só poderá representar as outras sociedades filiadas nos interesses do grupo e nos termos específicos existentes na convenção, e não que, se assim não fosse, inexistiria qualquer sentido na conservação da entidade de cada sociedade componente.

Seria, então, o grupo de sociedades uma sociedade de fato? A exposição de motivos da lei manifesta-se no seguinte sentido: o grupo de sociedades "é uma forma evoluída de inter-relacionamento de sociedades que, após aprovação pelas assembléias gerais de uma 'convenção de grupo', dá origem a uma sociedade de sociedades". Configuraria, assim, "supersociedade", na qual alguns, como FÁBIO KONDER PARATO, enxergam uma sociedade de fato, o que não é acatado pelo Superior Tribunal de Justiça, que entende só existir sociedade de fato entre pessoas físicas. Tal questão, porém, será adiante detalhada.

Inquestionável, no entanto, a manutenção da individualidade jurídica das sociedades componentes do grupo, afirmando-se, neste sentido, que as sociedades do grupo travam uma relação meramente *interna corporis*, sendo os administradores do grupo, apenas nos termos estritos da convenção, representarem as sociedades controladas. A representação do grupo cabe, obviamente, a seus próprios administradores. Como bem expõe CARLOS MENDES REQUIÃO, trata-se de "um arranjo de administração comum, envolvendo uma diretiva política da sociedade líder ou de comando". Apesar de inegável a existência de uma administração própria das sociedades componentes, seus administradores devem observar a orientação geral estabelecida e as instruções expedidas pelos administradores do grupo que não comportem violação da lei nem da convenção, conforme o art. 273, da

REQUIÃO, Carlos Mendes. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas: arts 206 a 300*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 461.

REQUIÃO, Carlos Mendes. *Curso de Direito Comercial*. v. 2. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 234.

Lei 6.404. Não se pode negar, portanto, que, apesar de não possuir um patrimônio próprio, o grupo detém um poder sobre os patrimônios particulares daquelas sociedades, os quais estão submetidos ao seu interesse.⁵

4.1 Da composição dos grupos de sociedades

O grupo de sociedades só poderá ser formado por sociedades (mercantis ou civis), excluindo-se a participação de qualquer outra pessoa jurídica ou de algum empresário individual. Assim, não apenas as sociedades por ações (sociedades anônimas e em comandita por ações) podem dele fazer parte, mas também as sociedades de pessoas providas de personalidade jurídica, isto é, as sociedades em nome coletivo, em comandita simples, de capital e indústria e as sociedades por quotas de responsabilidade limitada.

Exige-se, ainda, que se estabeleça entre as sociedades integrantes do grupo um vínculo de controle, de tal sorte que uma delas controle todas as demais, isto é, que a sociedade de comando seja controladora das outras componentes, sem prejuízo, entretanto, da possibilidade de uma das sociedades controladas ser, eventualmente, coligada com outra do mesmo grupo. Trata-se, pois, de uma condição legal para a constituição de um grupo de sociedades, de tal maneira que, se uma das sociedades integrantes do grupo deixar de ser controlada pela sociedade de comando, ocorrerá, necessariamente, sua exclusão do grupo, devido à própria definição que a Lei 6.404/76 dá ao grupo de sociedades, ao afirmar que “a sociedade controladora e suas controladas podem constituir, nos termos deste capítulo, grupo de sociedades, (...)”.

O ingresso da sociedade no grupo só se dará se aprovada por aqueles a quem compete a alteração de seu estatuto ou contrato social, seguindo-se as normas destinadas para esta alteração. No que se refere às sociedades dotadas de personalidade jurídica reguladas pelo Código Comercial - as sociedades em nome coletivo, de capital e indústria e em comandita simples - seu ingresso no grupo dependerá da aprovação dos sócios que detêm a maioria do capital, o que já estará assegurado, pois estas sociedades deverão ser controladas pela sociedade de comando do grupo que está prestes a se formar. Quanto à aprovação da convenção pelas sociedades por cotas de responsabilidade limitada, observar-se-á o que seus estatutos estabelecerem para a alteração de seus contratos sociais. Caso for omissivo, entretanto, seguem-se as disposições do Código Comercial. No referente à sociedade anônima, a aprovação de sua participação no grupo deverá ser

5 MARTINS, *Op. cit.*, p. 437.

realizada pelos acionistas que representem, no mínimo, a metade das ações com direito a voto, conforme o disposto no art. 136, V, da Lei 6.404/76. Em se tratando de sociedade anônima fechada, dever-se-á observar o *quorum* exigido em seu estatuto. E, por fim, quanto à aprovação da convenção pelas sociedades em comandita por ações, além da aprovação pela assembléia geral da entrada da sociedade no grupo, faz-se mister a anuência dos seus administradores.

É de se notar que a aprovação do ingresso das sociedades de pessoas no grupo implica necessariamente uma alteração de seus contratos sociais, aos quais será acrescentada uma cláusula de participação da sociedade no grupo. Ademais, ao seu nome será anexada a designação do grupo, nos termos do parágrafo 3º do art. 271, da Lei 6.404/76, que *ipse literis* dispõe: “a partir da data do arquivamento a sociedade de comando e a filiada passarão a usar as respectivas denominações acrescidas da designação do grupo”. Observa-se que, neste ponto, foi o legislador relapso por utilizar o termo “denominação” ao invés de nome social, expressão mais abrangente que englobaria também a razão social das sociedades de pessoas. No caso das sociedades por ações, à sua denominação será acrescentada a designação do grupo, de sorte que se observará a seguinte expressão “Sociedade X, do grupo Y”.

Aos sócios e acionistas discordantes com o ingresso da sociedade no grupo foi conferido o direito de recesso, conforme o § 1º do art. 270, da Lei 6.404/76. Mais uma vez foi o legislador infeliz na redação do texto por estipular que “os sócios ou acionistas dissidentes da deliberação de se associar a grupo têm direito, nos termos do art. 137, ao reembolso de suas ações ou quotas”. Ora, não é o sócio ou acionista que se associa ao grupo, mas sim a sociedade.

A sociedade controladora poderá ser de qualquer tipo social, desde que dotada de personalidade jurídica. A lei faz, entretanto, uma exigência quanto a ela: deve ser brasileira, entendendo-se esta como a sociedade constituída conforme as leis brasileiras e com sede da sua administração no país, nos termos do art. 60 do Decreto-lei n.º 2627, de 1940. Se o legislador visou com esta exigência proteger os interesses nacionais contra qualquer tipo de subordinação aos caprichos de empresas estrangeiras, ela mostra-se, entretanto, inócua, uma vez que o controle da sociedade brasileira pode ser estrangeiro. Diz-se que a nacionalidade da sociedade de comando é brasileira se o seu controle estiver nas mãos de pessoas naturais, residentes ou domiciliadas no Brasil, ou de pessoas jurídicas de direito público interno, ou, ainda, de sociedade ou sociedades brasileiras que, mediata ou imediatamente, estejam sob o controle daquelas pessoas anteriormente referidas. Assim, de acordo com a previsão legal, o contro-

le pode ser estrangeiro, o que se verificará quando o acionista controlador dessa sociedade for estrangeiro, podendo ser ou uma sociedade estrangeira, ou uma pessoa física não residente ou domiciliada no país. Observa-se, pois, que os critérios exigidos para a proteção dos interesses nacionais são demasiadamente formalistas, possibilitando, desta feita, que o controle do grupo caia em mão estrangeiras.

5. A holding

Conforme se depreende da leitura do § 3º, do art. 2º, da Lei 6.404/76, uma companhia pode ter por objeto social a participação em outras sociedades, a qual pode se dar por meio do CONTROLE. Este, num grupo econômico, é exercido pela sociedade-mãe, qual seja: a *holding*.

A *holding* é uma técnica institucional de consolidação do controle acionário, ou seja, é “*técnica de organização do controle interno que consiste na criação de um organismo, personalizado ou não, com o objetivo de consolidar a titularidade do poder soberano na sociedade e disciplinar-lhe o exercício*”.⁶ Consiste, no dizer de COMPARATO, num aperfeiçoamento natural da comunhão acionária e dos *voting trusts*.

Na comunhão acionária, o controle era exercido mediante a criação de uma co-propriedade acionária, que permitia a formação de um bloco indiviso de ações, e, portanto, de votos, potencializando a manifestação de vontade dos acionistas, que poderiam deixar de comparecer, ou divergir em assembléia. Essa titularidade comum levava à representação necessária, atribuindo ao representante a legitimidade exclusiva para o exercício de todos os direitos e pretensões perante a companhia. No entanto, era possível que essa comunhão acionária não se manifestasse em face de terceiros, tendo existência meramente interna, entre os comunheiros, e, em sendo assim, o representante podia facilmente aparecer, nas relações com a companhia, como acionista individual.

Já nos *voting trusts*, que se constituíam num tipo particular de truste - este entendido como “uma organização de ordem financeira, instituída por industriais, ou comerciantes, no intuito de dirigir a produção, ou controlar a venda de certos produtos, fixando-lhes as diretrizes relativas à distribuição nos mercados e aos preços respectivos”.⁷ - o que se queria era instituir uma sociedade de controle, que, a rigor, não tivesse tendência monopolística, tendo como função básica a de estabelecer normas técni-

6 COMPARATO, Fábio Konder. *O poder de controle na sociedade anônima*, 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p.113.

7 DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário Jurídico*, 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 386.

cas, para melhoria de produção, ou fundar um apoio financeiro a todas as coligadas. Funcionavam da seguinte forma: os acionistas das companhias entregavam as suas ações aos *trustees*, tornando-os os únicos habilitados a exercer o direito de voto nas assembleias gerais, recebendo, em troca, os certificados fiduciários (*trust certificates*), que lhes asseguravam os demais direitos acionários, conforme fosse o conteúdo e a eficácia da convenção com o trustee. Essa técnica, no entanto, poderia transformar o acionista em estranho à sociedade, em mera posição contratual, além de a sua estrutura ensejar, ainda que disfarçadamente, práticas monopolísticas, possibilitando o domínio do mercado, o aumento arbitrário de lucros e eliminação da livre concorrência, com a conseqüente sufocação das pequenas iniciativas econômicas.

Eis aí que a *holding*, dentre todas estas, figura como a técnica mais acabada de organização do controle acionário. As vantagens da *holding* consistem, basicamente, em: 1.) *Controle centralizado, com administração descentralizada*: a *holding* exerce o controle sobre as sociedades controladas, mas cada uma delas mantém sua personalidade jurídica própria; 2.) *Gestão financeira unificada do grupo*; e 3.) *Controle sobre um grupo societário com um mínimo de investimento necessário*: os grupos econômicos foram criados exatamente para racionalizar a exploração empresarial, harmonizando e mesmo unificando as atividades as várias empresas que o compõem. É graças à racionalização administrativa que o lucro marginal é elevado, com a baixa dos custos unitário de produção.

Destarte, a *holding* é a sociedade controladora de outra(s) sociedade(s), que obtém este controle mediante a aquisição majoritária das ações votantes dela (s). Logo, e porque há esse patrimônio ativo da *holding* invertido em cotas ou ações de outras sociedades, é que se permite o controle sobre elas. Daí termos que, nas *holdings* puras e nas mistas, relativamente à sua participação em outras sociedades para realização do controle, esse investimento acionário é considerado "imobilizado financeiro" e não "realizável".

Quanto ao objeto, pode-se enumerar as *holding* pura e mista. A pura é aquela que tem como único objeto o controle de outra(s) sociedade(s). Aqui, essa sociedade só existe porque há sociedades a controlar; isto é, o controle não existe de *per se*, mas surge sempre em função da exploração empresarial, que constitui o objeto das sociedades controladas. Na *holding* mista, por sua vez, é impossível, a rigor, o investimento de todo o seu ativo no capital de outras sociedades ou companhias, posto que sempre haverá a necessidade de a controladora manter bens ou valores, ainda que reduzidos, para fazer face às suas despesas correntes. A *holding* é mista, portanto, quando tem dois objetos: o de controlar outras sociedades e com-

panhias (e aqui não difere da *holding* pura: ver os comentários realizados no ponto *supra*) e, concomitantemente, o de dedicar-se a uma atividade empresarial própria.

Nesse particular, é importante ressaltar que os grupos econômicos não se formam exclusivamente em torno de atividades idênticas, próximas ou complementares, e sim, que, hoje, a característica básica é a diversificação de produtos e atividades, bem como de localização geográfica.⁸ Daí, quanto a este último aspecto, termos de atentar também para as multinacionais, que nada mais são que grupos econômicos, com o acréscimo de que é um “grupo de empresas constituídas como sociedades em países diferentes e sob leis diferentes, cada qual com certa autonomia.”⁹

6. Grupos econômicos e a CLT

6.1. O grupo econômico como uma sociedade de fato

Seguindo a lição de COMPARATO, tem-se que o “grupo constitui, na realidade, uma sociedade, nada importando o reconhecimento ou não, de sua personalidade jurídica”.¹⁰ Os três elementos fundamentais de toda relação societária estariam presentes nos grupos, quais sejam, a contribuição individual com esforços ou recursos, a atividade para lograr fins comuns e a participação nos lucros ou prejuízos.

Não há dispositivo legal que proíba pessoas jurídicas de constituírem uma sociedade de fato, podendo mesmo encontrar seu respaldo no próprio Código Comercial, art. 305, e, ainda, na CLT, conforme será adiante comentado.

6.2. Responsabilidade externa corporis

A Lei n.º 6.404/76 excluiu toda e qualquer responsabilidade legal de uma sociedade por débito da outra, no seio do grupo. É a ausência de responsabilidade grupal perante terceiros credores, pois - segundo a exposição de motivos do projeto dessa lei - cada sociedade agrupada mantém sua personalidade jurídica e, portanto, é patrimonialmente autônoma; constituindo, cada uma, uma unidade de responsabilidade e de risco. Assim,

8 BULGARELLI, *Op. cit.*, p. 297.

9 BAPTISTA, Luiz Olavo. *Unificação internacional e harmonização do direito no campo das sociedades multinacionais*. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*. São Paulo: jul./set., v. 21, a 6, 1982, p. 102.

10 COMPARATO, *Op. cit.*, p. 105.

não haveria uma solidariedade presumida, cabendo aos credores obterem a proteção dos seus direitos pela via contratual, exigindo a solidariedade quando assim julgassem pertinente.

Porém, na prática, não é bem desse modo. Nesses grupos, há uma intercomunicação patrimonial muito grande, ensejando uma *confusão de patrimônios*, o que é inerente a esses agrupamentos. Isso porque o interesse individual de cada sociedade é sempre subordinado ao interesse geral do complexo de empresas agrupadas, havendo freqüentes transferências de ativo entre elas e também dos custos e prejuízos. Além do que, como ensina COMPARATO, os credores que logram obter garantias complementares aos seus créditos são, em geral, instituições financeiras e, raramente, os credores economicamente mais fracos, daí o desamparo legal a estes.

Partindo da idéia de que o grupo constitui uma sociedade, temos que o próprio Código Comercial nos dá a solução em seu art. 350, quando diz: "*os bens particulares dos sócios não podem ser executados por dividas da sociedade, senão depois de executados todos os bens sociais*". Constituindo esses "bens particulares dos sócios" os componentes do ativo patrimonial de cada uma das sociedades agrupadas. Daí que não se trata de instituir, necessariamente, uma responsabilidade solidária e, sim, meramente subsidiária. Logo, a controladora também responderia quando da exaustão dos bens de sua controladora e vice-versa, aplicando assim a teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

6.3. Os credores trabalhistas

A Lei n.º 6.404/76 admitiu a superação da personalidade jurídica das sociedades agrupadas em caso de responsabilidade perante terceiros credores.

A CLT, com sua sensibilidade para os fatos e de um certo modo desprezando os mitos e tabus jurídicos, foi, certamente, o primeiro diploma brasileiro a estabelecer a co-responsabilidade da *holding* e da empresa subsidiária no tocante aos ônus trabalhistas,¹¹ conforme o art. 2.º, § 2.º: "*sempre que cada uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas*" (grifos nossos).

Andou bem o direito trabalhista. Há décadas impõe, pacificamente,

¹¹ WALD, *Op. cit.*, p. 81.

a solidariedade das empresas componentes do grupo econômico pelo passivo trabalhista de cada uma delas. Aqui, o direito mostra-se mais sintonizado com a realidade da unificação econômica, que é um processo irreversível e, ao mesmo tempo, incompatível com a intangibilidade absoluta da personalidade jurídica de cada sociedade componente do grupo. Trata-se apenas de uma técnica de separação patrimonial e, como tal, de um artifício criado pela mente humana, de caráter meramente relativo, com a finalidade maior de limitação de responsabilidade.

7. Conclusão

Os grupos econômicos constituem, hoje, uma realidade inelutável, representando uma nova modalidade social e, como tal, o começo de uma nova etapa da nossa civilização, rumo à globalização. Esta é uma tendência que vem se fortificando desde a última grande guerra mundial e tem significado mesmo o único meio viável de sobrevivência das grandes empresas, na medida em que cada vez mais se faz indispensável a combinação de esforços e recursos, a fim de que elas possam acompanhar o desenvolvimento tecnológico dos processos de produção e pesquisa, bem como atender às necessidades do domínio ou da supremacia dos mercados de produção e de consumo. Como bem ensina COMPARATO, a "empresa isolada é, atualmente, uma realidade condenada, em todos os seus setores, máxime naqueles em que o progresso está intimamente ligado à pesquisa tecnológica."¹²

8. Bibliografia

1. Livros

1. BULGARELLI, Waldirio. *Manual das Sociedades Anônimas*. 9. ed., São Paulo: Atlas, 1997;
2. COMPARATO, Fábio Konder. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1983;
3. DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário Jurídico*. Atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Geraldo Magela Alves. 15. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998;
4. MARTINS, Fran. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas: arts 206 a 300*. Rio de Janeiro: Forense, 1978;

¹² COMPARATO, *Op. cit.*, p. 355-356.

5. REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. v. 2, 20. ed., São Paulo: Saraiva, 1995.

2. **Revistas**

1 BAPTISTA, Luiz Olavo. *Unificação internacional e harmonização do direito no campo das sociedades multinacionais*. Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul./set., 1982, v.21, a. 6, p. 101-115;

2 _____ . *Concentração de Empresas*. Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul./set., 1979, v. 9, a. 3, p. 183-201;

3. COMPARATO, Fábio Konder. *Os grupos societários na nova lei de sociedades por ações*. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, v. 15, n. 23, p.91-107;

4. MARTINS, Fran. *Sociedades Controladas e Controladoras*. Revista do Curso de Direito. Fortaleza: Universidade Federal do Ceará, jul./dez., 1982, v.23, n. 2, p.27-46;

5. WALD, Arnoldo. *Algumas Considerações sobre Sociedades Coligadas e os Grupos de Sociedades na Nova Lei das Anônimas*. Cadernos de Direito Privado. Niterói: UFF- CEUFF, v. 1, n. 1, p. 67-98.

DOS CONTRATOS ELETRÔNICOS: A REALIDADE JURÍDICA DIANTE DA VIRTUALIDADE DOS NOVOS TEMPOS

Thiago de Oliveira Andrade (Aluno do
6º período da Graduação em Direito -
UFPE; pesquisador PIBIC/CNPq)

Sumário: 1. Considerações preliminares; 2. Internet: a nova aventura da humanidade; 3. Aspectos jurídicos dos contratos eletrônicos; 3.1 As partes; 3.2 A integridade dos documentos eletrônicos; 3.3 A Assinatura Digital; 4. Legislação aplicável; 4.1 Relações virtuais de consumo e aplicação do CDC; 4.2 Da necessidade de uma legislação específica; 5. Disposições finais; 6. Bibliografia.

1. Considerações preliminares

O mundo atual vem sofrendo profundas modificações. No panorama social, político, econômico e jurídico as alterações que vêm ocorrendo ao nosso redor são impressionantes e ainda não estão muito nítidas as consequências que irão gerar. BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS¹ manifesta que “vivemos num tempo atônito que ao debruçar-se sobre si próprio descobre que seus pés são um cruzamento de sombras, sombras que vêm do passado que ora pensamos já não sermos (...), sombras que vêm do futuro que ora pensamos já sermos, ora pensamos nunca virmos a ser”.

Trata-se do desenvolvimento da Era Digital, não mais da Era Industrial. Da Era da Internet. O Direito deve estar atento a essas transformações para que suas normas sejam não apenas válidas mas também eficazes, para que seus preceitos deixem de ser mera letra morta num papel e se vivifiquem na realidade, ou melhor, na virtualidade desses tempos marcados pelo conflito on-line.

Na ampla perspectiva da economia que se universaliza, nossos problemas internos ganham novo colorido e pedem soluções de importância capital para o bem estar da população. Antes um fenômeno localizado e experimental, a rede de computadores passou a fazer parte da vida de um

¹ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Um discurso sobre as ciências*, 8. ed., Porto: Afrontamento, 1996, p.5.

número cada vez maior de brasileiros. Estatisticamente, a parcela da população brasileira on-line é de apenas 5%, mas em nenhum outro lugar do mundo o ritmo de crescimento da Internet supera o verificado por aqui.

O crescimento da Internet é assustador: em cinco anos o número de brasileiros na rede foi multiplicado por 100. O Brasil já ocupa a 14ª posição mundial no registro de endereços na Web, à frente de países como a Coréia, Espanha ou China. As vendas pela Web a brasileiros correspondem a 88% do comércio eletrônico da América Latina.

É certo que podem surgir problemas em decorrência do aumento de importância das relações intersubjetivas nesse ambiente virtual, v.g., nos contratos de fornecedor de acesso à rede, nos contratos entre fornecedor de informação e servidor de linha, nos contratos de locação de espaço publicitário, nos contratos de comércio eletrônico, etc.

No presente trabalho, procurar-se-á demonstrar os efeitos da revolução tecnológica desse final de século e os novos desafios trazidos com o advento da Internet, completamente revolucionários ao modo de pensar tradicional, procurando adequar a realidade jurídica à virtualidade desses novos tempos.

Examinar-se-á os principais aspectos jurídicos dos contratos eletrônicos tendo cuidado em percorrer o longo e, ainda, obscuro caminho pelo qual se estabelece a segurança nas relações que surgem no seio da era tecnológica.

Cuidar-se-á, portanto, de adentrar em seara fascinante, procurando construir um pensamento conjugado com a realidade (virtualidade) e fundamentado em aportes teóricos que alicerces nossas contínuas indagações.

2. Internet: a nova aventura da humanidade

A sensação que se apresenta atualmente quando se fala em Internet e na possibilidade de se fazer um contrato sem utilizar a materialidade do papel como meio de provar o acordo de vontades é basicamente a mesma que se deu na célebre passagem da caverna de Platão na sua obra *A República*.

Neste trecho, o mestre helênico descreve as diversas reações dos homens ao se depararem com uma realidade diversa daquela habitualmente conhecida por todos. A maioria dos seres humanos se encontrava como prisioneira de uma caverna, permanecendo de costas para a abertura luminosa e de frente para a parede escura do fundo. Em tal situação, eles nunca viram outra coisa de si mesmos e dos seus companheiros do que as sombras projetadas pelo fogo no fundo da caverna. Acostumados a ver somen-

te essas projeções, assumem a ilusão do que vêem, as *sombras* do real, como se fossem a verdadeira realidade. “E se forem libertados das suas cadeias, se forem afastados do seu erro, se se libertar um desses cativos, obrigando-o a levantar-se, a virar a cabeça, a andar, a levantar os olhos em direção à luz, tal homem sofrerá; e o deslumbramento impedi-lo-á de distinguir os objetos dos quais ele via as sombras... As sombras anteriores parecer-lhe-ão mais verdadeiras do que os objetos que lhe sejam mostrados... Importa aplicar, ponto por ponto, esta imagem da caverna à condição humana...”²

É típico da natureza humana assustar-se, não acostumar-se e, até mesmo, rejeitar as novidades que a vida nos impõe. Parece que os homens, muitas vezes, não estão preparados para conjugar o verbo no gerúndio: “*estão sendo desenvolvidas...*”, “*estão sendo criadas...*”, etc.; preferem a segurança dos verbos no presente: “*isto é assim*”, “*estas coisas são dessa forma*”... Historicamente, vários são os exemplos: muitos negaram o sistema heliocêntrico de Copérnico que afirmava ser a Terra um planeta que gira em torno de um astro maior como todos os demais planetas do nosso Sistema Solar; filósofos foram perseguidos e mortos pela Inquisição e Galileu Galilei teve que negar suas idéias perante o tribunal do Santo Ofício para não ser queimado vivo numa fogueira; a chegada do homem à Lua gerou um espanto de tamanhas proporções que não são poucos os que, ainda hoje, duvidam da possibilidade de Neil Armstrong ter tocado os pés humanos no solo lunar; e finalmente, o exemplo que mudou toda a história de nossa civilização e que bem ilustra esse medo que o homem tem a novidade: um judeu das montanhas da Galiléia com reputação de doutrinador e capacidade para curar as pessoas é preso, julgado e executado na cruz ao lado de criminosos por pregar a palavra de Deus e com ela mostrar que a vida dos que seguissem os ensinamentos do Pai poderia ser diferente daquela realidade que era a única até então conhecida.

O mesmo acontece agora. Estamos diante de uma nova aventura para a humanidade; diante do transpor de um novo portal. Hoje em dia, a revolução causada com o advento da Internet é tão profunda, de conseqüências tão remotas, que é difícil lhe apreender o alcance e o sentido. Estamos presenciando a criação de um admirável mundo novo que tem por base não mais os *átomos*, mas sim os *bits*. É nisto que reside a questão central do dilema moderno.

² PLATÃO, *A República*, Livro VII apud LUCCA, Newton de. *Títulos e Contratos Eletrônicos - Advento da Informática e seu Impacto no Mundo Jurídico*. In LUCCA, Newton de e SIMÃO FILHO, Adalberto (coordenadores) e outros. *Direito & Internet - Aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: Edipro, 2000, p.27.

Referindo-se às novas trilhas que iremos percorrer nessa infovia, PETER DRUCKER afirma que “o impacto verdadeiramente revolucionário da Revolução da Informação está apenas começando a ser sentido. Mas não é a informação que vai gerar tal impacto. Nem a inteligência artificial. Nem o efeito dos computadores sobre os processos decisórios, determinação de políticas ou criação de estratégias. É algo que praticamente ninguém previa, que nem mesmo era comentado 10 ou 15 anos atrás; o comércio eletrônico - ou seja, a emergência explosiva da Internet como importante (e, talvez, com o tempo, o mais importante) canal mundial de distribuição de bens, serviços e, surpreendentemente, empregos na área administrativa e gerencial.”

No entanto, apesar do impacto da rede das redes já ser verificável empiricamente, a tradição misonéista de nossos juristas continua a condenar às trevas extremas toda e qualquer manifestação tendente a dar real e efetiva segurança jurídica às relações intersubjetivas desse novo ambiente virtual. Nossas Faculdades de Direito permanecem atreladas a poeira de séculos e não se apercebem que a Internet bate em suas portas, as chama pelo nome, conhece suas necessidades e, mesmo assim, insistem em tratá-la como uma estranha que não merece maiores considerações. Parece que se acostumam de tal maneira ao tradicionalismo burocrático do ensino jurídico atual que simplesmente demonstram verdadeira aversão às idéias novas, verdadeiro horror ao progresso. Isso nos faz lembrar o

3 DRUCKER, Peter. “O futuro já chegou”. *Exame - digital* [s.l.: s.n.], março/2000, p. 113. Cabe aqui um pequeno comentário a afirmação feita no trecho citado de que “praticamente ninguém previa” o aparecimento e desenvolvimento da Internet. É curioso observar que em 1938, H. G. Wells publica o livro *O cérebro mundial* e apesar de ter sido escrito antes da revolução tecnológica, em muitos aspectos antecipa a World Wide Web. *O cérebro mundial*, é uma compilação de conferências e artigos de revistas. Wells adverte que o conhecimento está crescendo a passos largos e que ao mesmo tempo a maior parte dos habitantes do planeta se mantém em uma ignorância incrível. A humanidade necessitava desesperadamente do que chamou *Enciclopédia Universal Permanente* que funcionaria como um cérebro mundial por meio do qual a informação se registraria e se distribuiria de maneira imediata por todo o globo. Para Wells esta enciclopédia tamanho familiar seria uma força poderosa que unificaria as nações e aceleraria o advento de um mundo livre de guerras. Afirmava ser possível num futuro próximo termos bibliotecas microscópicas de registro nas quais se guardaria os livros ou documentos importantes para que qualquer estudante, de qualquer parte do planeta, possa sentar-se com seu “projctor” a hora em que lhe convenha, para examinar qualquer livro, qualquer documento, em uma réplica exata. “Esta organización enciclopédica, escribió Wells, no tiene por qué estar concentrada en un lugar, y puede adoptar la forma de red; se centralizaría mental, pero quizás no físicamente... sus archivos y salas de conferencias serían el meollo de su existencia, la Enciclopedia básica constituiría el comienzo material de un auténtico Cerebro Mundial”. WELLS, H. G. *O cérebro mundial*. Apud GARDNER, Martin. *La Internet: ¿Cerebro mundial?* *Revista Universidad de Antioquia*, Colômbia: [s.n.], n. 258, out./dez/1999, p.109.

exemplo citado por MONTAIGNE, em sua obra *Ensaio*, ao falar da dificuldade da humanidade em abandonar certos hábitos: “parece-me haver muito bem compreendido a força do costume quem primeiro inventou essa história de uma mulher que, tendo-se habituado a acariciar e carregar nos braços um bezerro, desde o nascimento, e o fazendo diariamente, chegou pela força do hábito a carregá-lo ainda quando já tinha tornado um boi.”⁴

A velocidade das mudanças deixam perplexos os corações daqueles que não estão preparados para sair de sua platônica caverna e perceber que o papel que pesquisadores jurídicos e o Judiciário em geral tem por realizar “não é criticar e combater certas teorias erradas, para corrigi-las ou substituí-las por outras melhores. Tem de fazer algo inteiramente diverso. Tem de destruir um mundo e substituí-lo por outro. Tem de reformar a estrutura de nossa própria inteligência, reformular novamente e rever seus conceitos, encarar o Ser de uma nova maneira, elaborar um novo conceito do conhecimento, um novo conceito da ciência, e até substituir um ponto de vista bastante natural - o do senso comum - por um outro que, absolutamente, não o é.”⁵

3. Aspectos jurídicos dos contratos eletrônicos

O Direito é uma ciência tipicamente conceitual. Necessário se faz, então, estabelecer o conceito de contrato eletrônico. Não obstante essa consideração, é preciso deixar claro, antes de mais nada, que “não se pretende imaginar-se um novo tipo de contrato no âmbito da teoria geral dos contratos. O contrato será sempre de uma compra e venda, ou de uma prestação de serviços, ou de uma locação de coisa, etc. Mas será celebrado por um meio eletrônico”.⁶

Passemos então a conceituação: contrato eletrônico é a nova forma de contratação da sociedade contemporânea, efetuada por intermédio de programas de computador. Longe de abarcar toda complexidade do tema em análise, tal conceito servirá para nossas posteriores ponderações.

Em princípio, nada de novo surge nos negócios via Internet pois eles são realizados sobretudo em virtude de um tradicional instrumento jurídico: o Contrato. Assim, para existir o contrato eletrônico é necessário, da mesma forma que qualquer outro tipo de contrato, que se encon-

4 MONTAIGNE, Michel de. *Ensaio*. Trad. Sérgio Milliet, São Paulo: Abril Cultural, nov/ 1972, p.61. (Col. Os Pensadores XI).

5 KOYRÉ, Alexandre. *Estudos de história do pensamento científico*. Trad. e rev. Márcio Ramalho. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1982.

6 LUCCA, Newton de. *Op. cit.*, p.46.

trem presentes três requisitos essenciais, quais sejam: 1) a capacidade das partes; 2) a idoneidade do objeto; e 3) a legitimação para realizá-lo.

Igualmente, são aplicáveis aos contratos eletrônicos as normas contidas no Código Civil sobre interpretação, eficácia, rescisão, nulidade, obrigações do comprador e do vendedor, etc. Nada de novo haveria, pois - não fosse a forma desse contrato que no mundo digital, passa por profunda transformação.

Não há mais de ser considerada única, como quase sempre o foi, a forma escrita para provar o que, efetivamente, as partes celebram. Estamos diante de uma nova forma de organização contratual que tem como essência não mais os átomos, mas sim os bits.

A civilização ocidental estruturou-se nos últimos milênios a partir de átomos. Estes serviam de "meio físico para o transporte e comunicação de mensagens no sentido de que o contrato tanto significava o vínculo jurídico como o documento redigido em papel (ou pergaminho) revestido de certas formalidades. Os átomos do papel eram o meio físico para transmitir a mensagem jurídica da criação de relações, obrigações etc. A disciplina jurídica tinha por objeto os bens materiais, este era o seu referencial básico."⁸

Agora, "uma nova civilização está em criação; nesta, o conceito relevante não é mais o de átomo, mas sim o de *bit*, o que traz profunda alteração na estrutura das relações e na relevância dos objetos, pois *a mensagem se desatrela do meio físico passando a ter vida própria*, independente de estar superposta a átomos."⁹

7 Cf. LOPÉZ, Valentín Carrascosa. *Los Contratos Informáticos. Informática y Derecho: Revista Iberoamericana de Derecho Informático*. Centro Regional de Estremadura – Mérida, 1998, p.179. O Dr. Valentín Lopéz é presidente da FIADI – Federación Internacional de Asociaciones de Derecho e Informática – e embora esteja se referindo a aplicação da legislação de seu país aos contratos informáticos, tal consideração também vale para a legislação brasileira.

8 GRECO, Marco Aurélio. *Internet e Direito*. São Paulo: Dialética, 2000, p. 16-17.

9 *Idem*. *Ibidem*. Elogiável, sob todos os aspectos, esta obra do Prof. Marco Aurélio é uma das poucas que consegue, em breves linhas, deixar nítido ao estudioso a mudança de paradigma ocasionada com o surgimento da Internet. Em uma de suas brilhantes passagens se lê que "os bens tinham valor em função das características dos seus átomos; por exemplo, o ouro e os diamantes valiam em razão da sua dureza, raridade e outras qualidades físicas ou químicas. Até certa época, as próprias moedas tinham determinado valor em razão de serem compostas por determinados metais que, em si, apresentavam valor em função de seus átomos. Os valores atrelavam-se a algo real, físico e tangível." E, agora, a mudança: "o valor não está mais atrelado necessariamente às características físicas das coisas. As informações, mensagens, dados, instruções, softwares etc. adquiriram valor próprio, independente dos átomos de que é formado seu meio físico." Ainda nesse aspecto, é interessante o exemplo relatado pelo Prof. Nicholas Negroponte que, ao visitar determinada empresa de seguros, foi perguntado qual o valor do laptop que portava. "O professor disse que valia dois milhões de dólares, o que gerou surpresa e perplexidade do funcionário que o atendeu pois, a seu ver, o computador não poderia valer mais do que dois mil dólares. A isto aquele professor respondeu que, efetivamente, os átomos do computador valiam cerca de dois mil dólares, mas os bits (softwares, banco de dados, etc.) nele contidos valiam seguramente dois milhões de dólares" NEGROPONTE, Nicholas apud GRECO, Marco Aurélio. *Op. cit.*, p. 18-19.

3.1 As partes

No que concerne às partes celebrantes de um contrato eletrônico, “não há, na verdade, muitas considerações especiais a serem feitas. Simplesmente elas estão separadas uma da outra. Na compra e venda - o contrato básico que se celebra via Internet -, comprador e vendedor estão situados em locais diferentes, mas o problema é semelhante ao da compra e venda por telefone ou fax.”¹⁰

Discute-se porém, a questão da identificação das partes contratantes. Como saber se a pessoa com quem negociamos é realmente quem ela diz que é? De que forma comprovar que Fulano é realmente Fulano, e não Beltrano? Quais as garantias que nos são oferecidas para termos a certeza de que aquela loja virtual, a quem fornecemos o número de nosso cartão de crédito, efetivamente é uma loja e não uma quadrilha que vai usar o número do cartão para o fomento do tráfico de drogas internacional?! Várias são as questões. Todas elas tratam, no entanto, de uma mesma problemática: a autenticidade dos sujeitos envolvidos nas relações virtuais.

A complexidade da vida moderna evidencia a todo momento a necessidade de identificação. Para participarmos de um concurso público, por exemplo, é preciso apresentar uma série de documentos que comprovem quem somos e nossa adequação aos requisitos previstos no edital. Para atuarmos em juízo como advogados, é necessária a verificação do instrumento de mandato. Ao dirigirmos tem-se como obrigatório o uso da carteira nacional de habilitação e dos documentos identificadores do veículo. Enfim, está sempre presente na vida cotidiana, a necessidade de identificação dos sujeitos com quem nos relacionamos a fim de comprovar a autenticidade dos direitos subjetivos que por ventura invoquem.

Um outro aspecto a ser analisado é o referente à capacidade jurídica das partes para realizar o negócio jurídico bilateral. “Mesmo com a identificação do terminal, não se resolve a questão,¹¹ pois este pode ser de outra pessoa que não aquela que efetuou a operação.” Uma senha ou um código secreto servem para identificar o usuário credenciado junto ao provedor, mas não a própria pessoa que tenha efetuado a operação.” Assim, em tese, um jovem de 12 anos pode ter criado uma loja na Internet e estar fazendo operações de compra e venda. Esse mesmo jovem pode ter conseguido a senha de seu pai e estar realizando lances num leilão virtual.

¹⁰ LUCCA, Newton dc. *Op. cit.*, p.59.

¹¹ *Idem. Ibidem.*

3.2 A Integridade dos documentos eletrônicos

Outra questão fundamental que desponta na linha de frente das preocupações com a celebração dos contratos eletrônicos diz respeito à integridade dos documentos e das mensagens. Como certificar-se de que o conteúdo do documento não foi alterado entre o emitente e o receptor?

Com o advento do comércio eletrônico e das práticas contratuais on-line, estamos presenciando o fenômeno da *desmaterialização das relações*,¹² isto é, estamos progressivamente suprimindo a presença física das partes na celebração dos negócios. Destarte, nos contratos virtuais, há uma alteração no meio pelo qual foi feito o acordo e na forma de entregar a coisa, que muitas vezes ocorre através do próprio computador, como a entrega de programas para serem baixados por um dos contratantes em forma de download.¹³

Além disso, o suporte material clássico (papel), vem sendo substituído pelo suporte magnético utilizado nas transmissões eletrônicas de dados. Este permite ampla manipulação de seu conteúdo sem deixar vestígios das modificações realizadas, facilitando, assim, a falsificação.¹⁴

A integridade dos documentos eletrônicos pode ser violada não só através da falsificação dolosa do conteúdo do pacto contratual (fraude), mas também em decorrência de possíveis erros humanos (no envio e recebimento das mensagens), ou técnicos (defeitos ou interferências nas transmissões).

3.3 A Assinatura Digital

A solução preconizada pelos especialistas para o problema da identificação das partes contratantes e da integridade do conteúdo dos documentos eletrônicos está na adoção da assinatura digital. Esta é, na

12 Cf. QUEIRÓZ, Regis Magalhães Soares de. *Assinatura Digital e o Tabela Virtual in* LUCCA, Newton de e SIMÃO FILHO, Adalberto (coordenadores) e outros. *Direito & Internet - Aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: Edipro, 2000, p.376.

13 Cf. BRASIL, Angela Bittencourt. *Contratos virtuais*. http://www.ciberlex.adv.br/artigos/contratos_virtuais.htm. 03 de maio de 2000.

14 QUEIRÓZ, Regis Magalhães Soares de. *Op. cit.*, p.382. A esse respeito, o Prof. Silvio Alexandre faz as seguintes considerações: "Imagine um mundo onde os transgressores não deixam pegadas; onde as coisas podem ser furtadas um número infinito de vezes e ainda assim ficam na posse dos seus donos originais; onde coisas de que você nunca ouviu falar possuem a história de seus assuntos pessoais; onde a física é aquela do pensamento que transcende o mundo material; e, onde cada um é uma realidade tão verdadeira como as sombras da caverna de Platão." ALEXANDRE, Silvio *apud* LUCCA, Newton de. *Op. cit.*, p.28.

atualidade, um dos meios mais garantidos de manter o sigilo das informações seguras na rede.

Não pretendemos fazer uma análise pormenorizada sobre a segurança nas relações virtuais, pois trata-se de tema vasto e complexo. É necessário, todavia, tecer breves considerações sobre a técnica da criptografia e os modos pelo qual vem sendo usada a assinatura digital nos contratos eletrônicos.

A criptografia (*escrita oculta*, do grego), consiste na técnica de embaralhamento, com códigos simétricos e assimétricos, de dados confidenciais, que poderão ser identificados apenas por fonte segura. “O mecanismo funciona pela aplicação de um padrão secreto de substituição dos caracteres, de maneira que a mensagem se torne ininteligível para quem não conheça o padrão criptográfico utilizado.”¹⁵

Historicamente, encontramos a utilização de métodos criptográficos na chamada “Escrita Cifrada de César”, que consistia na utilização de uma rudimentar técnica criptográfica com objetivos militares. Assim, o imperador romano Júlio César, ao enviar instruções aos centuriões, substituiu cada letra do texto pela terceira letra seguinte no alfabeto (cada letra A era substituída por um D, cada B por um E). Com isso, evitava o risco de interceptação ou de traição de seus mensageiros no campo de batalha.

A criptografia é utilizada para que documentos legíveis sejam transformados em um agrupamento de caracteres sem sentido. A informação é registrada em um conjunto de *bits* convencionalmente denominado de *chave*. Quando a mesma chave é utilizada para cifrar e para decifrar a mensagem diz-se que há uma criptografia simétrica. Por exemplo, na Escrita Cifrada de César, a chave que os centuriões utilizavam para decifrar as mensagens era a mesma utilizada para codificá-la, apenas a utilizavam em operação inversa.

Atualmente, o método criptográfico utilizado é assimétrico, ou seja, não há coincidência entre a chave que codifica e a que decodifica a informação. Existem duas chaves: uma pública - de livre acesso a terceiros -, outra privada - necessariamente sigilosa.

Através da criptografia assimétrica uma pessoa, utilizando sua chave privada, cifra determinada mensagem para que aqueles que tenham conhecimento de sua chave pública possam decifrar a informação presente no documento. Por este método, a informação só será revertida ao seu estado original se houver a junção do par de chaves necessário para realizar as duas operações.

15 QUEIRÓZ, Regis Magalhães Soares dc. *Op. cit.*, p.389.

Dessa forma, se: a) o uso e controle da chave privada permanecer em sigilo; b) houver a garantia de que as chaves podem ser atribuídas a um sujeito determinado; e c) confiarmos nas máquinas e programas de computador utilizados, podem ser verificadas, com razoável grau de segurança, a autenticidade e integridade do documento eletrônico.¹⁶

4. Legislação aplicável

Com o advento da Internet, novas e atípicas condutas surgem a todo instante. Presenciamos a rápida modificação dos comportamentos sociais e, concomitantemente, o aparecimento de conflitos que demandam a proteção e garantia jurídicas.

O comércio eletrônico desconhece fronteiras e ultrapassa os limites das jurisdições dos diversos países, fazendo com que haja a necessidade de se verificar qual a jurisdição adequada para os problemas que surgem nesse novo ambiente virtual. Daí, surge a pergunta : qual a legislação aplicável aos conflitos on-line?

Em palestra proferida no I Congresso Internacional do Direito na Tecnologia da Informação, realizado no Recife, em novembro de 2000, o Dr. Demócrito Reinaldo Filho esclarece que a legislação aplicável para a resolução de controvérsias jurídicas não é a do foro do provedor. Este seria apenas um mero intermediário da comunicação eletrônica. Na verdade, o que existe é o vínculo entre a parte e seu local do estabelecimento ou residência. Assim, por exemplo: mesmo que um brasileiro, esteja nos EUA realizando um contrato com a Europa, a lei a ser aplicada não será a do provedor nos EUA pois o sujeito está vinculado ao seu estabelecimento.

O problema da legislação aplicável nas relações virtuais, sobretudo pelo fato de ser muito freqüente no comércio eletrônico a contratação internacional, motivou as seguintes propostas: 1) Aplicar convênios internacionais; 2) Aplicar a legislação do vendedor; 3) Aplicar a legislação do comprador; 4) Criar normas específicas para a Internet.¹⁷

A tentativa de aplicar convênios internacionais é difícil pois os tratados que versam sobre a contratação internacional não têm uma regulamentação específica a respeito dos contratos eletrônicos.

16 DINIZ, Davi Monteiro. *Documentos eletrônicos: um estudo sobre a qualificação dos arquivos digitais como documentos*. Revista da Faculdade de Direito Milton Campos, Belo Horizonte: [s.n.], n.5, 1998, p.307-308.

17 Cf. LORENZETTI, Ricardo Luís. *Informática, cyberlaw e e-commerce*. In LUCÇA, Newton de e SIMÃO FILHO, Adalberto (coordenadores) e outros. *Direito & Internet - Aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: Edipro, 2000, p.435.

No que concerne aos contratos de compra e venda on-line realizados no âmbito do MERCOSUL, não há muitos problemas pois existe resolução estabelecendo que prevalecerá a lei de destino do bem ou do produto.¹⁸ Assim, se um brasileiro compra eletronicamente um produto argentino, será aplicada a legislação brasileira.

Tomando por base a legislação brasileira, temos que a Lei de Introdução ao Código Civil em seu art. 9º, *caput*, dispõe que “*para qualificar e reger obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem*”. No §2º do mesmo artigo está dito que “*a obrigação resultante do contrato reputa-se constituída do lugar em que reside o proponente*”. Aceitando apenas essa norma como correta, numa compra e venda celebrada eletronicamente no Brasil, destinadas à aquisição de um bem no exterior, a lei aplicável seria a do país estrangeiro, local em que se situa o proponente.¹⁹

No entanto, a própria Lei de Introdução ao Código Civil, em seu art. 17, estabelece que “*as leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes*”. Além disso, o legislador constituinte de 1988, promoveu a proteção ao consumidor no Brasil, elevando-a à categoria de direito individual e coletivo e, concomitantemente, aos deveres impostos ao Estado (art. 5º, XXXII, CF/88), bem como a princípio basilar da ordem econômica (art.179, V). Nesse sentido, passaremos a analisar a possibilidade de aplicação do Código de Defesa do Consumidor na Internet.

4.1 Relações virtuais de consumo e aplicação do CDC

A lei 8.078, de 11.9.90, conhecida como Código de Defesa do Consumidor ou CODECON, entrou em vigor em 11.3.91, representando uma considerável inovação no ordenamento jurídico brasileiro, uma verdadeira mudança na ação protetora do direito. De uma visão liberal e individualista do Direito Civil, passamos a uma visão social, que valoriza a função do Direito como ativo garante do equilíbrio, como protetor da confiança e das legítimas expectativas nas relações de mercado.

A contratação eletrônica apresenta grandes desafios para o direito do consumidor, abrangendo temas muito diversos, como o consentimento,

¹⁸ Tal afirmação nos foi dada pelo Prof. Dr. Newton de Lucca, Presidente do IBCI – Instituto Brasileiro de Proteção e Defesa dos Consumidores em Internet -, em palestra no I Seminário sobre aspectos legais e comerciais da Internet, realizado em 16.09.2000, Ribeirão Preto, São Paulo.

¹⁹ Cf. LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Competência no comércio e no ato ilícito eletrônico*. In LUCCA, Newton de e SIMÃO FILHO, Adalberto (coordenadores) e outros. *Direito & Internet - Aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: Edipro, 2000, p.353.



a publicidade, as cláusulas abusivas, a proteção da privacidade e muitos outros.

Apesar de ainda não possuir uma regulamentação legal específica, as relações de consumo on-line encontram amparo nas disposições legais ora existentes, sobretudo as que se referem ao Código de Defesa do Consumidor. Destarte, oferta e apresentação de produtos e serviços feitas através da Internet devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa, sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, além de eventuais riscos que apresentem à saúde e segurança dos consumidores (art. 31 da Lei 8078/90).

É proibido através da Internet: a) enviar ou entregar ao consumidor, sem solicitação prévia, qualquer serviço, considerando-se caso ocorra, como amostra grátis, não sendo obrigado a pagar; b) descumprir o prazo de entrega do produto ou de execução do serviço; c) deixar de informar previamente das despesas de remessa do produto; d) executar serviços sem a prévia autorização expressa do consumidor; e) cobrar quantia indevida, que uma vez paga, deverá ser devolvida em dobro corrigida monetariamente e com juros legais.

A Internet modificou substancialmente o Direito Civil no Brasil, alterando o conceito sobre o direito das obrigações e modificando a vida das pessoas. Para o Min. do STJ RUY ROSADO é perfeitamente aplicável aos negócios realizados através da rede mundial de computadores, a *cláusula de arrependimento* (art. 49 CDC), em que o consumidor tem o direito de voltar atrás em sua decisão, no prazo de 7 dias a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço, sempre que a contratação ocorrer fora do estabelecimento comercial. "O site da empresa ofertante não pode ser considerado dependência do estabelecimento. O consumidor está em casa, conectado ao computador, realizando um negócio a distância e pode estar recebendo influências externas para fazer a compra."²⁰

O foro adequado para o ajuizamento das ações é o local onde ocorreu o dano, no caso em análise, é o foro do consumidor o que deve ser julgado competente pois o consumidor na Internet não pode estar exposto a riscos. Impõem-se a aplicação dos dispositivos presentes no CDC como a inversão do ônus da prova, a vedação da cláusula de exoneração de responsabilidade, a proibição de praticas abusivas, a utilização do prazo de 7 dias como direito de arrependimento, etc.

20 AGUIAR, Ruy Rosado de. *Ministro do STJ alerta para a fragilidade jurídica dos Contratos pela Internet*. Suplemento ADCOAS, São Paulo: Esplanada, a. 1, n.20, 2ª quinzena, out/2000, p.247-248.

É necessário proteger as relações de consumo virtuais contra as práticas abusivas pois, da mesma forma que ao embarcarmos num avião não inspecionamos os controles do aeroporto nem a capacidade do piloto, quando contratamos via Internet, não fazemos uma investigação sobre a solvência do ofertante, do servidor, o funcionamento das chaves, o sistema de segurança nas transações e outros aspectos.²¹

Não obstante o exposto, não se pode afirmar que o Código Brasileiro de Defesa do Consumidor será sempre aplicado, porque: 1) algumas ofertas de contratação serão expressamente regidas pela lei estrangeira; e 2) temos que o CDC não é suficiente para regular todas as condutas desenvolvidas com o advento da Internet.

4.2 Da necessidade de uma legislação específica

Ao tratar da necessidade da criação de normas adequadas às novas tecnologias, o Prof. MARIO LOSANO afirma categoricamente que “este vazio legislativo existente na Internet obriga estender, por analogia, as normas existentes a situações novas que a informática vai criando. Os resultados são, freqüentemente, insatisfatórios, porque as normas editadas em época pré-informática podem regular as novas situações até um determinado ponto, mas, com freqüência, não conseguem servir de caminho precisamente nas relações em que as novas tecnologias se revelam mais inovadoras”.²²

Para solucionar esse problema de ausência de lei específica, a UNCITRAL - Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional - desenvolveu uma Lei Modelo, sobre o comércio eletrônico que se propõe a servir de guia, ou melhor, de paradigma fundamental para os demais países. Composta de 17 artigos, a Lei Modelo tem a finalidade de apresentar a todas as nações princípios gerais para haver uma espécie de uniformização jurídica na Internet.

A UNCITRAL estabelece que os documentos eletrônicos só terão valor probatório se atenderem a certos requisitos essenciais, quais sejam: o reconhecimento legal (art.5º); a previsão de forma escrita quando esta for considerada necessária (art.6º); o problema da assinatura e de seu sucedâneo legal (art. 7º); a permanência da integridade da proposta quando esta chega ao destinatário (art. 8º).

²¹ Cf. LORENZETTI, Ricardo Luis. *Op. cit.*, p.442.

²² LOSANO, Mário G. *Os problemas legais da editoria em CD-ROM*. *Revista Ajuris*, Porto Alegre: [s.n.], v.50, n. 17, nov/ 1990, p. 88-89.

Vários países já adotaram o modelo da UNCITRAL, como os Estados Unidos, a Alemanha, a França, a Argentina e a Colômbia. No Brasil, existe um Anteprojeto de Lei, elaborado pela Comissão de Informática da OAB, que tem o escopo de garantir proteção jurídica aos novos ambientes virtuais, recheados de relações intersubjetivas ainda carentes de uma real e efetiva segurança.

Uma lei apropriada incentivará, cada vez mais, as transações eletrônicas, trazendo segurança para o usuário, hoje refém da vulnerabilidade aventureira de um território em que não se sabe muito bem qual o direito a ser aplicado.

Embora a maioria de nossas centenas de normas continuem sendo aplicadas aos contratos eletrônicos, temos que, dada a especialidade, transcendência e complexidade que possuem, tais contratos requerem uma regulação específica. *“Pero no intentemos imponer en el mundo virtual las normas que no podemos cumplir en el mundo real.”*²³ Por isso, a lei deve ser feita com uma visão futurista, jamais amarrar o país à época de sua edição, mas orientar gerações, dentro de princípios considerados fundamentais para o desenvolvimento e bem estar social.

5. Disposições finais

*O ser é; o não-ser não é. (...) Este princípio, descoberto por Parmênides, é o princípio lógico da identidade. Na Internet, todavia, o ser pode não ser quem diz ser!! Melhor explicando: “num mundo digital, quem tiver a minha senha e tiver o controle sobre meus registros pessoais ou patrimoniais poderá ser EU”.*²⁴

Disso resulta a necessidade de se estabelecer meios tecnológicos e jurídicos que permitam garantir adequada segurança às relações desenvolvidas na *World Wide Web*. Os contratos eletrônicos, e as negociações no *e-commerce* de um modo geral, só alcançarão sua plenitude quando tivermos certeza da autenticidade das partes contratantes, da integridade do conteúdo pactuado e da legislação a ser aplicada caso haja algum conflito de interesses.

É preciso promover uma coordenação internacional que permita o desenvolvimento de um novo marco no funcionamento das redes digitais do século XXI, levando em conta sua enorme importância para o desenvolvimento social e econômico das gerações vindouras.

23 LOPÉZ, Valentín Carrascosa. *Op. cit.*, p.179.

24 GRECO, Marco Aurélio. *Op. cit.*, p. 40.

A realidade jurídica não pode desconsiderar esses novos tempos marcados pelo conflito virtual. Mas bem ao contrário, o Poder Judiciário deve estar atento ao ciberespaço, bem como estruturado para demandas virtuais, evitando soluções paliativas que não restabelecem a paz social, mas levam à litigiosidade contida, gerando sentimento de insatisfação que não condiz com uma sociedade justa e evoluída.

O barco, citado por Gilberto Gil em sua música *Pela Internet*, só poderá velejar tranqüilamente nesse “infomar” quando passar a contar com a bússola do Direito a orientar sua direção e a proteger seu navegar.

6. Bibliografia

01. AGUIAR, Ruy Rosado de. *Ministro do STJ alerta para a fragilidade jurídica dos Contratos pela Internet*. Suplemento ADCOAS. São Paulo: Esplanada, a. I, n.20, 2^a quinzena, out/2000.
02. BRASIL, Angela Bittencourt. *Contratos virtuais*, <http://www.ciberlex.adv.br/artigos/contratos>, 03 de maio de 2000.
03. DINIZ, Davi Monteiro. *Documentos eletrônicos: um estudo sobre a qualificação dos arquivos digitais como documentos*. Revista da Faculdade de Direito Milton Campos, Belo Horizonte: [s.n.], n.5, 1998.
04. DRUCKER, Peter. “O futuro já chegou”. Exame - digital. [s.l.: s.n.], março/2000.
05. GARDNER, Martin. *La Internet: ¿Cerebro mundial?*. Revista Universidad de Antioquia. Colômbia: [s.n.], n. 258, out./dez/1999.
06. GRECO, Marco Aurélio. *Internet e Direito*. São Paulo: Dialética, 2000.
07. KOYRÉ, Alexandre. *Estudos de história do pensamento científico*. Trad. e rev. Márcio Ramalho. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1982.
08. LOPÉZ, Valentín Carrascosa. *Los Contratos Informáticos*. Informática v Derecho: Revista Iberoamericana de Derecho Informático. Centro Regional de Extremadura - Mérida, 1998.
09. LORENZETTI, Ricardo Luís. *Informática, cyberlaw e e-commerce*. In LUCCA, Newton de e SIMÃO FILHO, Adalberto (coordenadores) e outros. Direito & Internet - Aspectos jurídicos relevantes. São Paulo, Edipro, 2000, p.419-464.
10. LOSANO, Mário G. *Os problemas legais da editoria em CD-ROM*. Revista Ajuris. Porto Alegre: [s.n.], v.50, n.17, nov /1990.
11. LUCCA, Newton de. *Títulos e Contratos Eletrônicos - Advento da Informática e seu Impacto no Mundo Jurídico*. In LUCCA, Newton

Dos contratos eletrônicos:

A realidade jurídica diante da virtualidade dos novos tempos

- de e SIMÃO FILHO, Adalberto (coordenadores) e outros. Direito & Internet - Aspectos jurídicos relevantes. São Paulo: Edipro, 2000, p.21-100.
12. MONTAIGNE, Michel de. *Ensaio*. Trad. Sérgio Milliet. São Paulo: Abril Cultural, nov/1972. (Col. Os Pensadores XI)
 13. QUEIRÓZ, Regis Magalhães Soares de. *Assinatura Digital e o Tabuleiro Virtual*. In LUCCA, Newton de e SIMÃO FILHO, Adalberto (coordenadores) e outros. Direito & Internet - Aspectos jurídicos relevantes. São Paulo: Edipro, 2000, p.371-418.
 14. SANTOS, Boaventura de Sousa. *Um discurso sobre as ciências*, 8. ed., Porto: Afrontamento, 1996.

PRODUTOS TRANSGÊNICOS: ATÉ QUE PONTO O DIREITO PERMITE A INVASÃO TECNOLÓGICO-CIENTÍFICA NO CAMPO ÉTICO-SOCIAL

Renato Rodrigues Vieira (aluno do 4º período da graduação em Direito da UFPE)

Sumário: 1. Introdução; 2. Noções Gerais; 3. Produtos Transgênicos: danosos ou benéficos?; 4. Interesses Pernambucanos; 5. Aspectos Jurídicos; 5.1. Direito Comparado; 5.2. Discussão: rotular ou não?; 6. Conclusões; 7. Bibliografia.

1. Introdução

Atualmente, em face do crescente desenvolvimento tecnológico e da evolução das mais avançadas técnicas de produção, que diariamente surgem, está havendo uma reformulação conceitual dos valores sociais. A ética é posta em xeque, e a carência legislativa que envolve este tema é um fator que dificulta ainda mais a perfeita compreensão do assunto, criando obstáculos à comercialização e a produção dos Organismos Geneticamente Modificados (OGM).

Todas as discussões acerca deste controvertido tema, gerou 3 posicionamentos: os que lutam fervorosamente a favor da regulamentação e liberação desses produtos; os que, em contraposição, abraçados com o tradicionalismo, repudiam veementemente essa moderna tendência; e por último, um terceiro bloco, indubitável e infelizmente o maior de todos, formado por desinformados, que se mantêm indiferentes, porém receosos ao objeto de nosso estudo. É desalentador observar que esse último bloco é infinitamente maior que os outros, refletindo, assim, a crescente ignorância, muitas vezes voluntária, da população.

Portanto, inicialmente, devemos nos comportar de forma oposta a esse terceiro bloco, promover um embasamento, sobretudo sócio-jurídico, e incrementar a discussão sobre os produtos transgênicos e seus efeitos na sociedade.

Se a tecnologia passa a frente da ciência jurídica, equacionando questões mal compreendidas por nós, temos o dever de vencer os maiores inimigos que são a ignorância e a superstição.

Segundo os ensinamentos do sempre requisitado Popper, "*Temos que saber que nada sabemos, ou quase nada (...) temos que sondar criticamente*

o terreno, como fazem as baratas, buscar a verdade com toda a modéstia. Não devemos mais procurar fazer o papel de profetas oniscientes” É com vistas em pensamentos como este de Poper, que será dirigido este trabalho. Estudando inicialmente conceitos fundamentais, os efeitos dos produtos transgênicos no homem e no que o cerca, **que, a propósito**, são de assaz importância para a determinação da postura que os **legisladores** e os aplicadores do direito devem tomar; logo após, inserir a discussão dentro do contexto de nosso Estado para, aí sim, entrarmos na principal discussão de nossa pesquisa: até **que ponto** o sistema jurídico permite a invasão do trator tecnológico-científico na esfera ético-social. Sem, evidentemente, qualquer pretensão de **colocar um ponto** final na discussão, deve-se, porém, fomentar esses debates tão significantes e relevantes para a sociedade.

2. Noções Gerais

Primeiramente, com o intuito de não comprometer o perfeito entendimento de nosso trabalho no futuro, **devemos** expor, de maneira sucinta, alguns conceitos essenciais e que nos serão úteis para desvendar alguns mistérios que envolvem esse tema e superar a barreira do não-conhecimento.

Transgênicos são seres criados em laboratório com técnicas da engenharia genética que permitem transportar genes de um organismo para o outro, mudando sua forma e manipulando sua estrutura natural, a fim de obter características específicas (por exemplo, determinados genes podem ser inseridos numa planta para que esta produza toxinas contra pestes).

E a *Biotecnologia* são as técnicas que usam organismos vivos ou partes deste para produzir ou modificar produtos, melhorar geneticamente plantas ou animais, ou desenvolver microorganismos com fins específicos.

Segundo os cientistas, os avanços no estudo dessa tecnologia, irão permitir a curto prazo grandes avanços nos mais diversos setores, possibilitando, por exemplo a cura de doenças genéticas, através de terapia gênica, de doenças contra a AIDS e o câncer, **que em pleno séc. XXI** ainda matam milhões de pessoas, pode-se desenvolver ainda culturas com maior rendimento agrícola e com características, que permitam o seu cultivo em condições adversas ambientais.

Entretanto, o problema não é tão simples como parece, para que possamos alcançar todos esses objetivos é preciso ultrapassar as barreiras impostas pela ética social e por trás dela, convencer os legisladores, **que**

1 Apud BELLINO, Francesco. *Fundamentos da Bioética – aspectos antropológicos, ontológicos e morais*. São Paulo: Editora da Universidade Sagrado Coração, 1993, p.5.

ainda estão num processo de elaboração das leis, de que a transgenia é realmente um processo útil à humanidade e que não irá causar grandes impactos ambientais.

3. Produtos Transgênicos: Danosos ou Benéficos?

Muitos cultivos de transgênicos, já estão sendo plantados em escala comercial em alguns países, possuindo genes resistentes à antibióticos. Que, por sua vez, são os mesmos usados em tratamento de doenças humanas e animais. Que conseqüências, em termos práticos isso poderia ter? Segundo especialistas, o uso excessivo desses medicamentos produz bactérias resistentes a esses antibióticos, provocando problemas médicos e veterinários em todo o mundo. Há o risco, portanto, desses genes com resistência antibiótica serem transferidos para as bactérias de nosso corpo, tornando-as imunes a drogas feitas com esses antibióticos para tratamento de doenças.²

Por outro lado, a anemia, causada pela falta de ferro na alimentação humana, poderá ser combatida por meio de alimentos transgênicos. Pesquisadores japoneses, depois de um detalhado estudo, “turbinaram” grãos de arroz, base alimentar de muitos países subdesenvolvidos (como o Brasil), e fizeram com que eles armazenassem até 3 vezes mais ferro do que as sementes tradicionais.³

O diretor de novas tecnologias da *Novartis Biociências*, Wiheumuy Uitdewilliger, argumenta que a nova biotecnologia enfrenta resistências por se tratar de um avanço radical da ciência, cujo avanço não foi devidamente assimilado. “Esse sentimento de aversão ao novo leva o debate a ser focado apaixonadamente”. Como ocorreu, por exemplo, com o uso da vacina contra a varíola, que foi retardado por 60 anos devido a críticas feitas contra o seu inventor, Edward Jenner. O médico brasileiro Oswaldo Cruz foi outro cientista que sofreu pressões violentíssimas quando, em 1904, lançou as primeiras campanhas contra a febre amarela.⁴

Já os que não concordam com a liberalização dos produtos transgênicos fazem-se de ocorridos, principalmente aqueles que causaram

² O milho Novartis, por exemplo, confere resistência à Apenicilina, que pertence ao grupo antibiótico da Penicilina, que são usados comumente no tratamento de graves doenças como a pneumonia, bronquite e difteria.

³ No Brasil, segundo o Ministério da Saúde, 4,8 milhões de crianças, com até dois anos sofrem da doença, que compromete o crescimento, atrasa o desenvolvimento cerebral e diminui a resistência da criança a infecções.

⁴ HERÉDIA, Mariângela. *Transgênicos, a Batalha da Informação*. [Http://www.amcham.com.br/](http://www.amcham.com.br/), 23 de março de 2001.

algum impacto ambiental, como um caso na Noruega. Muitas espécies de peixes transgênicos estão sendo testadas por criadores. Foi introduzido nestes o gene do hormônio de crescimento para promover níveis elevados de desenvolvimento. Alguns Salmões cresceram até 5 vezes mais que seu semelhante normal em apenas um ano. Em algumas partes da Noruega, peixes transgênicos escaparam do criadouro e hoje são encontrados na proporção de um para cada 5 peixes nativos. Isso não só pode como já está provocando um grande desequilíbrio ecológico na região.

Além desse exemplo, em um outro experimento realizado em laboratório, joaninhas foram alimentadas com pulgões que foram, por sua vez, alimentados com batatas transgênicas. Comparadas às joaninhas alimentadas normalmente, elas apresentaram uma produção de ovos menor e viveram metade do tempo de vida das outras.

Todavia, os defensores da transgenia demonstram, através de pesquisas de grandes centros universitários, que os processos biotecnológicos são saudáveis à terra e conseqüentemente para os seres que nela vivem (como a joaninha) e reduzem em até 90% a erosão provocada pelo vento e pela água, devido ao menor uso de agrotóxicos. Nas lavouras de plantas geneticamente modificadas, dizem eles, ervas daninhas e insetos-pragas são controlados com uma quantidade menor de herbicidas e pesticidas.

Outro exemplo, quanto às vantagens e desvantagens desses produtos em nosso cotidiano é que as frutas mantêm o sabor e sua consistência por vários dias e vegetais são produzidos com uma quantidade menor de agrotóxicos, como foi dito no exemplo anterior. Todavia, quando tentaram melhorar a qualidade nutricional da soja com genes da castanha do Pará, pessoas que nunca haviam comido castanha passaram a apresentar alergia quando ingeriram a soja modificada. Se introduzíssemos um gene de amendoim em um outro vegetal e uma pessoa que fosse alérgica ao amendoim, fosse consumir esse produto, e por não estar devidamente informada, desenvolvesse uma reação alérgica grave?

Um problema como esse citado anteriormente, seria resolvido com a devida rotulagem dos alimentos geneticamente modificados, entretanto até nesse ponto existe controvérsia, como teremos oportunidade de analisarmos depois, com mais detalhes. Alguns afirmam que, com a rotulagem, esses produtos sofreriam uma injusta rejeição, tão somente pelo receio dos consumidores, que na dúvida prefeririam comprar os convencionais. Entretanto o consumidor está sendo lesado, pois está sendo impedido de exercer o seu direito de escolha, uma vez que não há como identificá-los, devido justamente a rotulagem inadequada.

Podemos observar com as seguidas antíteses expostas, no decorrer

do presente tópico, que a capacidade de argumentação dos dois lados nos provoca a dúvida de qual realmente é a melhor opção.

4. Interesses Pernambucanos

O Brasil ainda está na fase inicial de discussões acerca da transgenia, e os debates encontram-se um tanto quanto isolados no sul do país, principalmente no Rio Grande do Sul, onde a justiça já foi convocada diversas vezes e o processo legislativo estadual já está em estágios relativamente adiantados, assim como São Paulo e Santa Catarina. Essa centralização no sul do país possui um motivo provável, nosso vizinho e parceiro no Mercosul, a Argentina, adotou confessamente essa tendência, cuja soja já é 80% transgênica.

Não obstante isso, Pernambuco, na condição de estado sempre presente e atuante nas grandes discussões brasileiras durante a história, não poderia ficar indiferente a este relevante debate. Em maio de 1999, em Recife, foi realizado um grande evento, reunindo os 27 secretários estaduais para a realização do *Fórum Nacional de Secretários de Agricultura*, os quais decidiram por unanimidade, encaminhar moção propondo que a transgenia não deva ser liberada no Brasil, enquanto não seja resolvido o impacto sobre os orçamentos dos estados e as incertezas nas pesquisas. Houve também, na capital pernambucana, o *I Encontro Norte-Nordeste de Biossegurança de Produtos Transgênicos*, realizado em setembro de 2000, onde foram discutidos, entre outros temas, os tratados internacionais, o surgimento do Biodireito e a Bioética.

Mas não é apenas o governo que está atento à questão dos transgênicos, uma parte da população pernambucana também está engajada nesse projeto, promovendo manifestações de nível nacional, como por exemplo, a invasão do cargueiro de bandeira liberiana, Antillanca, fundeado no Recife, que transportava 38 mil toneladas de milho transgênico argentino, importado por avicultores pernambucanos como ração animal. O MST, organização autora desse incidente, sob o pretexto da saúde, do meio ambiente e do pequeno produtor rural, quer excluir o Brasil dessa nova onda que começa a se desenhar no campo. Em Julho de 2000, o MST, sindicalistas filiados à CUT e à Federação dos Trabalhadores na Agricultura (FETAPE) declararam guerra aos alimentos transgênicos, na praça do Marco Zero, em frente as dependências do Porto do Recife. Houve também uma manifestação envolvendo cerca de 500 pessoas no maior supermercado do estado, o Hiper Bompreço. Ou seja, todos esses exemplos possuem uma única finalidade: comprovar que Pernambuco, com a importância que possui, não pode ficar parado, inerte, frente ao grande avanço dos produtos

transgênicos em nossa direção, devemos, portanto, iniciar, a exemplo de nossos vizinhos sulistas, o trabalho legislativo, pesquisas de impacto ambiental e social, e conforme seja, regulamentar a rotulagem dos OGMs.

A Paraíba também não está alheia a essas discussões. Juristas e cientistas, reunidos em João Pessoa, aprofundaram os aspectos legais da pesquisa e comercialização dos OGMs no Brasil. Eles participaram do I Simpósio Paraibano sobre Transgênicos. "O mundo inicia uma verdadeira revolução a partir do advento da Biotecnologia, e esse assunto completamente novo para nós, precisa ser esclarecido, para que não façamos interpretações erradas dos fatos relacionados às pesquisas no Brasil", disse o secretário de agricultura.

As grandes corporações agroquímicas que controlam e orientam as inovações na agricultura através da biotecnologia argumentam que a engenharia genética estimulará a sustentabilidade da agricultura e solucionará os problemas que afetam à agricultura convencional, tirando os agricultores do Terceiro Mundo da baixa produtividade, pobreza e fome. Portanto, seguindo esse argumento, chegaríamos a conclusão de que esse processo seria de extrema utilidade e serventia para estados como o nosso, em que a produção não vem alcançando grandes resultados e os pequenos agricultores não conseguem produzir nem para sua própria subsistência. Será que essa seria a "saída de emergência" para essa crise que já dura décadas e sem perspectiva de melhora? Talvez. Porém, vamos formular um argumento contrário a este, para chegarmos a alguma conclusão.

Ainda que exista fome no mundo e que se sofra devido à poluição por pesticidas, o objetivo das corporações multinacionais é obter lucros e não praticar a filantropia. É demasiado difícil conceber como essa tecnologia será introduzida nos países de Terceiro Mundo para favorecer a massa de agricultores pobres, como os nossos, que não possuem dinheiro para comer, imaginemos para adquirir essas técnicas, que a propósito, são protegidas por patentes. E se os biotecnologistas estivessem realmente interessados em alimentar o mundo, porque não desenvolver variedades de cultura que sejam mais tolerantes a ervas daninhas em vez de ser tolerantes a herbicidas? Ou porque não desenvolver produtos que facilitem a resistência das plantas nas estações sem chuva, que tanto afligem o sertanejos, sobretudo do polígono da seca?

Os argumentos sempre extremamente retóricos contribuem ainda mais em gerar dúvidas e questionamentos. E como solucionar-se-iam estas questões que teimam em não ser resolvidas? Pesquisas minuciosas, sob diversos ângulos diferentes: quantidade de investimentos necessários; real utilidade; impactos sociais, como o desemprego, a fome e a saúde da população; e ainda impactos ambientais.

5. Aspectos Jurídicos

Ao se estudarem todas essas questões que envolvem o ser humano, deve-se pensar na multiplicidade e integralização do conhecimento e do novo direito, o *Biodireito*, que se mescla com variados ramos das ciências jurídicas com fonte direta na Constituição Federal, entre os quais o direito administrativo, civil, penal, tributário, financeiro, processual civil e penal, laboral, internacional público e privado, do consumidor e a arbitragem, sem olvidar ainda a economia, ecologia, antropologia, mineralogia, genética, biologia, biotecnologia e, notadamente, a engenharia genética. Assim, com a mesma magnitude da pesquisa genética, de sua evolução e efeitos deve ser a resposta do ordenamento jurídico.

O direito ambiental compreende princípios e regras de proteção ao meio ambiente, sendo significativamente elástico. O art. 225 da Constituição Federal projeta a suma preocupação do constituinte e enuncia enfaticamente alguns pontos a saber:

Art. 225. Todos têm direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem como de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e a coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

E sem, qualquer ressalva, para assegurar a efetividade desse direito – garantia, impõe-se ao estado, entre outros, o dever de:

Art. 225, §1º

II – preservar a diversidade e integridade do patrimônio genético do país e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação do material genético.

V – controlar a produção, comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, qualidade de vida e o meio ambiente.

A lei 8.974, de 5 de janeiro de 1995, regulamenta esses incisos, II e V do § 1º do art. 225 da Constituição, estabelecendo normas de segurança e mecanismos de fiscalização na utilização das técnicas de engenharia genética na construção, cultivo, manipulação, transporte, comercialização, consumo, liberação e descarte de organismos geneticamente modificados, com o intuito de proteger a vida e a saúde dos homens, animais, plantas e meio ambiente. Autoriza, também, o Poder Executivo a criar, no âmbito da presidência da República, a *Comissão Técnica Nacional de Biossegurança* (CTNBio).

5 FREJDA SZKLAROWSKY, Lcon. *A Civilização Transgênica e Cibernética*. <http://www.ius.com.br/doutrina/transge1.html>. 28 de março de 2001.

No art. 7º desta lei afirma também que caberá, dentre outras atribuições, aos órgãos de fiscalização do Ministério da Saúde, da Agricultura, do Abastecimento e da Reforma Agrária, além do Ministério do Meio Ambiente e da Amazônia Legal, *observado o parecer conclusivo da CTNBio*, a emissão do registro de produtos contendo OGM, ou derivados a serem comercializados para uso humano, animal ou em plantas ou para a liberação no meio ambiente.

Devemos visualizar também que todas as vezes que houver perigo de dano ao meio ambiente, devem ser observados os princípios da precaução e o da prevenção, previstos no citado art. Constitucional, consagrados na Declaração do Rio de Janeiro/92, firmada pelo Brasil e adotada pela maioria dos diplomas internacionais, pelo qual basta o risco de que dano ambiental seja irreparável, para que seja aplicado para barrar a ação.

Essas disposições consagram, no dizer do Ministro Celso de Mello, um típico direito de terceira geração.

O princípio precautório é um marco no manejo de risco, que é absolutamente necessário, particularmente em países que possuem um ecossistema tão rico e diversificado como o Brasil. O princípio da precaução, caso a caso, aliás, já vem sendo aplicado na maior parte do mundo, exceto nos Estados Unidos, onde algumas culturas e genes nela inseridos não foram monitorados e regulamentados apropriadamente⁷.

Entretanto, algumas pessoas podem pensar, irresponsavelmente, *data vênia*, que o "Princípio Precautório não pode impedir os avanços da ciência". Desta forma pensa Chris Gliddon, externada no seu artigo, já devidamente citado, "*Conhecer os riscos para avaliar os benefícios*".

Para Jesus Gonzales Perez, "*os princípios jurídicos constituem a base do ordenamento jurídico, a parte permanente e eterna do direito e, também, o fator cambiante e mutável que determina a evolução jurídica da nação*". Dentre alguns princípios podemos citar o da *Responsabilidade*, que expressa que todo aquele que colocar em situação de perigo ou causar danos a outrem deve arcar com os prejuízos decorrentes, respondendo também pelos atos que venham a prejudicar o curso normal do desenvolvimento dos indivíduos. Assim, por esse princípio, a intervenção

6 RE 134297 – SP, STF, 1º T, DJU I, 22.09.95, p. 30597.

7 TZOTZOS, George. *Rotulagem é Direito do Consumidor*. [Http://www.mct.gov.br/ctnbio/bio/entrevistas/interv_tzotzos.htm](http://www.mct.gov.br/ctnbio/bio/entrevistas/interv_tzotzos.htm). 05 de abril de 2001.

8 GLIDDON, Chris. *Conhecer os riscos para avaliar os benefícios*. [Http://www.mct.gov.br/ctnbio/bio/entrevistas/interv_gliddon.htm](http://www.mct.gov.br/ctnbio/bio/entrevistas/interv_gliddon.htm). 05 de abril de 2001.

9 PEREZ, Jesus Gonzales. *El Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo*. Madrid: Ediciones Sigueme, 1995, p. 86.

no material genético de animais e plantas, com o intuito de constituir avanços significativos na pesquisa científica, deverá se estruturar em condutas ético-jurídicas que não acarretem danos à humanidade. Outro princípio é o da *Prudência*, ou seja, devemos agir com cautela, basilados em cuidados e zelo especiais, bem como moderação para auxiliar os avanços e pesquisas científicas.

A Declaração Universal do Direitos Humanos reconhece sem dúvida os direitos do homem ao ambiente, nos termos em que conhecemos atualmente, ao manifestar expressamente que toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar (art. XXV).

No Brasil, apesar de recente e em desenvolvimento, existe um feixe legislativo regulamentando a proteção ambiental, a manipulação de genes e a engenharia genética. A maior parte dos estados, entre os quais Pernambuco e seus vizinhos, Alagoas, Paraíba, Sergipe e Ceará têm previsão legal ou constitucional, enunciando competir ao estado a preservação da diversidade e da integridade do patrimônio genético e biológico, e a fiscalização das entidades dedicadas à pesquisa e manipulação do material genético.

A Constituição prevê, no art. 24, a competência concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal, para legislar sobre a proteção do meio ambiente e responsabilidade por danos causados a ele.

A lei brasileira, ainda singela, segue os padrões internacionais e assenta-se nos princípios da precaução, por se tratar de assunto controverso e *ainda* não totalmente dominado pelo homem.

Importante, além disso, observar e enunciar a catalogação dos crimes de manipulação genética de organismos vivos, ou o manejo e *in vitro*, de DNA, realizado em desacordo com as normas da referida lei 8.974/95. Ficam expressamente vedadas e constituem delitos, por exemplo, a produção, armazenamento e manipulação de embriões humanos destinados a servir de material biológico disponível.

Além da responsabilidade penal, essa lei prevê as infrações de caráter administrativo e civil. O art. 14 obriga o infrator a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, independente da apuração da culpa.

Quanto ao direito do consumidor, também não podemos olvidar que é seu direito básico, entre outros, ter protegidos a vida, saúde e segurança contra riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos e nocivos, assegurado o direito de informação sobre os diferentes produtos, especificação, características e composição, conforme observamos no art. 6º da Lei 8.078/90, Código do

Consumidor. Diversos juristas e membros do próprio governo, além é claro de ONGs, discordando da interpretação da CTNBio e do Ministério de Agricultura, entendem que os transgênicos são um tipo especial de produto que demandam necessariamente um estudo de impacto ambiental, além da rotulagem de acordo com o Código de Defesa do Consumidor. Esse também é o posicionamento do Greenpeace, IDEC, além da legislação vigente.

O governo federal está, a algum tempo, se posicionando a favor dos transgênicos, como podemos claramente observar nesta declaração do nosso atual presidente, Fernando Henrique Cardoso, em uma entrevista à Revista *Preços Agrícolas*, em setembro de 2000, e foi reproduzida no boletim da empresa Monsanto: *"Entendo que a biotecnologia é uma das áreas que trará mais benefícios para a humanidade no século XXI. Ela já está permitindo a obtenção de alimentos mais nutritivos e mais baratos para a população. O Brasil, há mais de 15 anos, vem formando recursos humanos e construindo uma infra-estrutura para o desenvolvimento da biotecnologia. Mas, só no meu governo, no ano passado, começamos a testar no campo os primeiros produtos da engenharia genética ligados à agricultura"*¹⁰. Creio que esta declaração coloca um ponto final nas dúvidas e especulações sobre se o governo brasileiro é a favor ou contra, se é que ainda existia essa dúvida.

O parecer do Dr. Paulo Afonso Leme Machado, um dos mais respeitados juristas do Brasil, atualmente, na área de direito ambiental, apresentando um Seminário Internacional sobre Direito da Biodiversidade, no Superior Tribunal de Justiça, em Brasília, em maio de 1999 explicava o seguinte: *"Acentue-se que a utilização e a liberação de organismos geneticamente modificados, resultantes da biotecnologia, comporta riscos que provavelmente provoquem impactos ambientais negativos e que possa afetar a conservação e a utilização sustentável da diversidade biológica, como também comporta riscos à saúde humana (art. 8º, g, da Convenção da Diversidade Biológica). E nesse caso, tanto a Convenção da Diversidade Biológica (art. 14, a), como a Constituição Federal (art. 225, parágrafo 1º, IV) indicam a necessidade de exigir-se o estudo prévio de impacto ambiental. Não tenho dúvidas em afirmar que os membros da Comissão Técnica Nacional de Biossegurança ou os funcionários dos ministérios ou das secretarias estaduais competentes que deixarem de exigir a avaliação de impacto devem ser responsabilizados civil e penalmente."*¹¹

10 REVISTA ALDENE. *Transgênicos*. [Http://www.aldene.com.br/revista/transgenicos.htm](http://www.aldene.com.br/revista/transgenicos.htm), 05 de abril de 2001.

11 ALTIERI, Miguel. *Transgênicos - Aspectos Jurídicos*. [Http://www.greenpeace.com/](http://www.greenpeace.com/), 21 de março de 2001.

Saindo um pouco da parte teórica e abstrata, porém de fundamental importância, seria interessante uma rápida análise de alguns casos de interferência do direito na transgenia.

Em março de 1999, a Procuradoria da República, em Santa Maria/RS denunciou um plantio irregular de soja transgênica, apreendendo 22,5 sacas da semente, configurando, assim a primeira denúncia, envolvendo plantio ilegal de soja modificada do Brasil. Os denunciados podem ser condenados a um pena que varia de um a três anos. A decisão da procuradora foi embasada na Lei Federal n.º 8.974/1995, já por nós analisada, que considera crime a liberação de OGMs no meio ambiente em desacordo com as normas estabelecidas no país.¹²

O juiz federal Antônio Sousa Prudente, da 06ª Vara do Distrito Federal, determinou a exigência de estudo prévio de impacto ambiental como condição indispensável para o plantio, em escala comercial, da soja transgênica. A liminar, que atende a ação proposta pelo Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC), também suspende todas as autorizações já concedidas pelo governo para o plantio das cinco variedades de soja desenvolvidas pela Monsanto (junho/1999).

E por último, um caso que foi ao Supremo Tribunal Federal (STF) para se discutir a competência da CTNBio e a vinculação de seu parecer conclusivo, sobre os impactos ambientais. Analisaremos agora, de forma resumida o voto do douto relator Ministro Sepúlveda Pertence. Depois de uma detalhada análise do caso e recorrendo com bastante frequência aos ensinamentos do eminente Paulo Afonso Leme Machado, chegou à seguinte conclusão:

- 1- “A CTNBio desempenha função tão somente consultiva, mediante a emissão de pareceres conclusivos os quais os Ministérios não estão subordinados em razão de suas atribuições legais/institucionais.
- 2- O fato da CTNBio exigir ou não o Estudo de Impactos Ambientais (EIA) e o Relatório de Impactos no Meio Ambiente (RIMA) não impede sua exigência pelos Ministérios.
- 3- Nos casos em que o EIA/RIMA já tiver sido realizado, por solicitação da CTNBio, os Ministérios poderão, ainda, requerer esclarecimentos ao empreendedor ou à equipe multidisciplinar.
- 4- O IBAMA é o órgão de fiscalização do Ministério do Meio Ambiente, competente para expedir autorização visando o funcionamento de laboratório, instituição ou empresa que desenvolverá atividades

¹² MULLER, Cristina. *Produtor Brasileiro evita Transgênicos*. [Http://www.ecoguita.com.br](http://www.ecoguita.com.br), 21 de março de 2001.

- relacionadas como OGMs, e entrada no país de qualquer produto contendo OGM ou derivados, e demais atribuições previstas no art. 7º da Lei n.º 8.974/95.
- 5- No tocante à atuação do Ministério do Meio Ambiente, caberá ao seu órgão de fiscalização – IBAMA – exigir o EIA e o RIMA, sempre que se tratar de obras ou atividades potencialmente causadoras de degradação ambiental, após análise do parecer conclusivo da CTNBio e previamente a emissão da autorização de sua competência¹³.

Talvez a citação do voto de Ministro Sepúlveda Pertence tenha sido um pouco longa, porém de grande serventia para um melhor entendimento do assunto, que a propósito, o próprio ministro, durante o seu voto considerou de extraordinária relevância o tema, devido às preocupações que têm gerado no Brasil e no mundo, além da perplexidade acerca dos efeitos ambientais dos transgênicos.

5.1. Direito Comparado

No direito comparado, a legislação tem-se esmerado no sentido de oferecer ampla proteção ao meio ambiente, com destaque às normas legais dos Estados Unidos. É de assaz relevância a análise da legislação de outros países, principalmente daqueles em que o tema em discussão já está relativamente adiantado, porque a utilizamos como contribuição para a elaboração da nossa e como meio de fomentar os nossos debates.

A Noruega permite a produção de organismos geneticamente modificados, calcadas em razões éticas e sociais motivadas, prevalecendo sempre o respeito ao meio ambiente e à saúde humana. Já a legislação japonesa pauta-se, fundamentalmente, pela garantia de condições básicas para a segurança e o uso apropriado de técnicas de recombinação do DNA em processos industriais e de manufaturação. A legislação inglesa é uma das mais antigas. Seguem-se, entre outros, a França, a Austrália, a Nova Zelândia, a Índia, a África do Sul, o Canadá, a Espanha, a Comunidade Européia, os organismos internacionais e os Estados Unidos. Este país, a propósito, possui uma das legislações mais complexas, contanto com inúmeros organismos fiscalizadores.

13 Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2.007-2, Distrito Federal, 12/08/1999.

5.2. Discussão: rotular ou não?

A nossa familiar lei 8.974/95, em seu art. 1º e o decreto 1.752/95, no art. 2º, conferem à CTNBio competência para regular, entre outros aspectos, a comercialização e, como já vimos, o consumo de produtos geneticamente modificados no Brasil. A segurança alimentar, composição, forma de preparo e especificações de rotulagem são requisitos básicos para a comercialização e consumo de qualquer produto alimentício, de acordo com as Normas Internacionais do *Codex Alimentarius*¹⁴.

Os critérios de rotulagem de alimentos geneticamente modificados são distintos entre os países. Estados Unidos, Canadá, China e Argentina não determinam a obrigatoriedade de rotulagem de OGMs que forem idênticos aos seus análogos convencionais, no que diz respeito à segurança e a características nutricionais. Na consideração desses países, a informação no rótulo de que o produto é geneticamente modificado em nada contribui para o processo de informação e escolha do consumidor.

Entretanto, características específicas introduzidas no produto modificado, que alterem o aspecto nutricional ou acrescentam componentes potencialmente causadores de alergia, como por exemplo, proteínas do leite, peixe e crustáceos, devem constar no rótulo.

Por outro lado, a determinação sobre rotulagem, atualmente em vigor na Europa estabelece que deverá ser rotulado qualquer produto produzido com OGM ou que dele seja derivado. A desconfiança européia nos transgênicos chegou ao ponto de ser estabelecido, em caráter provisório, que todo o produto que contenha soja e milho provenientes dos Estados Unidos e Canadá, deveriam ser rotulado como: “contém soja/milho geneticamente modificado”. Na cabeça dos consumidores europeus ainda está bastante presente o episódio da “vacca louca”, ocorrido na Inglaterra. As pessoas, sobretudo os europeus, que são mais conservadores, querem ter segurança no que estão consumindo.

A posição que inicialmente o Brasil vinha defendendo era a rotulagem nos casos em que não houvesse equivalência essencial do produto transgênico com o produto convencional, semelhante à adotada pelos países da América do Norte e pela Argentina, é um posicionamento mais liberal. Assim como estes, a rotulagem só se faria nos casos de serem identificadas características nutricionais ou aspectos relacionados à segurança do produto pela presença de componentes alergênicos ou distintos do alimento similar

¹⁴ CORREIA, Maria Tereza. *Os alimentos que contêm OGMs devem ser rotulados?*. [Http://www.mct.gov.br/ctnbio/bio/faq/007.htm](http://www.mct.gov.br/ctnbio/bio/faq/007.htm). 05 de abril de 2001.

convencional. Essa posição, entretanto, vem sendo questionada por órgãos de defesa do consumidor, que postulam a necessidade de informação sobre a origem dos componentes do produto, uma vez que o consumidor está sendo lesado em seu direito de escolha. Todavia, como quase todos os outros pontos deste tema, este também não está resolvido, ainda.

Curioso observar, que ao contrário do que se discute, ou seja, rotulagem dos produtos geneticamente modificados para a devida informação dos consumidores, o art. 1º, do projeto de lei elaborado pelo Deputado Estadual Paulo Pimenta, afirma que os produtos convencionais, isto é os produtos que não sofreram alteração genética, têm o direito de receber o Certificado de Produto Agrícola Não-Transgênico – CANT.

O prof. da consagrada Universidade de Walles, na Inglaterra, numa entrevista sobre os transgênicos, respondeu a indagação “quais as informações no rótulo que se precisam ter?” da seguinte forma: “...se compro um frango, quero saber se ele foi criado em granja ou no quintal, se é caipira ou não. O segundo propósito é indicar a possibilidade de alergenicidade e toxicidade. Para mim rótulo é isso, ele informa, permite escolher, e avisa sobre as substâncias provavelmente tóxicas e alergênicas. O problema do rótulo muito longo e detalhado, está no fato de que as pessoas não leriam ou não entenderiam”¹⁵.

6. Conclusões

Realmente, o homem pode e deve desbravar o túnel que o separa do desconhecido, já que foi dotado de inteligência e do livre arbítrio. Também não podemos exigir que se pare bruscamente, no tempo e no espaço, essa incessante busca pelo saber e pelo desejo insaciável de descobrir novas tecnologias que possam, de alguma forma, interferir em nossas vidas. As pesquisas e o trabalho científico do homem, que visam aprimorar as condições de vida na Terra, devem ser incentivados e estimulados, e não barrados. Entretanto faz-se necessária a imposição de freios a essas ambições humanas, cuja responsabilidade compete ao legislador e, conseqüentemente ao aplicador da lei. O direito, como importante instrumento que é, deve estar sempre atento a essas discussões com o intuito de evitar que se ultrapassem alguns limites fixados pela ética e pelos valores sociais, ao mesmo tempo, porém, não exagerar nessa descarga de limitações, restringindo demasiadamente o trabalho dos cientistas e responsáveis pela evolução tecnológica.

15 GLIDDON, Chris. *Conhecer os riscos para avaliar os benefícios*. http://www.mct.gov.br/ctnbio/bio/entrevistas/interv_gliddon.htm. 05 de abril de 2001.

Os juristas são, portanto, chamados a intervir, com o objetivo de oferecer proteção e garantia à manipulação genética, dados os seus riscos (alguns dos quais expostos durante esse trabalho), para os seres humanos e para os outros animais e plantas.

Os legisladores e aplicadores do direito devem racionalmente analisar essa questão, não podendo, todavia, realizar essa tarefa distante da população, alheios ao que ela pensa a respeito. E a melhor e mais eficaz forma de se descobrir o que pensam os brasileiros, é através de pesquisas de opinião junto à população. Na falta de pesquisas oficiais, uma empresa, na Internet, fez a seguinte pergunta: "Você consumiria alimentos transgênicos?"¹⁶ A resposta foi um tanto quanto surpreendente, tendo em vista as grandes discussões político-jurídicas e ético-sociais, que não conseguem chegar a conclusão alguma: 64.89% dos "entrevistados" responderam SIM, e 35.11% responderam NÃO. Uma pesquisa como essa não pode e não deve ser encarada como ponto final ao problema, mas contribui de alguma forma na discussão, afinal somos os principais interessados em todo esse processo.

Entretanto, mesmo com essa aprovação dos transgênicos por parte da população, devemos agir com cautela, visto que produtos com a marca OGM sofrem profunda discriminação, sobretudo, como vimos, na Europa. Em abril de 2000, por exemplo, chegou ao Porto de Saint-Nazaire, na França, o primeiro carregamento das 180 mil toneladas de soja convencional, comprovadamente não transgênica, comprada de produtores do Goiás pela rede de supermercados Carrefour. Ao mesmo tempo que a nossa vizinha, Argentina, bem como os Estados Unidos e o Canadá, estão sofrendo grave rejeição. Por isso que não seria interessante tomarmos medidas impensadas, e sem prévio e detalhado estudo.

Uma frase do eminente jurista Pacheco Fiorillo explicita, de forma oportuna, o pensamento de grande parte de estudiosos e dos que realmente estão engajados e preocupados com esse passageiro empasse: "*Só merece aplauso, no campo da ciência, mas também no da moral e no direito, o experimento de engenharia genética que, ademais de não infringir os princípios da dignidade humana e da isonomia, contribui para a concretização do direito à vida*".¹⁷

Assim, a questão dos transgênicos, que ainda vai gerar bastante discussão científica, com reflexos econômicos, deve observar os diplomas

¹⁶ RIBEIRO, Cleriston. *Você consumiria alimentos transgênicos?*. [Http://www.enquctes.com.br](http://www.enquctes.com.br). 23 de março de 2001.

¹⁷ FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*, São Paulo: Saraiva, 2000, p. 163.

legais em vigor, bem como os princípios do direito ambiental, notadamente o da prevenção, além, é claro, do direito dos consumidores. Daí porque é de extrema importância a participação consciente e efetiva da comunidade científica, do Poder Público, dos juristas e dos cidadãos na temática, nunca deixando de se observar que acima de qualquer interesse, seja qual for, deve prevalecer sempre o bom senso, a razoabilidade, coerência e, lógico, a saúde de todos nós.

Mesmo depois deste breve estudo, sobre o extenso e constantemente renovado assunto, *Produtos Transgênicos*, ainda fica uma pergunta que teima em não ser respondida. É possível minimizar as considerações éticas, reduzir os riscos ambientais e ao mesmo tempo manter os benefícios? Quando estiver devidamente contestada, quem sabe estes debates estarão um pouco mais amenizados, visto que encerrá-los é uma tarefa quase impossível.

7. Bibliografia

1. ALTIERI, Miguel. *Transgênicos - Aspectos Jurídicos*. [Http://www.greepeace.com/](http://www.greepeace.com/), 21 de março de 2001.
2. ASSUNÇÃO, Luís Fernando. *Chega à Europa soja não-transgênica comprada do Brasil*. [Http://www.na.com.br/cgi-local/newspro/viewnews/](http://www.na.com.br/cgi-local/newspro/viewnews/), 26 de março de 2001.
3. BELLINO, Francesco. *Fundamentos da Bioética – aspectos antropológicos, ontológicos e morais*. São Paulo: Editora da Universidade Sagrado Coração, 1993, p.5.
4. CORREIA, Maria Teresa. *Os alimentos que contêm OGMs devem ser rotulados?* [Http://www.mct.gov.br/ctnbio/bio/faq/007.htm](http://www.mct.gov.br/ctnbio/bio/faq/007.htm), 05 de abril de 2001.
5. FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 163.
6. FREJDA SZKLAROWSKY, Leon. *A Civilização Transgênica e Cibernética*. [Http://www.ius.com.br/doutrina/transge1.html](http://www.ius.com.br/doutrina/transge1.html), 28 de março de 2001.
7. GLIDDON, Chris. *Conhecer os riscos para avaliar os benefícios*. [Http://www.mct.gov.br/ctnbio/bio/entrevistas/interv_gliddon.htm](http://www.mct.gov.br/ctnbio/bio/entrevistas/interv_gliddon.htm), 05 de abril de 2001.
8. GOLDIM, José Roberto. *Ética e Alimentos Transgênicos*. [Http://www.ufrgs.br/hepa/gppg/transg1htm](http://www.ufrgs.br/hepa/gppg/transg1htm), 23 de março de 2001.
9. HERÉDIA, Mariângela. *Transgênicos, a Batalha da Informação*. [Http://www.amcham.com.br/](http://www.amcham.com.br/), 23 de março de 2001.

10. MULLER, Cristina. *Produtor Brasileiro evita Transgênicos*. [Http://www.ecoguia.com.br](http://www.ecoguia.com.br), 21 de março de 2001.
11. OLIVEIRA, F. *Engenharia Genética*. São Paulo: Moderna, 1995, p. 25-32.
12. PEREZ, Jesus Gonzales. *El Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo*. Madri: Ediciones Siguemes, 1995, p. 86.
13. REVISTA ALDENE. *Transgênicos*. [Http://www.aldene.com.br/revista/transgênicos.htm](http://www.aldene.com.br/revista/transgênicos.htm), 05 de abril de 2001.
14. RIBEIRO, Cleriston. *Você consumiria alimentos transgênicos?*. [Http://www.enquetes.com.br](http://www.enquetes.com.br), 23 de março de 2001.
15. ROSS, D. *Lo Correcto y lo Bueno*. Salamanca: Ediciones Siguemes, 1994, p 102.
16. TZOTZOS, George. *Rotulagem é Direito do Consumidor*. [Http://www.mct.gov.br/ctnbio/bio/entrevistas/interv_tzotzos.htm](http://www.mct.gov.br/ctnbio/bio/entrevistas/interv_tzotzos.htm), 05 de abril de 2001.

COMISSÕES PARLAMENTARES DE INQUÉRITO

Ana Carolina Frazão Frago de Freitas
(Aluna do 6º período da graduação do
Curso de Direito da UFPE)

Sumário: 1. Introdução; 2. Disposição Constitucional; 3. Comissões Parlamentares; 4. Comissões Parlamentares de Inquérito; 5. Poderes Constitucionais das Comissões Parlamentares de Inquérito; 6. Comissões Parlamentares de Inquérito e Inquérito Extrapolicial; 7. Conclusões; 8. Bibliografia.

1. Introdução

Um estudo minucioso sobre a Comissão Parlamentar de Inquérito faz-se necessário no presente contexto de nossa sociedade. No *status* político atual em que se encontram um Congresso Nacional e um Poder Executivo desprestigiados e desmoralizados, com suas imagens desgastadas por denúncias de todas as espécies, quando surge o clamor de uma sociedade cansada de corrupção, improbidade e impunidade, com inúmeros pedidos de CPI's, numa tentativa urgente de dar um basta nos parlamentares e administradores que em muito colaboram para atravancar o desenvolvimento de nosso País.

Propõe-se aqui um trabalho apartidário, fazendo um estudo cuidadoso do instituto da Comissão Parlamentar de Inquérito, sua finalidade bem como utilidade prática, e com isso fazer-se uma contraposição das definições teóricas com a realidade fática daquilo que entendemos por CPI. Para isso, far-se-á uma busca rápida no Direito Constitucional, base de qualquer ordenamento jurídico, onde está o regramento básico da CPI, mais precisamente no art. 58, §3º da Carta Maior de 1988, e levar-se-á essas informações para o campo do processo penal a fim de observar se o instituto vem atingindo, na prática, os fins colimados.

2. Disposição Constitucional

Sabemos que o Estado Democrático de Direito fundamenta-se na Tripartição dos Poderes, como nos ensinou Montesquieu em seu livro "O Espírito das Leis", em que a cada um desses Poderes atribui-se uma

atividade originária, função essencial para o bom funcionamento do Estado, quais sejam: julgar, legislar e administrar, que são independentes e harmônicas entre si, consoante está expresso no art. 2º da Constituição Federal de 1988.

Estes três Poderes, no entanto, não exercem única e exclusivamente suas atribuições originárias; praticam também as demais, que lhes são atribuídas de forma secundária, subsidiária, derivada. Por isto, encontramos o Executivo, esporadicamente, julgando seus processos administrativos disciplinares; ou o Judiciário legislando, quando estabelece seu Regimento Interno, cujas normas podem, eventualmente, criar procedimentos específicos, conforme o caso; e, já adentrando no tema, o Poder Legislativo fiscalizando questões importantes à ordem política e/ou constitucional.

Conforme Alexandre de Moraes, “o exercício da função típica do Poder Legislativo consistente no controle parlamentar, por meio de fiscalização, pode ser classificado em político-administrativo e financeiro-orçamentário. Pelo primeiro controle, o Legislativo poderá questionar os atos do Poder Executivo, tendo acesso ao funcionamento da máquina burocrática, a fim de analisar a gestão da coisa pública e, conseqüentemente, tomar as medidas que entenda necessárias”¹.

O artigo 58, *caput* e parágrafos da Carta Democrática de 1988, traz as diretrizes das Comissões Parlamentares trazendo conceitos importantes a nosso estudo. Mister torna-se frisar no referido texto determinadas noções que posteriormente serão desenvolvidas, como as Comissões do Congresso Nacional, as Comissões isoladas em cada Casa Legislativa, que podem as Comissões ser permanentes ou temporárias, que se constituem de forma a assegurar a representação proporcional dos partidos políticos, a competência de cada uma delas, e assim por diante.

3. Comissões Parlamentares

As Comissões Parlamentares de Inquérito são espécie do gênero Comissão Parlamentar, de onde decorre não só as Comissões Parlamentares de Inquérito, como também as Comissões Parlamentares permanentes, as temporárias e as mistas.

Comissão Parlamentar é o grupo de pessoas, as quais na esfera federal serão Deputados e/ou Senadores, que se reúnem “com a finalidade de investigar determinados fatos relacionados com a vida constitucional do País”².

1 MORAES, Alexandre de. *Direito ao Silêncio e Comissões Parlamentares de Inquérito*. *Revista dos Tribunais/Fascículo Penal*. Ano 88, V. 766, ago. 1999, p. 521.

2 CRETELLA JÚNIOR, José. *Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI)*. *Revista dos Tribunais/Fascículo Penal*. Ano 88, V. 770, dez. 1999, p. 434.

As Comissões Parlamentares Permanentes são aquelas dispostas no texto constitucional, composta de Deputados ou de Senadores, subsistente às legislaturas, convenientes para apreciação prévia de anteprojetos legais. São exemplos as Comissões de Constituição e Justiça, as Comissões de Redação, etc. Tais Comissões têm importante função para o processo legislativo, uma vez que, apesar do grande número de congressistas, é também grande o número de matérias a serem apreciadas, de modo que a divisão dos parlamentares em grupos de estudos preliminares faz com que haja uma avaliação prévia dessas importantes matérias que irão a plenário para discussão e votação. Entre as muitas atribuições delegadas pelo art. 58, § 2º da Constituição Federal, notamos que além dessa função de avaliação prévia temos ainda outras não menos importantes e que, se bem utilizadas são um relevante instrumento de controle da Administração.

Sobre as Comissões Parlamentares não há muito o que se falar. São constituídas para fins específicos como a apreciação de determinada matéria e geralmente possuem um termo *ad quem* para demonstração de suas conclusões. Se não possuírem termo final, extinguem-se ainda pelo término da legislatura da Casa Legislativa a que pertencem os seus membros.

Haverá ainda uma Comissão Mista, conforme entendimento que se depreende dos artigos 72 e 166, §1º do Texto Maior, formada por Deputados e Senadores, a fim de estudarem assuntos expressamente fixados, em regra, de matérias que devem ser decididas por ambas as Casas, ou seja, pelo Congresso Nacional. Tais Comissões Mistas podem ser, como já diferenciamos, permanentes ou temporárias. A mais importante Comissão mista no entender de José Afonso da Silva, seria a Comissão Parlamentar Mista Permanente cujas atribuições inerentes estão na Constituição Federal em seu art. 166, § 1º, que transcrevemos: "*Caberá a uma Comissão mista de Senadores e Deputados: I- examinar e emitir parecer sobre os projetos referidos neste artigo (planos plurianuais, diretrizes orçamentárias, orçamento anual e créditos adicionais) e sobre as contas apresentadas anualmente pelo Presidente da República; II- examinar e emitir parecer sobre os planos e programas nacionais, regionais e setoriais previstos nesta Constituição e exercer o acompanhamento e a fiscalização orçamentária, sem prejuízo da atuação das demais comissões do Congresso Nacional e de suas Casas, criadas de acordo com o art. 58.*"

4. Comissões Parlamentares de Inquérito

Como quarta modalidade de Comissão Parlamentar temos a CPI, a espécie mais famosa do gênero, tão na mídia nos últimos tempos. Pela definição da Constituição em seu art. 58, § 3º, Comissões Parlamentares

de Inquérito são comissões que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, criadas pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores.

Desse extenso parágrafo de nosso texto constitucional retiramos algumas conclusões de logo visíveis. As CPI's podem ser mistas (compostas por membros das duas Casas) ou não; têm um procedimento posto para sua instauração (requerimento de um terço dos membros da Casa); possuem prazo certo para apuração de suas conclusões, mas não sendo, entretanto, Comissões temporárias.

Outra duas questões são de extrema importância acerca da definição constitucional de CPI. A primeira diz respeito ao que seja fato determinado. Fato determinado é fato concreto, específico, bem delineado, não deixando espaço para vagas interpretações do que seja o objeto de investigação. Deve dizer respeito ao momento constitucional do País, recaindo a investigação sobre eventos que desencadeiem uma relação de causalidade. Destarte, o objeto da CPI é o fato determinado, mas não qualquer fato. O fato determinado tem que ligar-se de alguma forma a critérios constitucionais, trazer efeitos para a ordem política-administrativa e/ou financeiro-orçamentária, pois como dissemos no início deste trabalho, fatos dessa natureza e que influenciam a vida constitucional da Nação é que trazem relevância para serem objetos de investigação de uma CPI.

Assim, ficam de fora de uma investigação por CPI, fatos ou atos afetos a outro Poder, a outro ente da Federação ou de natureza privada. Neste último, lembre-se o contrato celebrado pela autonomia da vontade e da livre iniciativa de pessoas jurídicas de direito privado, sem qualquer relação com o Poder Público, como no caso do contrato entre a Confederação Brasileira de Futebol (CBF) e a Nike Europe B. V. (sendo pertinente que a CPI da Nike não chegou a nenhuma conclusão).

Além disso, não é competência de uma CPI declarar se "é procedente ou não a acusação contra o Presidente da República ou qualquer de seus Ministros de Estado; nem crimes de responsabilidade, ou de mesma natureza, que atentem contra: a) a Carta Federal; b) a União; c) a segurança interna; d) a probidade administrativa; e) a lei orçamentária; f) o cumprimento das leis e decisões judiciais; g) o exercício dos direitos políticos individuais e sociais; h) o livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário e dos Poderes constitucionais dos Estados-membros da Federação, porque esses crimes serão definidos em lei especial, que

lhes estabelecerá as normas de processo e julgamento”³. “Não pode também ser objeto de uma CPI: a) problemas ou crimes *in abstracto*, indeterminados; b) atribuições ou processos disciplinares; c) ingerência nas atribuições ou procedimentos judiciários”⁴.

As conclusões de uma Comissão Parlamentar de Inquérito não valem como decisões ou sentenças judiciais. O procedimento dá-se da seguinte forma: finda a investigação, as conclusões se farão presentes na forma de relatório informativo, entregue ao colegiado que determinou a investigação (na pessoa do Presidente da Casa ou do Congresso), a fim de que sejam tomadas as providências necessárias cabíveis, qual seja, o encaminhamento ao Ministério público para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores.

5. Poderes Constitucionais das Comissões Parlamentares de Inquérito

Quando a Constituição Federal de 1988 concedeu às CPI's poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, foi extremamente infeliz nessa concessão de competências, porque no nosso ordenamento jurídico desconhecemos a figura do juiz-investigador, uma vez que adotando o sistema acusatório deixa-se a cargo das Polícias Civil e Federal e do Ministério Público a tarefa de investigação.

Desse modo, para definir os limites ao poder de investigação de uma Comissão Parlamentar de Inquérito, devemos entender que terão “os mesmos poderes instrutórios que os magistrados possuem durante a instrução processual penal, inclusive com a possibilidade de invasão das liberdades públicas individuais, mas deverão exercê-los dentro dos mesmos limites constitucionais impostos ao Poder Judiciário, seja em relação ao respeito aos direitos fundamentais, seja em relação à necessária fundamentação e publicidade de seus atos, seja, ainda, na necessidade de resguardo de informações confidenciais, impedindo que as investigações sejam realizadas com a finalidade de perseguição política ou de aumentar o prestígio pessoal dos investigadores, humilhando os investigados e devassando desnecessária e arbitrariamente suas intimidades e vidas privadas”⁵.

³ CRETELLA JÚNIOR, José. *Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI)*. *Revista dos Tribunais/Fascículo Penal*, Ano 88, v. 770, dez. 1999, p. 438.

⁴ CRETELLA JÚNIOR, José. *Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI)* in *Revista dos Tribunais/Fascículo Penal*, a 88, v. 770, dez. 1999, p. 438.

⁵ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*, 9. ed., São Paulo: Atlas, 2001, p. 373.

Cuidando de fazer uma analogia com os poderes de investigação do juiz (relacionados com a busca da verdade material) os poderes investigatórios das CPI's compreendem: a) possibilidade de quebra de sigilo bancário, fiscal e de dados; b) oitiva de testemunhas, inclusive com a possibilidade de condução coercitiva; c) oitiva de investigados e indiciados; d) realização de perícias e exames necessários à dilação probatória, bem como requisição de documentos e busca de todos os meios de provas legalmente admitidos; e) determinação de buscas e apreensões.⁶

Entenda-se que as Comissões Parlamentares de Inquérito possuem poderes constitucionais de autoridade judicial, todavia não têm elas competência jurisdicional. Dessa forma, estão desprovidas dos poderes cautelares concedidos apenas às autoridades judiciárias, pois só elas possuem competência jurisdicional. Como decorrência desse desprovemento de poderes cautelares, não podem as Comissões Parlamentares de Inquérito decretar prisões em nenhuma de suas modalidades, salvo as prisões em flagrante delito, inclusive pelo crime de falso testemunho. Ainda não podem as CPI's determinar aplicação de medidas cautelares, tais como indisponibilidade de bens, arresto, sequestro, hipoteca judiciária, proibição de ausentar-se da comarca ou do País, nem proibir ou restringir a assistência jurídica aos investigados.⁷

6. Comissões Parlamentares de Inquérito e Inquérito Extrapolicial

Esgotado o assunto sobre Comissões Parlamentares de Inquérito no tocante a objetivo, finalidade, procedimento, competência, poderes, e assim por diante, não devemos deixar de caracterizá-la como inquérito extrapolicial como assim classifica a boa doutrina processualista penal brasileira. Por isso, não perde a CPI a natureza inquisitiva, bem como a prescindibilidade de qualquer inquérito.

O conceito de inquérito, segundo Aurélio Buarque de Hollanda, "Inquérito é o conjunto de atos e diligências com que se visa a apurar alguma coisa"⁸, ou se preferirmos um conceito jurídico, "é o conjunto de atos e diligências reduzidos a termo em processo, para sindicar e apurar determinado fato irregular ou ilegal"⁹.

6 Cf. MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*, 9. ed., São Paulo: Atlas, 2001, p. 373-375.

7 Cf. MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*, 9. ed., São Paulo: Atlas, 2001, p. 376-377.

8 FERREIRA, Aurélio Buarque de Hollanda. *Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*. 2. ed., revista e ampliada. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

9 SIDOU, J. M. Othon. *Dicionário Jurídico - Academia Brasileira de Letras Jurídicas*, 3. ed., revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994.

Em regra é o inquérito policial o competente a realizar diligências a fim de apurar uma infração penal e sua autoria, para encaminhar ao titular da ação penal bases fáticas e probatórias para o ingresso em juízo. Ocorre que o art. 4º do Código de Processo Penal ao mesmo tempo que incumbe à Polícia Judiciária o poder de instauração de inquérito, concede em seu parágrafo único tal competência a “outras autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função”.

Essas demais autoridades, autorizadas por lei, são competentes para instauração do que a doutrina chama de inquérito extrapolicial. Tais inquéritos, como se observa, são elaborados por autoridades diversas das policiais mas que têm a mesma finalidade dos inquéritos policiais, qual seja a apuração de ilícitos e sua respectiva autoria.

No entanto, o inquérito policial ou extrapolicial pode ser preterido pela autoridade titular da ação penal, destinatária do inquérito, pois para fundamentar a inicial penal requer-se apenas o chamado mínimo probatório, um conjunto mínimo de indícios de autoria e de provas da materialidade. Esta é a característica da prescindibilidade do inquérito, que pode ser dispensado desde que haja outras formas de comprovação da materialidade do fato e da autoria.

Ao longo deste trabalho quando tratada a previsão constitucional sobre as CPI's, bem como o procedimento de entrega das conclusões após seu término, tentou-se deixar uma brecha para defender o entendimento de que se o Ministério Público é o destinatário final das conclusões de uma CPI, podem ser essas conclusões preteridas quando pelo contexto *in concreto* se verifique que há outras formas de iniciar uma ação de responsabilidade penal ou civil contra autores de fatos que repercutam na vida constitucional do País sem, precisamente, existir a necessidade de instaurar-se uma CPI.

Note-se bem que a CPI deve versar sobre fato determinado que diga respeito à vida constitucional do País, com repercussão nas esferas político-administrativa e financeiro-orçamentária. Qualquer motivação para instauração diversa dos objetos de investigação de uma CPI não deve ser acolhida pelo colegiado que apreciar um pedido de instauração de CPI. O Ministério Público, por deter autoridade para responsabilizar penal ou civilmente qualquer infrator, tem condições de, pelos poderes de investigação que legalmente possui, concluir pela responsabilização de qualquer indivíduo que cometa ato danoso ao País, sem que seja imprescindível uma CPI, para que se conclua pela responsabilidade.

Sobre isto transcrevemos o que diz Júlio Fabbrini Mirabete quando escreve que “os atos de investigação destinados à elucidação dos crimes, entretanto, não são exclusivos da polícia judiciária, ressalvando a lei

expressamente a atribuição concedida legalmente a outras autoridades administrativas (art. 4º do CPP). Tem o Ministério Público legitimidade para proceder investigações e diligências, conforme determinarem as leis orgânicas estaduais. É, aliás, de sua atribuição, “acompanhar atos investigatórios junto a organismos policiais ou administrativos, quando assim considerarem conveniente à apuração de infrações penais, ou se designados pelo Procurador-Geral” (...). Pode, inclusive, intervir no inquérito policial em face da demora em sua conclusão e pedidos reiterados de dilação de prazos, pois o *Parquet* goza de poderes investigatórios e de auxílio à autoridade policial”¹⁰.

7. Conclusões

Este breve estudo foi uma tentativa de esclarecer um pouco o tema da Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI), que tem estado muito presente no contexto social atual, desde discussões entre analistas políticos até conversas entre cidadãos comuns, e muito mais na mídia, que, numa tentativa de vender o seu produto, explora de todas as formas os esquemas de corrupção e de improbidade de nosso sistema parlamentar e executivo.

Alguns pontos principais e cruciais para o entendimento do tema restaram demonstrados:

1. A Comissão Parlamentar de Inquérito é modalidade do gênero Comissão Parlamentar, e está posta na Constituição Federal de 1988 no artigo 58, § 3º.
2. Deve ser objeto de investigação da CPI fato determinado que diga respeito à vida constitucional do País e à ordem político-administrativa e financeiro-orçamentária. Ficam de fora de uma investigação por CPI, fatos ou atos afetos a outro Poder, a outro ente da Federação ou de natureza privada.
3. Uma CPI pode ser composta por Deputados ou Senadores, mas não pode intervir nos Estados-membros, por se tratar de desrespeito ao sistema federativo, quando, em havendo problemas no Estado-membro, deve ele ser investigado pelo próprio Estado-membro, através de seu Legislativo e Judiciário.
4. À CPI foi concedido poderes de investigação de autoridades judiciais. Demonstrou-se que tal poder de investigação é vago e lacônico, uma vez que no sistema acusatório adotado pelo Brasil,

¹⁰ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo Penal*, 10. ed., São Paulo: Atlas, 2000, p. 75.

- não se encontra o juiz-investigador, devendo-se usar a analogia para caracterizar quais seriam esses poderes, tornando-os similares aos do magistrado na instrução penal ou no inquérito judicial falimentar.
5. As autoridades parlamentares não gozam de ampla liberdade de investigação, restringindo-se a determinadas condutas inquisitivas.
 6. Aos acusados ou indiciados pela CPI é-lhes assegurado todos os direitos e garantias fundamentais previstos no nosso ordenamento.
 7. A CPI, como qualquer inquérito é prescindível, podendo o destinatário das conclusões da mesma, o Ministério Público, iniciar ação civil ou penal de responsabilização do infrator sem as conclusões do relatório da CPI, pois como detém amplos poderes de investigação pode obter o mínimo probatório sem tais conclusões.
 8. Como qualquer inquérito, é a CPI procedimento administrativo, não havendo contraditório ou ampla defesa. Dessa forma, o acusado pode proceder como em qualquer inquérito policial comum, devendo-lhe ser assegurado a assistência jurídica, inclusive.

Além destas pertinentes conclusões, tem-se por conclusão maior que o instituto da CPI é eficaz em sua disposição normativa, apenas. A realidade prática vem demonstrando o contrário.

Numa época de instabilidade política como a presente, em que as bases políticas formam-se e dissolvem-se pela simples vontade de seus líderes, que, sem qualquer compromisso com os interesses nacionais, defendem apenas seus próprios interesses, encontramos um Poder Legislativo com uma produção legiferante mínima (sua função originária), contribuindo ainda mais para denegrir a imagem do Legislativo Brasileiro, e deixando o nosso ordenamento à mercê de Medidas Provisórias do Executivo, infinitamente reeditadas face à omissão dos nossos Parlamentares.

Se observados com cuidado os últimos anos, verifica-se que ao lado dessa produção legislativa mínima, encontra-se uma enorme lista com os mais diversos pedidos de instaurações e de efetivas instaurações de CPI's, valendo lembrar CPI's como a da Nike (que peca por recair sobre um objeto de autonomia contratual entre pessoas jurídicas de Direito Privado), da Pistolagem (que pecou por efetuar investigações em alguns Estados-membros, intervindo equivocadamente na ordem constitucional destes Estados da Federação); do Judiciário e do Banco Central, bem como do SIVAM, e similares (porque não podem ser objetos de CPI os atos de improbidade administrativa) e assim por diante, tantas outras Comissões que já passaram.

Apesar da extrema importância do instituto fiscalizatório do

Legislativo para assegurar, sobremaneira, a ordem constitucional, bem maior de um Estado Democrático de Direito, tem sido ele desvirtuado a olhos vistos por um Parlamento desmoralizado, corrupto, fraco e ineficaz nas suas atribuições, que, sem condições de resolver os problemas urgentes de nosso País, tentam esconder-se por trás das CPI's numa tentativa de mostrar atuação para formar opinião pública, como se estar na mídia fosse sinônimo de eficiência legislativa.

O Operador do Direito não pode se calar.

8. Bibliografia

1. BARROSO, Luís Roberto. *Comissões Parlamentares de Inquérito. Competências Legítimas e Limitações Constitucionais. Inadmissibilidade de Investigação de Contrato Particular entre Pessoas Privadas, sem Repercussão sobre o interesse público.* Revista dos Tribunais/ Fascículo Cível, a. 88, v. 768, out. 1999.
2. CRETELLA JÚNIOR, José. *Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI).* Revista dos Tribunais/ Fascículo Penal, a. 88, v. 770, dez. 1999, p. 434.
3. FERREIRA, Aurélio Buarque de Hollanda. *Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*. 2. ed., revista e ampliada. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.
4. MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo Penal*. 10. ed., São Paulo: Atlas, 2000.
5. MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 9. ed., São Paulo: Atlas, 2001.
6. MORAES, Alexandre de. *Direito ao Silêncio e Comissões Parlamentares de Inquérito.* Revista dos Tribunais/Fascículo Penal, a. 88, v. 766, ago. 1999, p. 521.
7. SATYRO, Ernani. *Comissões Parlamentares de Inquérito, Seus Limites Jurídicos e Políticos.* Revista de Informação Legislativa, a. 20, n. 79, jul/set 1983.
8. SIDOU, J. M. Othon. *Dicionário Jurídico – Academia Brasileira de Letras Jurídicas*. 3. ed., revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994.

O ESTADO DE BEM-ESTAR E A INEFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS: CONSIDERAÇÕES ACERCA DO CONCEITO DE RESERVA DO POSSÍVEL

Flávia Danielle Santiago Lima (Aluna do 7º Período da FDR/UFPE, Monitora de Hermenêutica Jurídica e Pesquisadora do Projeto PIBIC/CNPq)

Sumário: 1. Notas introdutórias: a intervenção característica do Estado Social etc; 2. O Estado de Bem-Estar Social e a consubstancialização dos ideais de igualdade; 3. Características gerais dos Direitos Sociais: o princípio da isonomia, sua relevância econômica, classificação e destinatário do comando normativo; 4. A inefetividade dos direitos prestacionais face à sua relevância econômica; 5. O conceito de Reserva do possível e a garantia do mínimo existencial; 6. Críticas à reserva do possível: a impossibilidade de transposição a crítica de conceitos oriundos do direito externo; 7. Considerações finais: os direitos sociais e a necessidade de revisão das políticas públicas; 8. Bibliografia

1. Notas Introdutórias: a intervenção característica do Estado Social e inefetividade de seus preceitos

O Estado Assistencial tem como característica básica a intervenção estatal nas relações privadas, de forma a atenuar as desigualdades existentes, disponibilizando o necessário para que os indivíduos possam viver. Passou a garantir, portanto, a fruição de prestações por parte do Estado, dando aos indivíduos menos favorecidos acesso à educação, saúde e cultura, entre outros bens materiais.

Decorridas algumas décadas desde seu surgimento e positivação de seus respectivos direitos, verifica-se que parte de suas promessas não foram concretizadas, principalmente nos chamados países periféricos, condição em que está o Brasil. Os direitos garantidos na Constituição Cidadã de 1988 ainda não passaram de finalidades, objetivos a serem conquistados, nestes 13 anos de vigência.

Motivos das mais diversas naturezas são colocados para explicar a falta de correspondência entre este ser e dever-ser normativo. Entre eles, o que surte mais efeito é a escassez de recursos por parte do Estado, que

1. NEVES, Marcelo. "A Crise do Estado - da Modernidade Central à Modernidade Periférica: anotações ao Pensamento Filosófico e Sociológico Alcmão" *Revista de Direito Alternativo*, n.3. São Paulo: Acadêmica, 1994, p. 64-78.

2. O descompasso entre direito e realidade, no âmbito dos direitos sociais, é colocado por BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1998.

constitui um limite fático à prestação de direitos que necessariamente exigem, para sua efetivação, disponibilidade de verbas.

Diante deste quadro, surgiu o conceito de reserva do possível³, criação da doutrina alemã, baseada em decisão da Corte Constitucional daquele país, trazido ao Brasil por alguns doutrinadores, de maneira a preencher o descompasso entre os direitos constantes da Lei Maior e a desoladora realidade brasileira.

O presente trabalho, que não tem o objetivo de esgotar tão vasto e fecundo tema, pretende estudar a efetividade dos direitos sociais, centrando-se nos direitos à prestação em sentido estrito, conforme será visto adiante, em seu aspecto econômico, perquirindo acerca dos limites à sua concretização e as conseqüências destas restrições diante da crise vivenciada pelo Estado de Bem-Estar preconizado pelo constituinte da Assemblêia de 1987, face a uma das grandes aporias das Constituições Dirigentes⁴.

2. O Estado de Bem-Estar Social e a consubstancialização dos ideais de igualdade

O *Welfare State* foi criado no século XX como a resposta jurídica, a partir de uma decisão política, para os anseios surgidos ainda em meados do século anterior, marcado pelo choque provocado pelo ideal socialista. Trata-se de um modelo adequado à nova realidade, de recrudescimento da importância do proletariado enquanto classe social, ao contrário da proposta anterior, calcada em um paradigma liberal-burguês, que acabou por influenciar o constitucionalismo ainda incipiente.

Como causas para sua gênese podem ser acrescidos outros fatores, de ordem imediata, especificamente a premência de intervenção estatal,

3. Inúmeros autores comentam este conceito na doutrina brasileira, dos quais podemos destacar MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonç. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 146-147 e p. 205, KRELL, Andreas. *Controle judicial dos serviços públicos na base dos direitos fundamentais sociais in SARLET, Ingo Wolfgang (org.). A Constituição Concretizada - Construindo Pontes entre o Público e o Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, pp. 36-40 e SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria de Advogado, 2001, p. 264 a 266.

4. A Constituição Dirigente, modelo concebido pelo constitucionalista português J. J. Gomes Canotilho, é, em rápidas palavras, uma constituição que se propõe a transformar a realidade social, através de uma maciça intervenção do Estado nas atividades dos particulares e na positividade de um extenso rol de direitos e garantias institucionais. A Constituição Brasileira, no modelo original promulgado em 1988, antes das reformas que se seguiram, é um típico caso de Constituição Dirigente. Esta aporia, entre a normatização e a falta de recursos, é colocada pelo próprio Canotilho em CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 365.

com o fim da I Guerra Mundial e pela grande crise de 1929, em que foi necessário um forte aumento das despesas públicas para a sustentação do emprego e conseqüente controle das tensões sociais, características de um sistema de produção (o capitalismo nos moldes propostos à época) que passava por uma grave crise de conceitos e via sua alternativa, o socialismo, ser adotada em diversos países, através das revoluções proletárias.

Em termos jurídicos, no entanto, o início do Estado Social se deu com a Constituição Mexicana de 1917 e ganhou importância com a Constituição de Weimar (Alemanha), em 1919.

Em linhas gerais, o principal objetivo é de materialização do ideal de igualdade, em detrimento da igualdade formal, preconizado pelo Estado Mínimo em voga até então.

Podem ser citados, porém, alguns antecedentes históricos, em que a organização estatal colocou entre suas finalidades o apaziguamento das diferenças entre os indivíduos, através da assistência aos desfavorecidos. Tais tentativas, entretanto, eram procedidas em estrutura de poder de caráter patrimonial e não lograram êxito, como a Constituição Jacobina (França) de 1793, em que, durante a Revolução Francesa, aos direitos de liberdade foram acrescidos alguns direitos de igualdade.

Mas foi a partir de Weimar que o Estado de Bem-Estar ganhou seu diferencial em relação a estes antecedentes históricos. Pela primeira vez na história, a assistência estatal é reivindicada pelos cidadãos como um direito às prestações de natureza fática, produzindo uma substancial mudança na relação entre o Estado e os indivíduos.

5. BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Brasília: UnB, 1999, no verbete Estado de Bem-Estar, elaborado por Gloria Regonini, em que é traçado um panorama geral, do ponto de vista político, desde a gênese até a atual crise do *Welfare State*.

6. Não temos a pretensão de dizer que o socialismo se pretendia uma simples alternativa ao sistema capitalista, mas que naquele período, era visto pelos trabalhadores organizados como uma solução para os problemas que os circundava. Ademais, o marxismo pregava o socialismo como etapa posterior à ordem capitalista (uma decorrência natural) e um momento intermediário até a sociedade comunista. Cf. ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria do Estado*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999, p. 250 e ss.

7. Este exemplo nos é trazido pelo espanhol Perez Luño. Em seu livro, o autor ainda acrescenta, como símbolo da importância dos direitos sociais, a Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado, de 1918, concebida por Lênin e incorporada à Constituição Soviética do mesmo ano, que tinha a pretensão de constituir-se em uma Carta dos "novos direitos". PEREZ LUÑO, Antonio E. *Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Tecnos, 1997.

8. Fernando Scaff atenta para o fato de que o Estado, apenas por sua existência, já implica em uma intervenção na vida dos particulares SCAFF, Fernando F. *apud* STRECK, Lenio Luis e MORAES, José Luis Bolzan de. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. Desta forma, o que mudou foi a possibilidade de interferência, que desta vez, não é apenas de ordem política (a ressalva é feita em face das exigências dos regimes totalitaristas, em que a assistência social implicava em um privilégio do social, em oposição às liberdades políticas).

Tais mandamentos tiveram ampla aceitação nos Estados, a partir da primeira metade do século XX, sendo incorporados, na fase inicial de sua positivação, pelos mais diversos regimes políticos, do nazi-fascismo e stalinismo à política de Franklin Roosevelt nos Estados Unidos. Assim, pode-se afirmar que a isonomia foi um dos mais importantes legados, na esfera jurídica, do século que há pouco findou.

E juntamente com a garantia da isonomia vieram uma série de novos direitos que, basicamente, giram em torno de quatro grandes matizes: educação, saúde, trabalho e cultura, que passaram a ser denominados de Direitos Sociais, caracterizando, tendo em vista guardarem algumas peculiaridades em relação aos direitos de liberdade, a Segunda Geração (ou Dimensão) de Direitos, implicando na reformulação da geração anterior, com a compatibilização das novas garantias com os já tradicionais direitos de liberdade.

3. Características Gerais dos Direitos Sociais: o princípio da isonomia, sua relevância econômica, classificação e destinatário do comando normativo

Como pode ser aferido do exposto acima, os direitos sociais visam a garantia da igualdade material. São direitos que têm a finalidade de, com sua concretização, permitir aos indivíduos a possibilidade não só de sobrevivência, mas de inserção plena na vida em sociedade. Parte-se da idéia de que nada adianta a positivação de um rol de liberdades, sem a correspondente garantia de um mínimo necessário para a vida humana.

É sabido, por exemplo, que o exercício de uma efetiva liberdade política pelos cidadãos está relacionado, em parte, com a garantia da educação⁹.

Tais direitos, assim, só podem ser concretizados através de conduta positiva do Estado, implicando, para os seus sujeitos ativos, o que Jellinek denominou de *status positivus socialis*¹¹. Envolvem também uma dimensão negativa¹², uma abstenção do Estado em prejudicar o exercício destes

9. Em trabalho anterior, fiz uma análise dos fatores históricos e sua influência para o surgimento de novos direitos. Comentava, também, o papel de reformulação dos direitos fundamentais existentes, com o abarcamento das expectativas trazidas com a nova Geração, que não implica em abandono dos direitos já conquistados. SANTIAGO, Flávia. *Aspectos Históricos na Determinação das Dimensões de Direitos in Revista Estudantes – Caderno Acadêmico*, n. 7. Recife: Bagaço, 2000.

10. BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 369.

11. A teoria dos *status* de Jellinek encontra-se bem delimitada em ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1999, p. 247-266 e PEREZ LUNO, Antonio E.. *Op. Cit.* (n.7), p. 24-25.

12. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Op. Cit.* (n.4), p. 480.

direitos pelos particulares, como na hipótese em que o Estado tem que permitir (no caso brasileiro até incentivar, em decorrência do art. 210 da CF-88) a atividade dos particulares na área da educação, fiscalizando-a.

E é este caráter interventor de finalidade isonômica que resulta a afirmação de que os direitos sociais são direitos discriminatórios com propósitos compensatórios¹³.

Implicam, destarte, tarefas de melhoria, distribuição e redistribuição dos recursos existentes¹⁴, que ocasionam, em alguns países, da disponibilização de bens por vezes indisponíveis, como ocorre nas Américas Latina e Central e, em maior grau, no paupérrimo continente africano, não podendo ser afastado deste rol (infelizmente) o Brasil.

No que concerne aos direitos sociais enquanto relação jurídica, são direitos de cunho preponderantemente prestacional, que não exigem uma contraprestação por parte do beneficiário.

Tais prestações, diante da classificação empreendida por Dieter Murswiek¹⁵, podem ser subdivididas em: prestações em sentido estrito, como educação, saúde, assistência social; subvenções materiais em geral; de cunho existencial no âmbito da providência social, que engloba o fornecimento de gás, luz e tantos outros e a participação em bens comunitários.

Para os fins deste artigo, atentando para a questão de sua relevância para a conjuntura social brasileira, o estudo recairá sobre a primeira espécie, as prestações materiais em sentido estrito.

Em relação aos seus sujeitos, os destinatários do comando contido nas normas de direito social são, geralmente, os Poderes Públicos. Tais normas exigem a atuação do legislador para sua regulamentação, pois, em alguns casos, são preceitos vagos e imprecisos, que dependem de regulamentação para serem cumpridos. Prescindem também da atuação dos agentes governamentais para a execução de políticas públicas e prestação dos serviços estipulados. E, finalmente, para fazê-los valer no caso concreto, é necessária a intervenção do Poder Judiciário que, nos casos trazidos à apreciação e intervenção jurisdicional, deve, atentando para a natureza constitucional destes preceitos, obrigar o Estado a cumprir estas determinações, como autênticos direitos subjetivos públicos. São direitos, portanto, que clamam, para sua efetivação, a atuação conjunta de todos os órgãos estatais em uma nova visão do princípio

13. FARIA, José Eduardo. *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 105.

14. SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. Cit.* (n. 3), p. 263.

15. *Apud* SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. Cit.* (n. 3), p. 262.

da Separação de Poderes, que hoje é revisitado face à necessidade de especialização das funções estatais¹⁶.

Cabe salientar, ainda, que hoje também é preconizado o atendimento aos mandamentos contidos nas normas sociais também pelos particulares, tendo em vista a característica da Constituição como legitimação da ordem social.

4. A inefetividade dos direitos prestacionais face à sua relevância econômica

Dentre as qualidades de uma norma jurídica, tais como a validade, a vigência, a eficácia e a efetividade e para alguns seu vigor¹⁷, a que se revela mais importante para este estudo é a questão da efetividade.

A efetividade dos direitos sociais é uma das questões mais discutidas do Direito Constitucional e sua inefetividade é um dos maiores argumentos para a caracterização da crise do Estado de Bem-Estar no Brasil.

A efetividade, ou eficácia social, refere-se à capacidade de produção de efeitos de uma norma no plano fático, sendo, para o positivismo, uma condição de adequação semântica¹⁸ entre o signo (norma) e o objeto (conduta normada).

Uma norma só está apta a produzir efeitos quando verificada a existência dos requisitos de fato. Se estes não existirem, não poderia o destinatário, para a teoria mais tradicional, ser obrigado a cumprir o comando normativo.

Em sendo assim, na ausência dos recursos para que o Executivo possa disponibilizar aos particulares as prestações demandadas, face à regra *ad impossibilia nemo tenetur* (ninguém é obrigado a coisas impossíveis), estas não seriam exigíveis.

Vale salientar, ainda, que a necessidade de suporte econômico para a realização dos direitos sociais é tão acentuada que até os direitos

16. Afirma-se que o princípio da Separação de Poderes, que é um dos paradigmas do Estado Constitucional, teve como um dos fatores para sua reformulação as novas funções impostas pelo Estado Social. Daí hoje serem utilizados termos como "distribuição de funções organicamente adequada", enfatizando a questão da especialização. Tal termo é proposto por ZIPPELIUS, Reinhold. *Op. Cit.* (n.6). A necessidade de adaptação da Teoria do Estado, diante das peculiaridades do *Welfare State* está bem colocada em BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. *Op. Cit.* (n.5).

17. Tercio Ferraz coloca ao lado dos critérios tradicionais, a possibilidade da norma, mesmo não sendo mais vigente, continuar a produzir efeitos, vinculando os fatos anteriores à sua saída do sistema (ultratividade). Essa força impositiva é chamada de vigor. Cf., FERRAZ JR, Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito – Técnica, Decisão, Dominação*. São Paulo: Atlas, 1999.

18. FERRAZ JR, Tercio Sampaio. *Op. Cit.* (n.17), p. 198.

denominados economicamente neutros, como os remunerados posteriormente mediante taxas, requerem, para serem disponibilizados, o alocamento de verbas.

O maior representante do positivismo jurídico, Hans Kelsen, coloca ainda que uma norma, sem o que denomina de mínimo de eficácia, perderia sua validade¹⁹. Tal concepção, a despeito da importância do autor na formação dos operadores jurídicos no país, poderia causar, a nosso ver, inúmeros problemas no que concerne à garantia dos direitos fundamentais.

Ademais, é uma teoria bastante adequada aos moldes do Positivismo Científico de fins do século XIX e início do século XX, que, ao desenvolver um conceito de Semiótica (ciência que estuda o signo – a unidade de linguagem), coloca o problema da verdade na correspondência entre uma oração e a possibilidade de verificação empírica desta assertiva²⁰. É, assim, um modelo de cientificidade mais apropriado às ciências naturais, que não pode ter equivalente em uma ciência prescritiva, como o Direito, que prevê o descumprimento de suas normas.

A indisponibilidade de recursos no Brasil, porém, não levaria a resultados tão funestos, vez que esta, embora muito séria no que pertine à realização de todas as promessas contidas no texto constitucional, é suficiente para a garantia de parte deles.

Não constituindo caso de perda de validade desta espécie de normas, uma questão mais relevante no que tange à eficácia é a da obediência, ou do sucesso normativo, que pode ser espontânea ou por imposição de terceiros (no caso, do poder jurisdicional)²¹. Estas normas gozam de respeito, até certo ponto, dos órgãos estatais, mas não têm, do Judiciário, o reconhecimento como autênticos direitos subjetivos²².

Diante dessa realidade, mesmo não se tratando de normas inexistentes, pode-se constatar que os direitos sociais são normas parcialmente efetivas.

19. KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 15.

20. WARAT, Luis Alberto. *O Direito e sua Linguagem*. Porto Alegre: Fabris, 1995, p. 39-41. Neste livro, no capítulo concernente à Semiologia, o autor discute o modelo neopositivista de Rudolf Carnap, bem como traça um paralelo entre o "problema da verdade semântica" nas ciências de uma maneira geral e no direito. Para Warat, o problema da verdade, na Jurisprudência, foi substituído pela Teoria da Validade. Kelsen, no seu ponto de vista, teria procedido, neste trecho à uma "coisificação" do conteúdo das normas jurídicas.

21. FERRAZ JR, Tercio Sampaio. *Op. Cit.* (n.17), p. 199.

22. A questão dos direitos sociais como direitos subjetivos públicos será aprofundada em artigo ainda em fase de revisão, a ser publicado brevemente.

5. O Conceito de Reserva do Possível e a Garantia do Mínimo Existencial

Considerando as limitações de ordem econômica à efetivação dos direitos sociais, passou-se a sustentar que estes estariam condicionados ao que se convencionou chamar de **reserva do possível**.

Trata-se de um conceito oriundo da Alemanha, baseado em paradigmática decisão da Corte Constitucional Federal, no julgamento do famoso caso *numerus clausus* (BverfGE n.º33, S.333), em que havia a pretensão de ingresso no ensino superior público, embora não existissem vagas suficientes, com espeque na garantia da Lei Federal alemã de liberdade de escolha da profissão²³.

No julgamento da lide ora em análise, firmou-se posicionamento naquele tribunal constitucional de que o indivíduo só pode requerer do Estado uma prestação que se dê nos limites do razoável, ou seja, a qual o peticionante atenda aos requisitos objetivos para sua fruição.

De acordo com a jurisprudência da Corte Constitucional Alemã, os direitos sociais prestacionais "estão sujeitos à reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo, de maneira racional, pode esperar da sociedade"²⁴.

Questão é saber, diante de cada hipótese, quais são os critérios utilizados para definir o que é razoável e, além do mais, quais são os órgãos legitimados para tanto.

Fala-se, ainda, na existência de um direito mínimo de existência, extraído, na Alemanha, do princípio da dignidade humana²⁵, em que cabe ao Estado a garantia de um mínimo existencial para cada indivíduo.

6. Críticas à reserva do possível: a impossibilidade de transposição acrílica de conceitos oriundos do direito externo

A assimilação, pela doutrina pátria, sem as devidas adaptações, de um conceito oriundo de outra ordem jurídica torna-se bastante perigosa, especificamente quando se trata de realidades tão distintas, como a alemã e a brasileira²⁶. É o caso da reserva do possível. Embora, naquele país, a teoria tenha tido ampla aceitação, acentuada pelo fato de ser uma construção

23. SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. Cit.* (n. 3)

24. KRELL, Andreas. *Op. Cit.* (n.3), p. 41.

25. KRELL, Andreas. *Op. Cit.* (n.3), p. 41.

26. DANTAS, Ivo. *O Valor da Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 67-69. João Maurício Adeodato faz uma crítica a esta incorporação de teorias advindas dos países desenvolvidos em seu artigo ADEODATO, João Maurício. *Uma Teoria (Emancipatória) da Legitimação para Países Subdesenvolvidos*. Anuário do Mestrado em Direito, n.º 05. Recife: Universitária (UFPE), 1991, p. 207-242.

Jurisprudencial, podem ser verificados inúmeros fatores para que esta não seja aplicável à realidade brasileira.

Primeiramente, as peculiaridades da constituição alemã foram desconsideradas, como, em geral, ocorre em todo o debate acerca dos direitos fundamentais. Raramente comenta-se a forma de positivação dos direitos sociais na Lei Federal alemã, que não se deu nos mesmos moldes da Constituição Brasileira.

Os direitos sociais naquele país são vistos como uma decorrência de princípios como a dignidade humana e o direito à vida, típicos direitos de Primeira Geração, pois nenhum dos direitos sociais foi incorporado, face aos traumas causados pela experiência nazi-fascista, fracasso atribuído à Carta de Weimar²⁷.

O modelo de Estado Social lá convive com a tensão própria do capitalismo nos países centrais: o de harmonizar as idéias neoliberais com a necessidade de intervenção do Estado para assegurar a igualdade entre os cidadãos através da redistribuição de riqueza, problema agravado no contexto pós-unificação²⁸.

A impossibilidade do retrocesso de garantias institucionais já efetivadas na Alemanha convive, como em quase todos os países do mundo ocidental, com as propostas da globalização econômica. Neste ponto, o debate é o mesmo nos dois países. A diferença reside no fato de que **no Brasil tais garantias ainda não foram efetivadas**, sendo perigoso falar em retrocesso de um processo não concluído.

Deve ser acrescentada a questão de que na Alemanha, sem dúvida, os conceitos de mínimo existencial ou de limites do razoável englobam um manancial de garantias bem mais extenso do que no Brasil, em que os indicadores sociais são alarmantes e ainda há muito o que ser feito no âmbito social para apaziguar os efeitos de uma das piores distribuições de renda do planeta.

Os próprios conceitos apresentam, não bastassem estas considerações, problemas de ordem de competência, vez que delegam a decisão sobre a disponibilidade dos recursos e os limites para a conquista de todos estes direitos para o Executivo e o Legislativo, sem estabelecer, do ponto-de-vista jurídico, parâmetros obrigatórios, em detrimento do indispensável elemento da segurança.

27. KRELL, Andreas. *Op. Cit.* (n.3), p. 38.

28. KRELL, Andreas. *Op. Cit.* (n.3), p. 37.

7. Considerações finais: os direitos sociais e a necessidade de revisão das políticas públicas

Esta constatação da inefetividade dos direitos sociais e a inaplicabilidade do conceito de reserva do possível ao direito brasileiro, como paradigma de decisões judiciais, não encerra a questão. Entretanto, serve-nos de alerta para a crise vivenciada em modelo de Estado Social que acabou por não ser verificado, como o proposto pela Constituição de 1988.

Estas limitações de cunho econômico, que acarretam a falta de produção de efeitos das normas sociais, tanto as de cunho programático quanto as que já se encontram plenamente regulamentadas no âmbito constitucional e ordinário, levar-nos-ia à conclusão de que o *Welfare State* fracassou definitivamente.

Tal conclusão não resiste a uma análise mais detida. Primeiramente, as normas instituidoras de direitos sociais são normas jurídicas em sentido pleno, possuindo todos os atributos inerentes à espécie. Entre eles, está a imperatividade. Desta forma, não cabe ao seu destinatário simplesmente desrespeitá-la, situação agravada pelo fato de que o sujeito passivo destas normas, como visto, é o próprio Estado em suas três funções, cuja atuação é regida por muitos princípios, como os da motivação de seus atos e da eficiência, não podendo afastar-se de suas obrigações.

A solução, então, é partir para o princípio da máxima efetivação possível destes direitos, com o estabelecimento de políticas públicas para o desenvolvimento econômico, sempre com vista à redistribuição dos recursos existentes, na forma prescrita constitucionalmente.

Neste sentido, grandes passos foram dados pela Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar n.º 101, de 4 de maio de 2000) e com a regulamentação plena de um direito, conforme foi feito com a educação, na Lei Darcy Ribeiro (Lei n.º 9394, de 20 de dezembro de 1996), normas que invocadas, implicam, com a determinação dos meios jurídicos para a efetivação de um direito, sanções (como a responsabilização administrativa) para os agentes públicos que não cumprirem os agora expressos comandos legais.

Ademais, a Constituição prevê inúmeros *writs* (remédios constitucionais), como o Mandado de Injunção, a Ação Popular e inúmeros outros que, mesmo não surtindo efeitos imediatos, face à interpretação de seu objeto dada pelos tribunais, devem ser constantemente invocados, de maneira a atenuar as resistências por parte dos operadores jurídicos.

São estas iniciativas que podem se constituir em uma saída para a situação das camadas mais pobres do País, que tem na atuação governamental talvez a única possibilidade de serem definitivamente

integrados à realidade social, gozando de uma autêntica cidadania²⁹, nos moldes da Carta de 1988.

8. Bibliografia

8.1. Livros

1. ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1999.
2. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1998.
3. BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Brasília: UnB, 1999.
4. BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. São Paulo: Malheiros, 1999.
5. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2000.
6. DANTAS, Ivo. *O Valor da Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.
7. FARIA, José Eduardo. *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo: Malheiros, 1997.
8. FERRAZ JR, Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito – Técnica, Decisão, Dominação*. São Paulo: Atlas, 1999.
9. Kelsen, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
10. PEREZ LUÑO, Antonio E. *Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Tecnos, 1997.
11. MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.
12. REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. Coimbra: Almedina, 2000.
13. SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
14. SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 1999.

29. Marcelo Neves nos mostra a situação de subintegração em que vivem a maioria dos brasileiros. De uma forma geral, a subintegração se dá quando o indivíduo só é integrado à Ordem Jurídica como destinatário de uma série de deveres e obrigações e não como sujeito de direitos, em detrimento dos sobrintegrados, que gozam das prerrogativas do Ordenamento. Cf. NEVES, Marcelo. *Constitucionalização Simbólica e Desconstitucionalização Fática: Mudança Simbólica da Constituição e Permanência das Estruturas Reais de Poder* *Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito*, n.7. Recife: Universitária (UFPE), 1995, p. 275-300.

- 15· STRECK, Lenio Luis e MORAES, José Luis Bolzan de. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- 16· WARAT, Luis Alberto. *O Direito e sua Linguagem*. Porto Alegre: Fabris, 1995.
- 17· ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria do Estado*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1999.

8.2. Artigos

- 1· ADEODATO, João Maurício. *Uma Teoria (Emancipatória) da Legitimação para Países Subdesenvolvidos*. Anuário do Mestrado em Direito, nº 05. Recife: Universitária (UFPE), 1991, p. 207-242.
- 2· KRELL, Andreas. *Controle judicial dos serviços públicos na base dos direitos fundamentais sociais*. SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *A Constituição Concretizada – Construindo Pontes entre o Público e o Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, pp. 25-60.
- 3· NEVES, Marcelo. *A Crise do Estado – da Modernidade Central à Modernidade Periférica: anotações ao Pensamento Filosófico e Sociológico Alemão*. Revista de Direito Alternativo, n.3. São Paulo: Acadêmica, 1994, pp. 64-78.
- 4· NEVES, Marcelo. *Constitucionalização Simbólica e Desconstitucionalização Fática: Mudança Simbólica da Constituição e Permanência das Estruturas Reais de Poder*. Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito, n.7. Recife: Universitária (UFPE), 1995, p. 275-300.
- 5· SANTIAGO, Flávia. *Aspectos Históricos na Determinação das Dimensões de Direitos*. Revista Estudantes – Caderno Acadêmico, n.7. Recife: Bagaço, 2000.

8.3. Legislação

- 1· Lei de Responsabilidade Fiscal - Lei Complementar n.º 101, de 4 de maio de 2000).
- 2· Lei Darcy Ribeiro - Lei n.º 9394, de 20 de dezembro de 1996.

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL: A POLÊMICA LEI 9.882/99

Márcia Maria Barros Carneiro

(Aluna da Graduação em Direito da UFPE;
Ex-Monitora de Introdução ao Estudo do
Direito I)

Sumário: 1. Introdução; 2. A Lei 9.882/99; 2.1. Legitimados ativos; 2.2. Hipóteses de cabimento da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental; 2.3. A Subsidiariedade da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental; 3. Efeitos das decisões na ação de Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental; 4. A ADIN proposta pela OAB; 5. Conclusão; 6. Bibliografia.

1. Introdução

O artigo 102, §1º, da Constituição Federal de 1988, traz a previsão da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental, instituto cujo órgão julgador competente seria o Supremo Tribunal Federal. No entanto, por se tratar de dispositivo constitucional de eficácia *limitada*, dependendo sua aplicação, portanto, de norma infraconstitucional disciplinadora, o citado instrumento nunca fora utilizado, até o advento da Lei nº 9.882, de 03 de dezembro de 1999.

Com a edição da citada lei, o Congresso Nacional regulamentou, em boa hora, o instituto da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Tal dispositivo legal determina as hipóteses de cabimento do novel instituto, os legitimados para sua propositura, dispõe sobre seus efeitos e ressalta seu caráter de subsidiariedade.

Tendo em vista a importância deste inédito instrumento, e levando-se em consideração as diversas discussões que sua regulamentação tem suscitado, procuraremos aqui fazer uma breve apresentação de sua estrutura, atendo-nos sobremaneira aos seus efeitos e às controvérsias relativas ao tema, inclusive a Ação Direta de Inconstitucionalidade contra a Lei nº 9.882/99, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

2. A Lei 9.882/99

A Lei nº 9.882/99 veio regular, no Ordenamento Jurídico pátrio, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Tal instrumento pode ser visto como uma nova espécie de Controle Concentrado de Constitucionalidade¹, sendo dotado de certas peculiaridades. A arguição de descumprimento pode ser utilizada tanto para evitar quanto para reparar lesões a preceitos fundamentais, desde que as mesmas decorram de atos do poder público, inclusive das esferas estadual e municipal. Essa prerrogativa de controlar os atos de todos os entes da Federação talvez seja a maior novidade implementada pelo citado dispositivo legal em nosso Sistema de Controle de Constitucionalidade.

Porém, para que se perceba a importância e, principalmente, para que se entenda o instituto da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e seu funcionamento, faz-se necessário um prévio estudo das situações em que o mesmo pode ser utilizado, bem como dos legitimados para sua propositura e de sua essência de subsidiariedade, sempre à luz de sua lei regulamentadora.

2.1 Legitimados Ativos

O artigo 2º, II, da Lei nº 9.882/99, estatui que podem propor a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental os mesmos legitimados para propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade. Estes são *numerus clausus*, e estão previstos na Constituição Federal, nos incisos I a IX do artigo 103, a saber: o Presidente da República, a mesa do Senado Federal, a mesa da Câmara dos Deputados, a mesa da Assembléia Legislativa ou Câmara Legislativa do Distrito Federal, Governador de Estado ou do Distrito Federal, o Procurador Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, Partido Político com representação no Senado e Confederação Sindical ou Entidade de Classe de âmbito nacional.

Vale ressaltar, todavia, que no Projeto de Lei nº 2.872/97, apresentado pelo Deputado Federal Prisco² Viana e que tratava da regulamentação da arguição de descumprimento, havia um inciso II em

1 BERNARDES, Juliano Taveira. *Lei nº 9.882/99: Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental*. <http://www.ius.com.br/doutrina/lci9882/html>, 13 de março de 2001.

2 MENDES, Gilmar Ferreira. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (§1º do artigo 102 da Constituição Federal)*. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Ver_07/arguicao.htm, 13 de março de 2001.

seu artigo 4º. Tal inciso, vetado pelo Presidente da República quando este sancionou a Lei nº 9.882/99, estatuiu que qualquer pessoa lesada ou ameaçada de lesão por ato do Poder Público teria legitimidade para propor a argüição de descumprimento constitucionalmente prevista. Entretanto, mesmo sendo diretamente ligado ao inciso não-aceito pelo ordenamento pátrio, o §1º do já citado artigo 4º foi mantido. Tal parágrafo dispõe que "na hipótese do inciso II, faculta-se ao interessado, mediante representação, solicitar a propositura de argüição de descumprimento de preceito fundamental ao Procurador-Geral da República, que, examinando os fundamentos jurídicos do pedido, decidirá do cabimento do seu ingresso em juízo".

Ainda em relação à legitimação ativa, vale dizer que na ADPF-11/SP, o Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Carlos Veloso, proferiu despacho solicitando o arquivamento de tal ação, sob a alegação de que a mesma foi proposta por uma pessoa física, logo, autor não titular da *legitimatío ad causam* ativa, sendo, portanto, parte legalmente impedida de propor a ação em estudo. Não é demais lembrar que o autor da ação poderia ter evitado seu arquivamento pelo motivo exposto, bastando, para isso, ter-se utilizado do §1º do artigo 4º da lei 9.882/99, e requerido sua propositura ao Procurador-Geral da República.

Deste modo, tem-se como legitimados ativos para propositura da argüição tema deste estudo os elencados no art. 103, I a IX da Constituição da República, além da prerrogativa dada a qualquer interessado de solicitar ao Procurador-Geral da República seu ingresso em juízo.

2.2 Hipóteses de Cabimento da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental

As hipóteses em que se pode propor a argüição de descumprimento de preceito fundamental estão definidas no artigo 1º da Lei nº 9.882/99. São duas as situações previstas: a) para evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, desde que decorrente de atos do Poder Público, e b) quando for relevante o fundamento da controvérsia acerca da constitucionalidade de Lei ou Ato Normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição de 1988.

No que concerne à primeira possibilidade, válido é apontar uma distinção entre a argüição de descumprimento e as demais formas de

³ Na ADPF-11/SP, o autor solicitava ao STF a concessão de liminar, visando à suspensão do bloqueio de seus bens e empresas, a fim de que o mesmo pudesse desenvolver suas atividades, e a suspensão da sentença falimentar da Construtora Ikal Ltda., em face da indisponibilidade de seus bens, até o fim da Ação Pública movida contra ele autor.

Controle Concentrado de Constitucionalidade. Enquanto com o emprego das outras modalidades pode-se discutir qualquer norma, a utilização da arguição está limitada aos atos normativos em que haja desrespeito a preceito fundamental⁴, ou seja, o instituto em estudo está adstrito apenas à defesa dos Princípios basilares da Carta Magna. Apesar de não haver dispositivo legal explicando o que e quais seriam os preceitos fundamentais, a doutrina costuma corretamente citar como exemplo os Direitos e Garantias Fundamentais e os Princípios Gerais e Setoriais.

Ainda em relação à primeira situação, importa lembrar que o instituto da arguição difere substancialmente da antiga *Avocatória*. Instrumento não-acolhido pela Carta Cidadã de 1988, a *avocatória* permitia que o STF chamasse a si o julgamento de qualquer matéria politicamente interessante, o que, conforme dito, não ocorre com a arguição de descumprimento de preceito fundamental, cuja propositura depende de pré-requisitos legalmente estabelecidos.

Cumpra também assinalar que, por “ato do Poder Público” deva-se entender também “omissão do Poder Público”. Quer-se dizer que, a não-execução, pelo Poder Público, de um ato que tem por obrigação realizar, também enseja a proposição de arguição de descumprimento, desde que tal omissão tenha originado (ou esteja na iminência de gerar) lesão a um preceito fundamental.

A segunda hipótese de cabimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental ocorre quando for relevante o motivo da controvérsia constitucional sobre Lei ou ato normativo dos entes componentes da Federação, inclusos aí os atos precedentes à Constituição de 1988. Com a cominação legal da relevância, o legislador buscou evitar que houvesse um esvaziamento nas outras modalidades de Controle de Constitucionalidade já existentes. Isto porque se tal imposição não fosse prevista, qualquer deslinde constitucional serviria de pretexto para se propor a arguição de descumprimento de preceito fundamental, visto que tal tipo de ação vai direto ao Supremo Tribunal Federal e é agraciada com a prioridade na tramitação, o que não ocorre com a Ação Direta de Inconstitucionalidade e a Ação Declaratória de Constitucionalidade, nas quais o autor tem de enfrentar uma verdadeira *via crucis* até chegar ao STF e à resolução da lide.

Em relação aos atos prévios à promulgação da Carta Magna, ressalte-se que a constitucionalidade dos mesmos será observada apenas por seu

4 BASTOS, Celso Ribeiro e VARGAS, Alexis Gálias de. *A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e a Avocatória*. http://www.stf.jus.br/portal/ver08/revista/Ver-08/arg_descumpr/Celso.html, 13 de março de 2001.

aspecto **material**, pelo seu conteúdo, a fim de analisar se o mesmo está em consonância com o Ordenamento jurídico Brasileiro. Não caberá, jamais, apreciação de aspectos formais dos atos normativos anteriores à Constituição de 1988.

São essas, pois, as duas únicas situações legalmente autorizadas a ensejar a propositura da argüição de descumprimento de preceito fundamental. Ocorrendo qualquer delas, e não havendo no sistema nenhum outro modo de resolução das mesmas, caberá de pronto a argüição constitucionalmente prevista.

2.3 *A Subsidiariedade da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental*

Versa o § 1º do artigo 4º da Lei nº 9.882/99 que a argüição de descumprimento de preceito fundamental não será admitida quando houver qualquer outro meio capaz de sanar a lesividade, ou seja, dá à ação em estudo um caráter eminentemente subsidiário.

Impondo tal essência residual, o legislador buscou, acertadamente, evitar a utilização da argüição de descumprimento quando a resolução da controvérsia for possível através de Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Declaratória de Constitucionalidade ou Mandado de Segurança, por exemplo. Isso porque, não havendo tal exigência, optar-se-ia inevitavelmente pelo novel instituto em detrimento dos diversos meios de Controle de Constitucionalidade já existentes, tendo em vista a agilidade peculiar à ação ora analisada. E isso provocaria, muito provavelmente, um "inchaço" desnecessário no já atribulado Supremo Tribunal Federal, pois seriam inúmeros os casos merecedores de maior atenção e celeridade, além de proporcionar um esvaziamento de conteúdo da nova ação, retirando-lhe o caráter residual e tornando-a semelhante às modalidades de Controle de Constitucionalidade ora vigentes, transformando-a em uma opção a mais, porém recoberta de privilégios.

No tocante à essência de subsidiariedade da argüição de descumprimento de preceito fundamental, há fortes divergências doutrinárias em relação ao tema. Gilmar Ferreira Mendes, em estudo específico sobre o assunto⁵, alega que a subsidiariedade não é um caráter da ação objeto deste estudo, e utiliza o Direito Comparado para balizar sua posição.

⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. *Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Demonstração de Inexistência de Outro Meio Eficaz*. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/rcvista/Vcr-13/arguides.html, 13 de março de 2001.

Para comprovar a existência de hipóteses onde a argüição de descumprimento de preceito fundamental é o único meio eficaz para solucionar a querela constitucional, o eminente jurista faz um paralelo entre aquela ação e o recurso constitucional alemão. A *verfassungsbeschwerde*, a princípio, submete-se obrigatoriamente ao exaurimento de todas as instâncias ordinárias. A Corte Constitucional Alemã, entretanto, poderá tomar para si a competência, e decidir a contenda imediatamente, caso a questão seja de interesse geral.

Ora, parece-nos que o Douto Mestre deseja transpor tal instrumento para o ordenamento pátrio, permitindo que em caso de interesse geral, possa o Pretório Excelso decidir imediatamente a controvérsia por meio da argüição de descumprimento de preceito fundamental. Procedendo-se desta forma, ter-se-á a volta da já mencionada *Avocatória*, e a expressa violação ao Princípio Constitucional do Juiz Natural, o que seria inadmissível, um verdadeiro desrespeito à Carta Cidadã de 1988. Além disso, o ordenamento pátrio já dispõe de eficientes modalidades de Controle de Constitucionalidade perfeitamente aptas a decidir casos como o trazido por Dr. Gilmar Ferreira Mendes, como por exemplo a Ação Direta de Inconstitucionalidade e a Ação Declaratória de Constitucionalidade.

Opinião distinta sustenta o Professor Arnoldo Wald, para quem a argüição de descumprimento de preceito fundamental “trata-se de medida **excepcional, remédio extraordinário** a ser aplicado nos casos de maior relevância para o país”⁶ (grifos nossos). Ao nosso ver, a posição do ilustre Professor é deveras acertada, na medida em que apresenta aquela que parece ter sido a *mens legis* da Lei nº 9.882/99: inserir no Direito Positivo Brasileiro um instrumento ágil e eficiente, a ser utilizado apenas em situações de **extrema relevância**, e exclusivamente quando não houver nenhum outro meio de solução do deslinde, evitando assim a dispensável sobrecarga do órgão Guardião-mor de nossa Constituição.

Deste modo, não há que se discutir o caráter de subsidiariedade da argüição de descumprimento de preceito fundamental. Ele existe, sim, e faz parte da essência da ação em comento, inclusive – e primordialmente – devido à expressa previsão legal que lhe foi dada.

3. Efeitos das decisões na ação de Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental

O Sistema de Controle de Constitucionalidade pátrio é bastante complexo, oferecendo opções diversas para se analisar a adequação de leis

6 WALD, Arnoldo. *O Incidente de Constitucionalidade, Instrumento de uma Justiça Rápida e Eficiente*. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rcv-07/just_rápida.htm, 13 de março de 2001.

e atos normativos à Constituição da República. São dois os métodos de controle judiciário de constitucionalidade, o **difuso**, que permite a qualquer juiz ou Tribunal o estudo da constitucionalidade da lei no caso concreto, e o **concentrado**, no qual se busca obter a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo de maneira geral, independentemente de haver ou não um caso concreto.

O controle difuso, também dito por via de exceção, possui efeitos *ex tunc*, ou seja, retroage-se à origem do ato, tornando-o nulo. Em relação ao alcance da decisão, o controle aberto tem eficácia *inter partes*, podendo o Supremo ampliá-la para todos – *erga omnes*. Por seu turno, o controle do tipo abstrato tem efeitos também retroativos, anulando-se o ato e as consequências dele advindas, e eficácia da decisão *erga omnes* – para todos. Outrossim, pode o controle concentrado apresentar efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário, conforme ocorre com a Ação Declaratória de Constitucionalidade.

Feitas tais considerações preliminares, passa-se agora ao estudo específico dos efeitos da argüição de descumprimento de preceito fundamental. Conforme exposto, tal ação pode ser tida como uma espécie de controle concentrado de constitucionalidade, levando-se em conta o fato de seus efeitos serem contra todos e vinculantes, tal qual a Ação Declaratória de Constitucionalidade. Mas apenas esta classificação não é suficiente. Faz-se mister um aprofundamento na análise dos efeitos da argüição de descumprimento de preceito fundamental, para que se possa compreender o novel instituto em toda a sua plenitude.

Preceitua o artigo 10 da Lei nº 9.882/99 que, ao ser julgado o mérito da ação de argüição de descumprimento de preceito fundamental, deverá o STF comunicar a decisão às autoridades ou órgãos responsáveis pela prática do ato questionado, informando e fixando as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental. Deste mesmo artigo 10 advém o caráter vinculante das decisões, visto que tal imposição vem expressa no § 3º do referido dispositivo.

De acordo com o Dr. Walter Claudius Rothenburg⁷, os efeitos da decisão numa ação de argüição de descumprimento de preceito fundamental podem ser moldados pelo Supremo Tribunal Federal, podendo tal modulação incidir em quatro dimensões da eficácia do julgado, a saber: a) eficácia **subjéctiva** – o STF, visando a manter a segurança jurídica, pode

⁷ ROTHENBURG, Walter Claudius e TAVARES, André Ramos (organizadores). *Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Análises à Luz da Lei nº 9.882/99*. São Paulo: Atlas, 2001.

restringir o alcance da decisão, fazendo-a alcançar apenas determinadas pessoas; b) eficácia **temporal** – a decisão também pode ter seus efeitos limitados no tempo, seja protraindo-os *pro future*, ou salvando os efeitos já produzidos pelo ato inquinado; c) eficácia **vinculante** – a Lei 9.882/99 permite sejam estabelecidos vínculos ao Legislador em relação às decisões, ou seja, também o Legislativo, como órgão do Poder Público que é, deverá se pautar pelo sentido que o STF determinou como correto para o preceito fundamental; d) eficácia **material** – o alcance do conteúdo da decisão pode ser modulado no aspecto de que pode-se extirpar da Lei/ato normativo apenas o(s) dispositivo(s) declarado inconstitucional, sem a invalidação daqueles que estiverem de acordo com a Constituição Federal.

Ainda abordando a questão da eficácia das decisões na ação de argüição de descumprimento de preceito fundamental, é imprescindível ressaltar o que dispõe o artigo 5º, § 3º da Lei 9.882/99. Tal dispositivo determina que liminar concedida nas ações de argüição de descumprimento poderá suspender o andamento dos processos e o efeito das decisões judiciais não definitivas em curso, desde que tal efeito suspensivo seja solicitado pelo autor da ação de argüição na petição inicial. Isto porque, caso não seja tal efeito requerido, terá a liminar eficácia meramente declaratória, a menos que o STF, mesmo sem pedido da parte autora, ache por bem conceder efeito suspensivo à medida liminar. Não é demais salientar também que o citado dispositivo é tido como inconstitucional pela OAB, conforme será visto – e contestado – a seguir.

Diante do exposto, percebe-se serem os efeitos da decisão das ações de argüição de descumprimento de preceito fundamental bastante adequados às necessidades do Ordenamento Cidadão em que o país se encontra, na medida em que buscam evitar ao máximo, a desobediência aos preceitos Fundamentais da Constituição, a partir de seu efeito vinculante e suspensivo. Outrossim, conforme será visto adiante, tais efeitos estão em perfeito acordo com a Carta Magna, o que confere ao instituto da argüição de descumprimento o título de imprescindível instrumento a favor da ordem jurídica e seus jurisdicionados.

4. A ADIN proposta pela OAB

Conforme dito anteriormente, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB – promoveu Ação Direta de Inconstitucionalidade contra a totalidade da Lei nº 9.882/99, e em especial contra o artigo 1º, parágrafo único, o § 3º do artigo 5º, o *caput* e o §3º do artigo 10 e o artigo 11 da mesma Lei. Far-se-á aqui uma breve análise dos dispositivos legais ditos inconstitucionais pela OAB, buscando-se

demonstrar, de maneira bem fundamentada, a perfeita adequação da Norma em estudo ao Sistema Constitucional pátrio.

Observando-se inicialmente o parágrafo único do artigo 1º da Lei 9.882/99, o qual trata da possibilidade de utilização da argüição de descumprimento de preceito fundamental em relação a atos normativos municipais e/ou anteriores à Constituição de 1988, afirma a OAB ser o mesmo claramente inconstitucional, na medida em que ampliaria a competência do Supremo Tribunal Federal através de Lei Ordinária. Sustenta o Conselho Federal da Ordem que a Carta Magna só acolhe o Controle de Constitucionalidade pelo Pretório Excelso em relação a leis/atos federais e estaduais. Logo, ao permitir a argüição em hipóteses de relevante fundamento da controvérsia constitucional acerca de leis/atós **municipais e/ou pré-constitucionais**, o dispositivo mencionado estaria outorgando nova competência ao STF, o que não pode ocorrer, visto que o único instrumento capaz de delegar funções à Corte Suprema é a Constituição da República.

Não é preciso ir muito longe para se achar embasamento que derrube a frágil argumentação da OAB. Primeiramente, basta se observar o disposto no § 1º do artigo 102 da Carta Magna: "A argüição de descumprimento de preceito fundamental decorrente desta Constituição **será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal**, na forma da Lei". Ora, se a própria Constituição Federal previu a argüição de descumprimento e o STF como seu órgão julgador, como ousar dizer que a Lei 9.882/99 está delegando novas competências ao Egrégio Tribunal? Veja-se, portanto, que o parágrafo único do artigo 1º da Lei 9.882/99 está em perfeita consonância com a norma genérica insculpida no artigo 102, § 1º da Constituição, não pairando, pois, nenhuma dúvida acerca de sua constitucionalidade.

É igualmente falha a alegação de inconstitucionalidade do § 3º do artigo 5º da Lei nº 9.882/99, o qual versa sobre a concessão de liminares nos processos de argüição de descumprimento de preceito fundamental e o efeito das mesmas. Tal dispositivo, de acordo com a OAB, infringe três Princípios Constitucionais, o do Devido Processo Legal (art. 5º, LV), o do Juiz Natural (art. 5º, XXXVII) e o do Pluralismo (art. 1º, V), além de representar a volta da já citada Avocatória. Infeliz tal comparação, não possuidora de embasamento algum, podendo ser imediatamente rechaçada. Viu-se anteriormente tratar-se a Avocatória de instrumento completamente distinto da ação ora estudada, posto que aquela concedia poderes infindos ao STF, permitindo-lhe o julgamento de quaisquer processos politicamente interessantes, enquanto esta última outorga ao Egrégio Tribunal a possibilidade de julgar apenas o legalmente previsto. Deste modo, resta

provada a inexistência absoluta de qualquer semelhança entre a Avocatória e a argüição de descumprimento de preceito fundamental.

Já em relação à alegação de que a Lei nº 9.882/99 viola os Princípios do Juiz Natural e do Devido Processo Legal, informa o Douto Procurador da Fazenda Nacional Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho⁸, citando inclusive jurisprudência no mesmo sentido, que a argüição de descumprimento, enquanto espécie de Controle Abstrato de Constitucionalidade, é um processo do tipo **objetivo**, não sendo submetido, portanto, a princípios como os citados, próprios do processo subjetivo.

Deste modo, também o § 3º do artigo 5º da Lei 9.882/99 está em perfeita harmonia com o ordenamento jurídico pátrio, sendo tal dispositivo, na verdade, mais um imprescindível reforço à defesa eficiente dos Princípios Fundamentais da Carta Magna, além de constituir uma garantia de que os juízes e Tribunais não irão continuar aplicando normas já declaradas inconstitucionais pelo Guardião-Mor da Constituição.

Referem-se o *caput* e o § 3º do artigo 10 da Lei nº 9.882/99 aos efeitos das decisões de mérito das ações de Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Almeja o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil demonstrar que tal dispositivo outorga às sentenças dos processos de Argüição de Descumprimento caráter de ato legislativo⁹. Tal alegação não é legítima, tendo em vista que **oferecer a correta** interpretação da Norma Constitucional sob apreciação, essa norma, sim, dotada de gênese legislativa, é uma das funções afeitas ao Superior Tribunal Federal, apresentando efeitos *inter partes* no controle difuso de constitucionalidade, e *erga omnes* no abstrato. Deste modo, sabendo-se ser a ação em estudo uma espécie de controle concentrado de constitucionalidade, os efeitos de suas decisões devem ter eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, sem que haja a violação da competência de outros órgãos ou de qualquer preceito normativo. Destarte, também o artigo 10, **em seu caput** e § 3º, acha-se **devidamente** ajustado ao Ordenamento Jurídico pátrio.

Ainda na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.231-8, a OAB aponta a suposta inconstitucionalidade do artigo 11 da Lei 9.882/99, o qual consente que o STF, obedecendo a requisitos determinados, **restringa ou adie** os efeitos da sentença **declaratória de inconstitucionalidade** de lei/ato normativo em processos de Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental. De acordo com a Ordem dos Advogados, tal dispositivo iria de encontro aos Princípios do Estado Democrático de Direito e da Legalidade.

8 SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. *Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental*. Revista *Consulex*, São Paulo: a. v, n. 99, p. 50.
9 *Idem, ibidem*. p. 51.

Na exposição de motivos que acompanhou o Projeto da Lei nº 9.882/99, foi enfatizado que o próprio STF tem assinalado a insuficiência das formas de controle de constitucionalidade ora disponíveis para atender plenamente a demanda social. Logo, a comissão elaboradora da lei em comento percebeu que, paralelamente à declaração de nulidade, há de ser implementada a possibilidade do STF, excepcionalmente e respaldado por votação da maioria qualificada de seus membros (2/3 dos votos), fixar limites aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, proferindo-a com eficácia *pro future* ou *ex nunc*.

Inobstante nossa Corte Suprema jamais tenha, em suas decisões de mérito no controle concentrado de constitucionalidade, determinado sua eficácia *ex nunc*, os Ministros do Egrégio Tribunal têm admitido diversas vezes, mesmo antes de expressa previsão legal, tal possibilidade.

Percebe-se pois, que, ao conceder maior flexibilidade ao julgador para determinar os efeitos das decisões dos processos de controle concentrado de constitucionalidade, o artigo 11 da Lei 9.882/99 visa garantir o fiel cumprimento da Constituição da República, tornando possível a declaração de inconstitucionalidade de uma norma, sem que a mesma cause danos ao Ordenamento Jurídico e/ou aos seus jurisdicionados. Observe-se, outrossim, que o artigo 11 da referida Lei é em sua plenitude compatível com o Sistema Jurídico Nacional, não subsistindo dúvidas acerca de sua constitucionalidade.

Diante dos argumentos expostos, dessume-se de pronto que a ADIN proposta pela OAB carece de embasamento resistente, e espera-se que a Corte Suprema indefira a Medida Liminar ora requerida. Aliás, ainda que venha a ser declarada a inconstitucionalidade de algum dos dispositivos da Lei nº 9.882/99, continuará a mesma inserida no Ordenamento, gozando dos mesmos privilégios de hoje e podendo ser utilizada quando cabível. Decerto não teria tal Lei sua eficácia plena, mas ainda assim constituiria um importante, ou talvez até indispensável, instrumento na tutela dos Preceitos Fundamentais inscritos na Carta Cidadã promulgada em 1988.

5. Conclusão

O instituto da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental, muito embora esteja previsto no §1º do artigo 102 da Constituição Federal desde a promulgação desta, só recentemente teve sua utilização possibilitada, com o advento da Lei nº 9.882, de 1999.

Inobstante ser a argüição de descumprimento uma espécie de controle de constitucionalidade de mais alta importância, sua regulamentação tem suscitado várias divergências doutrinárias, especialmente no que tange ao seu caráter de

subsidiariedade e aos efeitos que podem ter suas decisões, tendo as discussões ensejado, inclusive, a proposição de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade por parte do Conselho Federal da OAB contra a íntegra da Lei 9.882/99.

Apesar da existência de correntes contrárias à maneira como a Lei 9.882/99 regulamentou a argüição de descumprimento de preceito fundamental, percebe-se que o referido dispositivo alcança efetivamente os objetivos a que se propõe, na medida em que regula de maneira exemplar a referida ação, e o faz de maneira a torná-la um instrumento extremamente útil e eficaz na defesa dos Princípios Basilares de nosso Ordenamento Jurídico.

6. Bibliografia

1. BASTOS, Celso Ribeiro e VARGAS, Alexis Gálias de. *A Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental e a Advocatária*. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev08/arg_descump/Celso.html, 13 de março de 2001.
2. BERNARDES, Juliano Taveira. *Lei nº 9.882/99: Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental*. <http://www.jus.com.br/doutrina/lej9882/html>, 13 de março de 2001.
3. DOUGLAS, William e MOTTA, Sylvio. *Controle de Constitucionalidade*. 3. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2000.
4. MENDES, Gilmar Ferreira. *Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Demonstração de Inexistência de Outro Meio Eficaz*. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Ver-13/arguides.html, 13 de março de 2001.
5. MENDES, Gilmar Ferreira. *Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental (§1º do artigo 102 da Constituição Federal)*. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Ver_07/arguicao.htm, 13 de março de 2001.
6. MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2000.
7. ROTHENBURG, Walter Claudius e TAVARES, André Ramos (organizadores). *Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Análises à Luz da Lei nº 9.882/99*. São Paulo: Atlas, 2001.
8. SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. *Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental*. *Revista Consulex*, São Paulo: a. V, n. 99, p. 50.
9. WALD, Arnoldo. *O Incidente de Constitucionalidade, Instrumento de uma Justiça Rápida e Eficiente*. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev-07/just_rapida.htm, 13 de março de 2001.

ATUAÇÃO POLÍTICA DAS ENTIDADES DO TERCEIRO SETOR¹

Luís Fernando Lima de Oliveira (aluno da graduação em Direito da UFPE; ex-monitor de Direito Civil III; pesquisador-bolsista do PIBIC/CNPq)

Sumário: 1. Introdução; 2. O Terceiro Setor; 3. O Terceiro Setor no Projeto de Reforma do Estado Brasileiro; 4. Atuação Política, 4.1. Direito Estrangeiro, 4.2. Direito Brasileiro, 4.2.1. Democracia Participativa, 4.2.2. Terceiro Setor como Grupo de Pressão, 4.2.3. Vedação ao apoio eleitoral e exigência de filiação partidária para elegibilidade; 5. Conclusão; 6. Bibliografia.

1. Introdução

A crise do Estado contemporâneo em garantir de forma eficaz à população direitos básicos previstos constitucionalmente fez emergir um novo setor, oposto à vetusta dicotomia Estado X Mercado.² Este chamado *Terceiro Setor*, composto das mais diversas entidades de personalidade jurídica privada, todavia sem fins lucrativos e com finalidades públicas, encontra-se atualmente sob Reforma de seu Marco Legal. Estas alterações, que no direito brasileiro caminham concomitantes ao Projeto de Reforma do Estado, merecem uma discussão mais aprofundada a respeito de todas as circunstâncias e conseqüências envolvidas.

Um aspecto pouco ressaltado em todo este processo tem sido a atuação política dessas entidades da sociedade civil. O presente trabalho objetiva primeiramente qualificar o Terceiro Setor, para então enquadrá-lo enquanto força social viva, que deve exercer seu poder de pressão junto ao Poder Público, inclusive quanto ao exercício do Poder de forma

¹ Artigo baseado em trabalho apresentado no VIII Congresso de Iniciação Científica da Universidade Federal de Pernambuco [CONIC - UFPE] sob o título *As Entidades do Terceiro Setor - Finalidades, formas de financiamento e o paradigma de sua atuação política*, publicado nos Anais do Encontro, volume II, Recife: UFPE, 2000, p. 224.

² ALVES, Francisco de Assis. *Fundações, organizações sociais, agências executiva: organizações da sociedade civil de interesse público e demais modalidades de prestação de serviços públicos*. São Paulo: LTr. 2000.

institucionalizada. Faz-se necessário, outrossim, traçar um paralelo com as inovações trazidas ao Setor por meio da recente criação dos títulos de Organizações Sociais e Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público.

Pretende-se, então, lançar luzes sobre o tema, para que sirva de parâmetro doutrinário para a formulação do Terceiro Setor, em virtude da recente formação pela qual atualmente passa seu Marco Legal.

2. O Terceiro Setor

A consagrada doutrina romanista aponta a **existência** de dois setores sociais. De um lado o Estado, a Administração Pública; de outro, o mercado, a **iniciativa privada**. Com a **falência do Estado** em garantir à população os direitos básicos, como **educação, saúde** e assistência social de forma eficiente, surge outro ponto neste relação bilateral marcadamente conflituosa: são as entidades do chamado Terceiro Setor.

Por ainda se encontrar em fase de construção doutrinária, não existe um conceito seguro do que seria o Terceiro Setor, levando-se comumente a confundir sua conceituação com a noção de suas próprias entidades, por vezes de forma restritiva. José Eduardo Sabo Paes, um dos poucos que se dedicam ao tema de modo mais abrangente, conceitua-o como "o conjunto de organismos, organizações ou instituições dotados de autonomia e administração própria que apresentam como função e objetivo principal atuar voluntariamente junto à sociedade civil visando ao seu aperfeiçoamento."³

Podem ser observados, de logo, o principais elementos que o **constituem**. Assim, seria o Terceiro Setor o complexo de entidades de personalidade jurídica privada que possuam objetivos públicos no seu âmbito de atuação, sem fins lucrativos, não distribuindo dividendos de qualquer natureza a seus associados e dirigentes. A questão do trabalho essencialmente voluntário não é ponto essencial à sua conceituação, tendo em vista que nos dias de hoje, sobretudo nos países estrangeiros mais desenvolvidos, o Terceiro Setor funciona como grande gerador de empregos para determinadas categorias.⁴ Todavia, esta remuneração de seus agentes

3 SABO PAES, José Eduardo. *Fundações e Entidades de Interesse Social*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999, p. 46.

4 "O Terceiro Setor integra basicamente o setor de serviços. Será grande beneficiário da crescente necessidade mundial de gerar empregos. Alguns estudiosos, como Jeremy Rifkin [O fim dos empregos: o declínio inevitável dos níveis de empregos e a redução da força global de trabalho, São Paulo: Makron Books, 1995], chegam mesmo a indicar o Terceiro Setor como o maior gerador de empregos no futuro." CUENCA, Carlos e FALCÃO, Joaquim. *Diretrizes para nova legislação do Terceiro Setor*. CUENCA, Carlos e FALCÃO, Joaquim (coords). *Mudança Social e Reforma Legal: estudos para uma nova legislação do Terceiro Setor*. Brasília: Conselho da Comunidade Solidária: UNESCO: BID: FBB, 1999, p. 23.

não devem ultrapassar os valores de mercado.

Dentre as entidades que abrangem este também chamado Setor Emergente, enumeram-se desde as fundações, entidades beneficentes, organizações não-governamentais até empresas que possuem programas de responsabilidade social, pessoas físicas e jurídicas que exercem sistematicamente meios de filantropia e empresas juniores sociais.

Hoje, o Terceiro Setor engloba um total de 12 milhões de pessoas só no Brasil, entre gestores, voluntários, doadores e beneficiados de entidades beneficentes. São apontados dados que apontam a existência de até 220.000 entidades deste tipo no país. Segundo pesquisa realizada pela Kanitz & Associados, realizada apenas com as 400 maiores entidades do Brasil [que juntas movimentam praticamente 90% da atividade do setor], tendo como ano-base 1997, o dispêndio social declarado dessas organizações foi de R\$ 1.725.631,00. Ao todo, elas possuem 54.459 funcionários, que percebem um salário médio de R\$ 280,00, e 181.658 voluntários.

Os números parecem ainda pouco expressivos, todavia servem como apontamento seguro do crescimento e da inserção do papel das entidades enquanto agentes representativos da sociedade civil organizada.

3. O Terceiro Setor no Projeto de Reforma do Estado Brasileiro

O Estado brasileiro vivencia um período de Reforma, que inclui alterações preciosas em seus princípios, seu âmbito e sua forma de atuar. O tradicional modelo do Estado do Bem-Estar Social vem sendo substituído gradativamente por um sistema que visa a adequar a Administração Pública a um sistema denominado gerencial, de enfoque na eficiência do serviço, de maiores flexibilidades no trato do regime jurídico dos servidores, dos processos, procedimentos e formas de contratação administrativos, maior autonomia das entidades da administração indireta, privatização dos serviços econômicos que possam competir eficazmente no mercado, tudo em detrimento do engessado aparelhamento burocrático.

A participação do Terceiro Setor neste projeto é de relevada importância. O Estado reconhece sua falência na prestação de serviços essenciais e busca o suporte dessas entidades, surgidas exatamente em decorrência da crise do aparelho estatal. Este processo, segundo o Prof. Paulo Modesto, teria um duplo escopo: uma forma de parceria do Estado com as instituições privadas de fins públicos (perspectiva *ex parte principe*)

5 O que é o Terceiro Setor? <http://www.filantropia.org.br/OqueeTerceiroSetor.htm>, 8 de abril de 2001.

ou, sob outro ângulo, uma forma de participação popular na gestão administrativa (perspectiva *ex parte populi*).⁶

Esta participação se daria no gerenciamento pelas entidades do Terceiro Setor de políticas públicas, em setores inclusive essenciais, não como ente de *substituição*, mas como ente de *cooperação*. O patrimônio público seria gerido de forma compartilhada entre o Estado, regulador e fiscalizador, e seu parceiro na iniciativa privada, executivo. Para tanto, foram instituídas as qualificações de organizações sociais [OS] e organizações da sociedade civil de interesse público [OSCIP], por meio das Leis nº 9.637 de 15 de maio de 1998 e 9.790 de 23 de março de 1999, respectivamente.

Tais denominações não consubstanciam novas entidades. No caso da OS, seria uma titulação que o Estado pode outorgar [em um excesso perigoso de discricionariedade] a pessoas jurídicas que cumpram os requisitos legais para que fomentem atividades públicas, segundo um contrato de gestão entre o novo órgão e o Poder Público. A entidade qualificada como OS se submete ao controle estatal para poder receber patrimônio, verbas e servidores públicos, estes cedidos sem ônus para o órgão de origem. A mesma Lei nº 9.637/98 prevê também o Programa Nacional de Publicização – PNP que deverá especificar diretrizes para a absorção de órgãos públicos pelas OSs.

Quanto às OSCIPs, a qualificação passa a ser uma prerrogativa de qualquer entidade que preencha os requisitos legais. A formação de um vínculo entre o Poder Público para a consecução de suas atividades é o Termo de Parceria, que deve discriminar direitos, obrigações e responsabilidades dos signatários.

Ambas espécies de qualificação acima mencionadas acabam por desvirtuar o papel originário e precípua das entidades do Terceiro Setor. As chamadas OSs devem ser entendidas antes como forma de privatização [em sentido amplo, visto não haver transferência direta do domínio], pois “não se poderá dizer que extinguir órgãos e entidades governamentais e entregar suas funções a instituições do setor privado não seja privatizar”⁷. Ademais, a entrega deliberada do gerenciamento de políticas públicas essenciais não podem ser objeto exclusivo das OSs, até pelas peculiaridades do direito administrativo brasileiro, diverso do modelo onde foi inspirada as organizações sociais.⁸ No caso das OSCIPs, porém, a legislação assume

6 MODESTO, Paulo. *Reforma Administrativa e Marco Legal das Organizações Sociais no Brasil*. <http://www.iusnavegandi.com.br/doutrina/orgsosci2.html>, 8 de abril de 2001.

7 FERREIRA, Sergio de Andréa. *As Organizações Sociais e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público: considerações sobre seu regime jurídico*. *Revista de Direito Administrativo*, v. 217. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 114.

8 Neste sentido, DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

natureza mais formal, não se contemplando dispensa de licitação e prevendo concurso público para escolha da organização que melhor poderá desenvolver os fins públicos por meio do Termo de Parceria.

O título de OS privilegia um grave absenteísmo por parte do Estado de seus pressupostos basilares, abrindo espaço inclusive para relações perniciosas entre o Poder Público e as entidades qualificadas, num evidente desrespeito aos princípios da moralidade e da impessoalidade administrativas. Já a titulação de OSCIP, instituída com o objetivo fiscalizar melhor essas entidades, está criando uma verdadeira insegurança, sobretudo nas ONGs sérias, pela falta de uma política de transição, que garanta um tratamento fiscal adequado e um sistema de financiamento para o Terceiro Setor. A Associação Brasileira de Organizações Não-Governamentais – ABONG já se pronunciou de maneira temerária que o governo, por problemas de caixa, venha a criar entraves para o enquadramento daquelas entidades no regime jurídico exigido pela CF e pela Lei Orgânica da Assistência Social [LOAS], desvirtuando assim o caráter opcional da qualificação das OSCIPs.

Em qualquer caso, o caráter de agente social autônomo, de funcionamento cooperativo, complementar e não substitutivo à atividade estatal, é imprescindível para a própria configuração do Terceiro Setor.

4. Atuação Política

É inegável o papel do Terceiro Setor enquanto ente autônomo de representação efetiva de determinadas parcelas da sociedade, ou, quando menos, de diretrizes de conteúdo específico. Gozando de confiança de boa parte da população, permitindo que desfrute de uma série de benefícios como imunidade ou isenções fiscais e recebimento de dotações orçamentárias, essas entidades representam, ainda que de forma não legitimada, a opinião de uma parcela da sociedade que não pode ser ignorada.

Uma matéria que merece atenção, especialmente por ainda não ter um tratamento pacífico, diz respeito à atuação dos órgãos do Terceiro Setor em campanhas e atividades políticas e político-partidárias. Enquanto os países de direito anglo-saxão tradicionalmente vedam esta atuação, os países romanísticos não possuem um noção determinada do tema. Faz-se necessário observar os parâmetros do Direito Comparado para se traçar luzes sobre o caso brasileiro.

9 DURÃO, Jorge Eduardo S. *O impacto da Reforma do Estado e a ação das ONGs*. <http://www.abong.org.br/artigos/reforma.htm>, 18 de fevereiro de 2001.

4.1. Direito Estrangeiro

O sistema anglo-saxão veda a incursão das entidades de fim público em atividades políticas em face do caráter eminentemente tendencioso que estas teriam em detrimento do bem comum genérico. Uma vez que essas entidades recebem, de alguma forma, benefícios públicos, não é justo para com o contribuinte que ele ajude uma associação a promover uma ideologia da qual não coaduna.

Na Inglaterra, são defesas às entidades chamadas de *charities* ter objetivos políticos. Todavia, podem envolver-se em atividades de defesa ou oposição a reformas na lei e na política governamental em pontos que atinjam seu público-alvo.¹⁰ No Canadá, a autoridade fazendária nacional, *Revenue Canada*, estipula serem vedadas às organizações de caridade, beneficiadas com isenções e incentivos fiscais: a) o apoio a partido político ou a candidato a cargo público; b) a promoção de ideologia política; c) apoio ou oposição a reformas na lei ou a políticas governamentais; e d) campanhas junto à opinião pública, para conquistar adesão a determinado ponto de vista, em questões polêmicas.¹¹ Como se vê, a lei canadense mostra-se muito mais restritiva, inclusive prevendo penas de perda de registro e dos benefícios fiscais, somente admitindo a participação em atividades políticas de caráter meramente educativo, de acordo com os objetivos estatutários da entidade.¹²

Nos Estados Unidos, o direito de expressão política, embora de conotação individual na letra da Constituição, aplica-se extensivamente às entidades coletivas. No entanto, estes entes possuem forte restrição à capacidade de exercer *lobby* junto ao Congresso ou Agências Governamentais e desde 1954, estão proibidos de participarem de campanha política para cargos públicos.

O cerne da questão situa-se de forma mais freqüente nas organizações que recebem de alguma maneira benefícios governamentais, tanto em respeito ao cidadão que não pode ser obrigado a patrocinar uma ideologia da qual não acredita como no risco de quebra da moralidade administrativa, face à suspeição de que uma entidade financiada pelo governo possa apoiar suas medidas junto à população em que atua. As vedações são rígidas e bastante claras.

10 OLIVEIRA, Anna Cynthia. *Terceiro Setor: uma agenda para reforma do Marco Legal*. Brasília: Conselho da Comunidade Solidária: UNESCO: BID: FBB, 1997, p. 24.

11 *Idem.* p. 24.

12 *Idem.* p. 25.

13 *Idem.* p. 25.

Merece destaque o caso ímpar da Bolívia, em que a Constituição autoriza que agrupamentos civicos ou organizações da sociedade civil lancem candidatos a cargos eletivos, formalizando coalizões com qualquer partido.

4.2. Direito Brasileiro

Com referência ao caso do Brasil, é necessário avaliar a conveniência de se disciplinar a atuação das organizações da sociedade civil na seara política e as conseqüências deste ato, sobretudo ao lume da Constituição Federal.

4.2.1. Democracia participativa

É própria da formação do Terceiro Setor a possibilidade de se exercer a democracia de forma participativa pela população. Esta forma de atuação democrática parece ser uma resposta evolutiva da democracia direta da *pólis* grega, e da crise do modelo representativo. A Constituição brasileira prevê o exercício de forma concomitante desses modelos de atuação democrática: direta [plebiscito e referendo], representativa [eleições para os Poderes Legislativo e Executivo] e participativa [conselhos].

O constitucionalista Kildare Gonçalves Carvalho nos ensina ser a democracia participativa o exercício direto e pessoal nos atos do governo.¹⁴ Ou seja, em contraposição aos modelos tradicionais, em que o povo delega aos seus representantes o poder soberano de aplicar um programa de governo, a participação popular exsurge como prática de democracia-meio, superando e completando a democracia-fim. Nas palavras do nunca assaz citado jurista português J. J. Gomes Canotilho:

“A teoria da democracia participativa considera-se como teoria crítica da teoria pluralista e como alternativa para o impasse do sistema representativo. O seu ponto de partida fundamental é o interesse básico dos indivíduos na autodeterminação política e na abolição do domínio dos homens sobre os homens. Contra uma teoria democrática

¹⁴ GONÇALVES CARVALHO, Kildarc. *Direito Constitucional Didático*. 3. ed. Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora. 1994, p. 109.

*representativa, totalmente absorviva (isto é, que exclui os direitos e participação directa democrática) e contra um mandato livre, totalmente desvinculado dos cidadãos, a teoria da participação aspira à realização da ideia de democracia como poder do povo, juntando todas as suas componentes: individualistas, colectivistas, ideal radical democrático, autodeterminação individual e domínio do povo. É uma longa tradição (desde a 'Comuna de Paris' ao anarquismo, do sistema de conselhos à oposição extraparlamentar) e que hoje defende a formação da vontade política de 'baixo para cima', num processo de estrutura das decisões com a participação de todos os cidadãos."*¹⁵

Destarte, a atuação social por meio das entidades do Terceiro Setor consolida uma visão integrada de participação política, revertendo uma situação de apatia da população. Grupos como ONGs devem ser considerados agentes políticos, ao exercerem, em suas atividades específicas, atos tipicamente governamentais, de forma complementar, como a proteção e defesa do meio-ambiente e do patrimônio histórico e artístico, de políticas de educação, pesquisa científica e tecnológica, saúde, assistência social e combate à pobreza, valorizando o voluntariado e a promoção da cidadania.

Ademais, não há vedação constitucional a esta forma de exercício político. Pelo contrário, deve-se interpretar a Constituição como consagrada, desde seu preâmbulo, de um Estado Democrático de Direito que assegura princípios e garantias de liberdade de posicionamento e discurso político, estes sem exclusividade dos partidos. Pelo contrário, os valores supremos devem ser defendidos por todos.¹⁶ Neste sentido, conclui o sociólogo Ivo Lesbaupin:

"Se é verdade que a dimensão de nossas sociedades exige que a forma principal de democracia seja a representativa, no

¹⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p. 409.

¹⁶ CF, art. 5º, incisos IV, VI, IX, XVI, XVII e LXX, b; art. 204, inciso II; e art. 227, § 1º.

entanto, para garantir a efetiva soberania popular, é perfeitamente possível e desejável a presença de formas de democracia direta, articuladas com a democracia representativa. Somente a democracia participativa permite que o conjunto de cidadãos decida os rumos da política."¹⁷

4.2.2. Terceiro Setor como Grupo de Pressão

A sofisticação alcançada pelo Terceiro Setor tem feito com que as opiniões que elas emitem adquiram cada vez maior ressonância. Este poder faz parte de uma evolução histórica dos movimentos sociais, sobretudo a partir da redemocratização do país no final do século XX, ajudados ainda pela crise do *establishment* tradicional.¹⁸

Como conseqüência, é inescandível a transformação das organizações da sociedade civil da categoria de *grupos de interesses* específicos e bem determinados para *grupos de pressão*. Estes grupos, segundo Paulo Bonavides, definem-se "pelo exercício de influência sobre o poder político para obtenção eventual de uma determinada medida de governo que lhes favoreça os interesses."¹⁹

De fato, o Terceiro Setor, em sua evolução natural, passa a atuar como *fator real de poder*²⁰, exercendo pressão sobre os poderes políticos institucionais organizados, de maneira favorável ou contrária a determinadas políticas públicas ou reformas legais. Os posicionamentos assumidos são fruto de um discurso proferido por uma parcela significativa da sociedade, atuando coletivamente. Possuem, portanto, legitimidade para monitorar a atuação dos Poderes Públicos, de apontar falhas na condução das políticas governamentais, apresentar denúncias de irregularidades no manejo da coisa pública e inclusive de contradições entre a prática e o discurso parlamentar.

17 LESBAUPIN, Ivo. *Poder Local X Exclusão Social: A experiência das prefeituras democráticas no Brasil*. Petrópolis: Vozes, 2000. p. 87.

18 RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. *Discurso Jurídico e Prática Política: Contribuição à análise do Direito a partir de uma perspectiva interdisciplinar*. Florianópolis: Obra Jurídica, 1997, p. 71.

19 BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10. ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 427.

20 LASSALLE, Ferdinand. *Que és una Constitució?* Buenos Aires: Siglo Veinte, 1957, p. 14/15.

Todavia, é necessário que o novo Marco Legal do Terceiro Setor determine as formas como esta influência pode ser exercitada. É necessário que se regulamentem os canais de interlocução entre o Setor e o Governo, inclusive em relação à prática de *lobby*. Considerando que a maior parte dessas organizações sobrevive às custas de isenções e dotações orçamentárias, é fundamental traçar diretrizes para que as entidades possam formular e monitorar as políticas públicas de forma positiva para seus objetivos estatutários, não sendo cooptadas. Outrossim, é importante destacar o caráter suprapartidário das entidades, sem, no entanto, vedar a participação de seus dirigentes e demais membros em partidos políticos e em campanhas.

4.2.3. *Vedação ao apoio eleitoral e exigência de filiação partidária para elegibilidade*

Afora a atuação por meio do fomento à participação popular direta e da pressão em oposição ou apoio a reformas legislativas ou direcionamentos governamentais, o apoio a partidos em campanhas eleitorais é expressamente vedado às organizações da sociedade civil. Este preceito baseia-se, da mesma forma que no direito estrangeiro, a um maior zelo com o contribuinte, que não pode ser obrigado a subvencionar eleição de parlamentar ou chefe de executivo que não apóie. Ademais o apoio a candidaturas compromete a lisura dessas entidades subsidiadas pelo Poder Público. Há o risco de quebra do princípio da impessoalidade e tendência a se manter um sistema de poder, tendo em vista ser mais difícil uma entidade comprometida com verbas de um governo apoiar candidatos oposicionistas. Em países de tradição paternalista e populista, de realidade periférica como o Brasil, onde muitas entidades ainda lutam para abandonar a visão meramente assistencialista, compreende-se a necessidade desse dispositivo.²¹

Como prova inequívoca do comprometimento da legitimidade do Terceiro Setor, citem-se as entidades fomentadas e subsidiadas por verbas de gabinete e subvenções parlamentares. Muitas delas encontram-se sob investigação do Ministério Público em vários Estados. Fora isso, muitas organizações só existem como forma de manutenção das populações-meta sob influência de um vereador ou deputado. Caso exemplar se deu na cidade

21 Lei Eleitoral nº 9.100, de 29 de setembro de 1995, art. 37, incisos V e VII. Outrossim, a lei que dispõe sobre a qualificação das OSCIPs também veda expressamente sua participação em campanhas de interesse político-partidário ou eleitorais, sob quaisquer meio ou formas. [Lei nº 9790 de 23 de março de 1999, art. 16, *caput*].

do Recife, quando, logo após o resultado eleitoral de 2000, todos os edis que mantinham entidades, fossem de ensino de informática ou até assistência odontológica, tiveram de fechar suas portas, só se mantendo as associações dos que obtiveram a reeleição, causando grave prejuízo aos seus beneficiários.

Há ainda pouca referência doutrinária a respeito das fundações mantidas pelos partidos políticos. Estas organizações, que existem para qualificar o discurso dos membros dos partidos ao qual são ligadas e propagar a ideologia partidária, possuem também especial imunidade tributária [CF art. 150, VI, c]. Parece não haver legislação específica a respeito. A Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995, dispõe em seu art. 53: *A fundação ou instituto de direito privado, criado por partido político, destinado ao estudo e pesquisa, à doutrinação e à educação política, rege-se pelas normas da lei civil e tem autonomia para contratar com instituições públicas e privadas, prestar serviços e manter estabelecimentos de acordo com suas finalidades, podendo, ainda, manter intercâmbio com instituições não nacionais.* Assim, devem ser consideradas como entidades do Terceiro Setor especiais no direito pátrio, face a suas peculiaridades políticas, vedadas a outras fundações de igual regime jurídico, constituindo verdadeiros apêndices de seus partidos e não órgãos autônomos.

Por fim, a Constituição determina que o sufrágio terá como condição de elegibilidade a filiação partidária.²² Ou seja, a Lei Maior optou por consagrar aos partidos políticos, formulados segundo seus preceitos, a exclusividade de poder lançar candidatos a cargos públicos do Poder Executivo e Legislativo. Todavia, faz-se necessário repensar este sistema, que deve evoluir por se mostrar insuficiente. O crescente papel das organizações da sociedade civil enquanto agente político-social, a busca por maior legitimidade e efetividade de sua atuação enquanto grupo de pressão e o apuro em se evitar influências nocivas com os partidos aponta uma nova pauta no capítulo na Reforma Política brasileira. Defende-se a inclusão das possibilidades dessas organizações da sociedade civil, desde que preenchendo determinados requisitos de idoneidade, como antes capazes de apresentarem candidaturas oficiais. Tal alteração legal é de fundamental importância para se consagrar a representatividade que o Terceiro Setor exerce no seio da sociedade.

A maior crítica a esta alteração constitucional se dá pelas próprias diferenças intrínsecas entre os partidos políticos e das organizações do Terceiro Setor. Enquanto estas pensam sob uma perspectiva parcial, com seus particularismos, atuando transitoriamente, aqueles atuam sob uma

22 CF art. 14, § 3º, inciso V.

ótica global, com o objetivo claro de tomada de poder.²³ Entretanto, tais críticas mostram-se desde já superadas. As entidades do Terceiro Setor fazem parte da constituição material do Estado e, em sendo reconhecidas instrumentos de poder, é natural que seus interesses mereçam ser auscultados sob o patamar institucional.

5. Conclusão

A consagração das entidades do Terceiro Setor como instrumentos reais de poder, exercendo pressão política em busca de seus objetivos, é um fenômeno social irreversível. A participação popular, a possibilidade do povo exercer sua cidadania, propondo e monitorando as políticas públicas, constituem objetivos básicos de qualquer sociedade democrática. Para tanto, faz-se necessário, dentro do Projeto de Reforma do Marco Legal do Terceiro Setor, reconhecer este poderio e determinar diretrizes seguras para afastar possíveis malversações de verbas públicas. O relacionamento pernicioso entre as organizações da sociedade civil, os partidos políticos e o Poder Público Executivo e Legislativo somente contribui para o descrédito deste emergente Setor e deve ser coibido, inclusive com penas pesadas, como desqualificação dessas entidades como de utilidade pública e proibição de receber verbas públicas e isenções fiscais.

6. Bibliografia

6.1 Livros

1. ALVES, Francisco de Assis. *Fundações, organizações sociais, agências executiva: organizações da sociedade civil de interesse público e demais modalidades de prestação de serviços públicos*. São Paulo: LTr, 2000.
2. BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
3. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.
4. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquias, terceirização e outras formas*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999.
5. GONÇALVES CARVALHO, Kildare. *Direito Constitucional*

23 BONAVIDES, Paulo. *Op. Cit.* p. 429.

- Didático*. 3. ed. Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora, 1994.
6. LASSALLE, Ferdinand. *Que és una Constitució?* Buenos Aires: Siglo Veinte, 1957.
 7. LESBAUPIN, Ivo. *Poder Local X Exclusão Social: A experiência das prefeituras democráticas no Brasil*. 1. ed. Petrópolis: Vozes, 2000.
 8. OLIVEIRA, Anna Cynthia. *Terceiro Setor: uma agenda para reforma do Marco Legal*. Brasília: Conselho da Comunidade Solidária: UNESCO: BID: FBB, 1997.
 9. RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. *Discurso Jurídico e Prática Política: Contribuição à análise do Direito a partir de uma perspectiva interdisciplinar*. Florianópolis: Obra Jurídica, 1997.
 10. SABO PAES, José Eduardo. *Fundações e Entidades de Interesse Social*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

6.2 Artigos/Periódicos

1. CUENCA, Carlos e FALCÃO, Joaquim. *Diretrizes para nova legislação do Terceiro Setor*. CUENCA, Carlos e FALCÃO, Joaquim (coords). Mudança Social e Reforma Legal: estudos para uma nova legislação do Terceiro Setor. Brasília: Conselho da Comunidade Solidária: UNESCO: BID: FBB, 1999.
2. FERREIRA, Sergio de Andréa. *As Organizações Sociais e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público: considerações sobre seu regime jurídico*. Revista de Direito Administrativo. v.217. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

6.3 Rede Mundial de Computadores – Internet

1. DURÃO, Jorge Eduardo S. *O impacto da Reforma do Estado e a ação das ONGs*. <http://www.abong.org.br/artigos/reforma.htm>, 18 de fevereiro de 2001
2. KANITZ ASSOCIADOS. *O que é o Terceiro Setor?* <http://www.filantropia.org.br/OqueeTerceiroSetor.htm>, 8 de abril de 2001.
3. MODESTO, Paulo. *Reforma Administrativa e Marco Legal das Organizações Sociais no Brasil*. <http://www.jusnavegandi.com.br/doutrina/orgsoci2.html>, 8 de abril de 2001.

The first section of the document discusses the early years of the nation, focusing on the challenges faced by the young republic. It highlights the importance of establishing a strong federal government and the role of the states in the process. The text is written in a formal, historical style, typical of the late 18th or early 19th century.

The second section continues the narrative, detailing the political and social developments of the time. It explores the tensions between different factions and the impact of external events on the domestic scene. The author provides a detailed account of the various debates and decisions that shaped the course of the nation's history.

The third section of the document addresses the economic and social conditions of the period. It examines the growth of the economy and the changing patterns of settlement. The text also touches upon the issues of slavery and the rights of different groups within society.

The final section of the document concludes the historical account, reflecting on the progress made and the challenges that remained. It offers a perspective on the long-term significance of the events described and the path forward for the young nation.

MODALIDADES DE LICITAÇÃO: DA CONCORRÊNCIA AO PREGÃO – A INVERSÃO DO PROCEDIMENTO DE HABILITAÇÃO E JULGAMENTO E A POLÊMICA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 2026/00

Marco Aurélio Ventura Peixoto (Aluno da Graduação em Direito da UFPE; Ex-Monitor de Introdução ao Estudo do Direito 1; Monitor de Direito Administrativo 2; Pesquisador do CNPq)

Sumário: 1. Considerações Iniciais; 2. O procedimento licitatório e sua importância para a Administração Pública; 3. As diversas modalidades de licitação previstas na Lei n.º 8.666/93; 4. Concorrência; 5. Tomada de preços; 6. Convite; 7. Concurso; 8. Leilão; 9. Critérios de julgamento das propostas; 10. Pregão: a nova modalidade de licitação instituída pela polêmica Medida Provisória n.º 2.026/00; 9. Conclusão; 10. Bibliografia.

1. Considerações Iniciais

A licitação é o procedimento administrativo através do qual a Administração Pública seleciona a proposta que oferece mais vantagens para o contrato de seu interesse.

É um procedimento rigorosamente determinado a que o Poder Público se submete, estando previsto na Constituição e em legislação infra-constitucional, que se desenvolve na idéia de competição isonômica entre os interessados em contratar.

Não se pode, pois, no estudo e aplicação do Direito Administrativo, prescindir da análise do procedimento licitatório, que inspira festejados doutrinadores em suas obras, bem como fascina estudiosos interessados em tal assunto.

A partir da análise da licitação enquanto meio para a efetivação de contratações na Administração Pública, proceder-se-á a um detalhamento acerca das diversas modalidades de licitação, isto é, analisar-se-ão minuciosamente, à luz crítica do direito positivo, as diversas espécies de certames licitatórios e suas características essenciais.

Tal estudo será ainda mais aprofundado tendo em vista a criação, através da Medida Provisória n.º 2.026, de 04 de maio de 2000, de uma nova modalidade de licitação, denominada "pregão", que dinamiza o procedimento licitatório, invertendo as fases de julgamento e habilitação, mas que por outro lado enseja muita polêmica entre doutrinadores e aplicadores do direito, que alegam vícios de ilegalidade e inconstitucionalidade em tal medida provisória.

2. O procedimento licitatório e sua importância para a Administração Pública

O Direito Administrativo, enquanto ramo do Direito Público, fundamenta-se em dois preceitos básicos, quais sejam a supremacia do interesse público sobre o privado e a indisponibilidade, por parte da Administração, dos interesses públicos.

Pode-se resumir o regime jurídico administrativo em duas palavras: prerrogativas e sujeições. Possui a Administração Pública diversas prerrogativas ou privilégios, desconhecidos no Direito Privado, mas por outro lado, está sujeita a inúmeras restrições, as quais limitam sua atividade a determinados princípios e fins que não podem ser ignorados.

A licitação, no entender do eminente doutrinador Celso Antônio Bandeira de Mello, é o procedimento administrativo pelo qual uma pessoa governamental, pretendendo alienar, adquirir ou locar bens, realizar obras ou serviços, outorgar concessões, permissões de obra, serviço ou de uso exclusivo de bem público, segundo condições por ela estipuladas previamente, convoca interessados na apresentação de propostas, a fim de selecionar a que se revele mais conveniente em função de parâmetros antecipadamente estabelecidos e divulgados.

A competência para legislar sobre licitação assiste às quatro ordens de pessoas jurídicas de capacidade política (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), competindo à União a edição de normas gerais sobre o assunto. É regida, em órbita federal, pela Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993, com as alterações que lhe foram introduzidas pela Lei n.º 8.883, de 08 de junho de 1994. Essas normas gerais se aplicam, sem distinção, às licitações e contratos dos quatro entes citados, bem como de seus entes autárquicos, fundacionais e empresariais.

Sujeita-se, de sorte, o procedimento licitatório a determinados princípios, dentre os quais, de acordo com a orientação do conceituado

1 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999, p. 373.

Hely Lopes Meirelles, podem ser destacados o procedimento formal, a publicidade de seus atos, a igualdade entre os licitantes, o sigilo na apresentação de propostas, a vinculação ao edital ou convite, o julgamento objetivo e a adjudicação compulsória ao vencedor, além da probidade administrativa.

Vê-se, para tanto, que a licitação tem por objetivo uma dupla perspectiva: de um lado, pretende-se que os entes governamentais realizem a contratação mais vantajosa, e de outro, garante aos administrados a possibilidade de participarem dos negócios que a Administração deseja realizar com os particulares.

3. As diversas modalidades de licitação previstas na Lei n.º 8.666/93

A Lei n.º 8.666/93 prescreve, em seu art. 22, cinco modalidades de licitação, que são a concorrência, a tomada de preços, o convite, o concurso e o leilão. As modalidades de licitação têm características próprias, destinando-se a determinados tipos de contratação. A licitação é o gênero, do qual as modalidades são as espécies.³ Desta forma, possível é aplicar a essas espécies os preceitos genéricos da licitação, enquanto os específicos regem cada modalidade em particular.

As três primeiras espécies previstas (concorrência, tomada de preços e convite) são, sem dúvida, as mais importantes. Dependem, em regra geral, do valor que a Administração irá presumivelmente dispende com a relação jurídica sucedânea, ou seja, a partir dos patamares de valor estabelecidos em lei, corresponderão as distintas modalidades.

Obriga-se a utilização da concorrência para o caso de valores mais elevados. A tomada de preços e o leilão são previstos para negócios de vulto médio, enquanto o convite se destina a negócios de modesta significação econômica. A lei prevê que a Administração pode optar pela modalidade de valor mais elevado, ao invés da correspondente ao respectivo patamar de valor, sendo vedada, contudo, a utilização de modalidade correspondente a valor inferior.

Essas espécies licitatórias, com exceção do convite, dependem de publicação de aviso, contendo um resumo do edital com indicação do local onde os interessados podem obter o texto completo, bem como todas as

2 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 24. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999, p. 247.

3 MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e Contrato Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999, p. 70.

4 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Op. cit.*, p. 394.

informações acerca do certame. No caso do convite, a divulgação é feita por carta, seguida de afixação de cópia do instrumento convocatório em local apropriado. No âmbito do Estado de Pernambuco, no entanto, a legislação prevê a publicação do aviso de convite, exigência que não é feita pela Lei 8.666/93.

Transcorrem prazos mínimos, fixados na Lei de Licitações e Contratos Públicos, entre a divulgação e a apresentação das propostas ou a realização do evento. Esses prazos variam dependendo da modalidade adotada para o certame. Contam-se a partir da data da última publicação do edital resumido ou da expedição do convite. Caso sejam feitas alterações no edital, haverá nova divulgação e, se afetarem a formulação de propostas, recomença-se a contar o prazo.

Esses prazos previstos em lei representam o mínimo a ser respeitado, nada obstando que a Administração, verificando a complexidade do objeto da licitação ou outros fatores, dilate esses prazos mínimos, possibilitando uma efetiva participação dos interessados.

A Medida Provisória n.º 2.026, editada em 04 de maio de 2000 e regulamentada pelo Decreto n.º 3.555, de 08 de agosto de 2000, instituiu, no âmbito da Administração Federal, uma nova modalidade de licitação, o pregão, destinado à aquisição de bens e serviços comuns, qualquer que seja o valor da contratação, em que a disputa pelo fornecimento é feito por meio de propostas e lances, em sessão pública.

4. Concorrência

A concorrência é a modalidade de licitação que se realiza, com ampla publicidade, para assegurar a participação de quaisquer interessados que preencham os requisitos previstos no edital convocatório.

Configura-se como a espécie apropriada para os contratos de grande vulto, grande valor, não se exigindo registro prévio ou cadastro dos interessados, cumprindo que satisfaçam as condições prescritas em edital, que deve ser publicado com, no mínimo, trinta dias de intervalo entre a publicação e o recebimento das propostas. Caso seja adotado um certame de acordo com os tipos, como os de menor preço, técnica e preço e melhor técnica, esse intervalo mínimo é dilatado para quarenta e cinco dias.

Estimando-se o valor do contrato posterior, a concorrência é a modalidade obrigatória em razão de determinados limites, que por sua vez se sujeitam a revisões periódicas. Contudo, independentemente do valor, a lei prevê que a modalidade concorrência deve ser adotada nos seguintes casos: a) compra de bens imóveis; b) alienações de bens imóveis para as

quais não tenha sido adotada a modalidade leilão; c) concessões de direito real de uso, serviço ou obra pública; d) licitações internacionais.

Além desses casos específicos previstos, versa o Estatuto das Licitações e Contratos Públicos que a concorrência é obrigatória quando, em havendo parcelamento, o valor das licitações das parcelas, em conjunto, correspondam a montante igual ou superior ao previsto para a modalidade concorrência.

Há algumas ressalvas que devem ser feitas em relação aos ditames da lei: admite-se a tomada de preços nas licitações internacionais, quando o órgão ou entidade licitante possuir cadastro internacional de fornecedores, ou até convite, caso inexista fornecedor no país. Além disso, permite-se que seja realizado o leilão para a alienação de bens imóveis, quando tenha sido adquirido por dação em pagamento ou procedimentos judiciais.

Deve-se, portanto, caracterizar a concorrência como uma espécie do gênero licitação. Conforme se constata, está adstrita aos mais diversos princípios, características e requisitos do gênero mais amplo.

5. Tomada de Preços

Conforme prevê o Estatuto das Licitações e Contratações Públicas, a tomada de preços é a modalidade de licitação realizada entre interessados previamente cadastrados ou que preencham os requisitos para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, observada a necessária qualificação. É a licitação para contratos de valor estimado imediatamente inferior ao estabelecido para a concorrência.

De modo sensível, a lei alterou a configuração da tomada de preços. Sob o Decreto-Lei n.º 2300, de 1986, somente podiam participar aqueles regularmente inscritos no cadastro do órgão licitante. A nova lei determinou a possibilidade de participação também dos interessados que atendam às condições até três dias antes do recebimento das propostas, o que tem dado margem a controvérsias e disputas infundáveis e, mesmo, insolúveis, no que entende o considerado administrativista Marçal Justen Filho.

Tem por finalidade tornar a licitação mais sumária e rápida. O objeto evidente da alteração que a nova lei introduziu foi o de abrir as portas para um maior número de licitantes. Entretanto, não resta dúvida que o procedimento da tomada de preços acaba por se tornar tão complexo quanto o da concorrência.⁶ A vantagem que havia na legislação anterior é que a

⁶JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 6. ed. São Paulo: Dialética, 1999, p. 189.

⁶DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 317.

comissão limitava-se a examinar os certificados de registro cadastral, o que já não pode ocorrer sob a nova lei, pois, havendo licitantes fora do cadastro, a comissão de licitação terá que examinar toda a documentação para a qualificação.

A tomada de preços é admissível nas contratações de obras, serviços e compras dentro dos limites de valor estabelecidos em lei e corrigidos por ato administrativo competente. A grande característica dessa modalidade, que a distingue da concorrência é a existência de habilitação prévia dos licitantes, através dos registros cadastrais. Esses cadastros são registros dos fornecedores de bens, executores de obras e serviços que ali se inscreveram, mantidos por órgãos e entidades administrativas que frequentemente realizam licitações.

Deverá correr, na tomada de preços, um prazo de quinze dias, no mínimo, entre a publicação e a data fixada para o recebimento das propostas. Contudo, caso o certame seja julgado na conformidade dos "tipos", ou seja, pelos critérios de "melhor técnica" ou de "técnica e preço", o prazo será de, pelo menos, trinta dias, sendo a contagem feita da mesma forma que na concorrência.

6. Convite

O convite é a modalidade de licitação entre, no mínimo, três interessados do ramo pertinente a seu objeto, cadastrados ou não, escolhidos e convidados pela unidade administrativa. Podem também participar aqueles que, mesmo não sendo convidados, estiverem cadastrados na correspondente especialidade e manifestarem seu interesse com antecedência de 24 horas da apresentação das propostas.

O convite é, dentre todas as modalidades de licitação, a mais simples, sendo adequada a pequenas contratações, cujo objeto não contenha maiores complexidades, ou seja de pequeno valor. É a única modalidade de licitação que não exige publicação de edital, já que a convocação é feita por escrito, obedecendo a uma antecedência legal de cinco dias úteis, por meio da carta-convite.

A Lei n.º 8.666/93 inovou, ao garantir a participação de outros interessados, desde que cadastrados e havendo manifestação nesse sentido, formalizada em até 24 horas antes da apresentação das propostas. Tal medida visou a aumentar o número de licitantes, mas da mesma forma que ocorreu com a tomada de preços, tornou mais complexo o procedimento.

7 CITADINI, Antônio Roque. *Comentários e jurisprudência sobre a Lei de Licitações Públicas*. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1999. p. 165.

Permitindo pois, essa participação aos “não-convidados”, deve a unidade administrativa afixar cópia da convocação em local apropriado.

Em princípio, o convite deverá contar com, no mínimo, três licitantes qualificados, ou seja, em condições de contratar. O Tribunal de Contas da União já decidiu inclusive que, não se obtendo esse número legal de propostas, impõe-se a repetição do ato, convocando-se outros possíveis interessados, a fim de garantir a legitimidade do certame.

A abertura de envelopes é feita em ato público, no dia, hora e local especificados na carta-convite. O julgamento é feito por uma comissão ou servidor designado pela autoridade administrativa.

Mister é ressaltar que a lei veda que se utilize o convite ou a tomada de preços para parcelas de uma mesma obra ou serviço, ou para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local, que possam ser realizados conjunta e concomitantemente, sempre que o somatório de seus valores caracterizar o caso de tomada de preços ou concorrência, respectivamente.

7. Concurso

O concurso é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmio ou remuneração aos vencedores, segundo critérios constantes de edital publicado na imprensa oficial. É comumente utilizado na seleção de projetos, onde se busca a melhor técnica, e não o menor preço.

No entender de Hely Lopes Meirelles, o concurso é uma modalidade de licitação de natureza especial, porque, apesar de se reger pelos princípios da publicidade e da igualdade entre os participantes, objetivando a escolha do melhor trabalho, dispensa as formalidades específicas da concorrência.

O concurso deve ser anunciado com ampla divulgação pela imprensa oficial e particular, através de edital, publicado com uma antecedência mínima legal de 45 dias para a realização do evento. A qualificação exigida aos participantes será estabelecida por um regulamento próprio do concurso, que conterà também as diretrizes e a forma de apresentação do trabalho, bem como as condições de realização e os prêmios a serem concedidos.

O julgamento é feito por uma comissão especial, integrada por pessoas de reputação ilibada e reconhecido conhecimento da matéria, sejam

⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, p. 319.

⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação...*, p. 90.

ou não servidores públicos. Esse julgamento será realizado com base nos critérios fixados pelo regulamento do concurso.

O pagamento do prêmio ou da remuneração é condicionado à cessão, por parte do autor do projeto, dos direitos a ele relativos, a fim de que a Administração possa utilizá-lo de acordo com o prescrito no regulamento ou no ajuste para sua elaboração.

Finaliza-se, portanto, o concurso com a classificação dos trabalhos e o pagamento do prêmio ou da remuneração, não sendo conferido qualquer direito a contrato com a Administração. Já a execução do projeto escolhido será, de outra forma, objeto de outra licitação, revestida de outra modalidade (concorrência, tomada de preços ou convite), vedada a participação do autor como licitante.

8. Leilão

O leilão é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para a venda de bens móveis inservíveis para a Administração ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados, ou ainda para a alienação de bens imóveis cuja aquisição haja derivado de procedimento judicial ou de dação em pagamento.

Pode-se verificar a ocorrência de dois tipos de leilão, que são o comum e o administrativo. O leilão comum, que é privativo do leiloeiro oficial, é regido pela legislação federal pertinente, podendo a Administração estabelecer as condições específicas. Já o leilão administrativo é feito por servidor público.

Antes do leilão, devem os bens ser previamente avaliados, constando no edital o preço mínimo a ser ofertado. Indispensável se faz ainda que o edital descreva os bens, possibilitando sua perfeita identificação. Deve, além disso, indicar o local onde se encontram, possibilitando o exame por parte dos interessados. O dia, horário e local do pregão são especificados também pelo instrumento convocatório.

Para o leilão, não se exige qualquer tipo de habilitação prévia dos licitantes, tendo em vista que a venda é feita à vista ou em curto prazo. Admite-se, entretanto, a exigência, quando o pagamento não for todo à vista, de um depósito percentual do preço, servindo como garantia.

Os lances no leilão deverão ser verbais, configurando uma disputa pública entre os ofertantes, enquanto durar o pregão. Aquele que, ao final, oferecer maior lance, de valor igual ou superior ao avaliado previamente, arremata o objeto da licitação.

9. Critérios de julgamento das propostas

A regra geral é a adoção do tipo, ou critério de julgamento "menor preço". Neste tipo, o que se objetiva é a vantagem econômica na obtenção da obra, serviço ou compra, sendo o objeto de rotina, a técnica uniforme e a qualidade padronizada. Para tanto, a Administração não utiliza qualquer outro fator para o julgamento das propostas, somente considerando as vantagens econômicas constantes das ofertas, satisfazendo ao prescrito no edital. Basta, pois, que o objeto cumpra as finalidades editalícias e ofereça o melhor preço, para que mereça a escolha e o contrato com a Administração Pública.

O segundo tipo, "melhor técnica", que constitui exceção, leva em consideração, primeiramente, a obra, serviço ou material mais perfeito e adequado. Justifica-se a adoção de tal tipo para obras, serviços ou fornecimentos de alta complexidade e especialização, isto é, que não há padronização na técnica ou na qualidade, tais como podemos citar empreendimentos que exigem tecnologia avançada.

Após a fase de escolha da licitante possuidora da melhor técnica, negociam-se as condições propostas, com base nos orçamentos detalhados apresentados e tendo como referência limite a proposta de menor preço apresentada entre as licitantes que obtiveram a valorização mínima. Em havendo impasse nessa negociação, procede-se à negociação com os demais proponentes, por ordem de classificação técnica, até que se chegue a um acordo para a contratação.

O tipo "técnica e preço" se caracteriza por combinar os dois fatores. A técnica é relevante, mas o preço deve também ser considerado no julgamento. A Administração deve escolher a proposta mais vantajosa economicamente, mas segundo critérios mínimos de técnica exigidos no edital.

A licitação que utiliza o tipo "técnica e preço" deve, igualmente à de "melhor técnica", estar restrita aos serviços de natureza intelectual.¹⁰ Difere, contudo, porque, na de "melhor técnica", a técnica é fator preponderante, negociando-se o preço posteriormente, enquanto na "técnica e preço", aglutinamos os dois fatores, fazendo a classificação pela média ponderada das propostas técnicas e de preço. Por conseguinte, independentemente de apresentarem melhor preço, as propostas que não satisfizerem limites mínimos de técnica, serão desclassificadas.

Há ainda o tipo "maior lance ou oferta", que foi resultado de uma

¹⁰ CITADINI, Antonio Roque. *Op. cit.* p. 358.

inovação na Lei de Licitações e Contratos Públicos (Lei n.º 8.666/93), introduzida pela lei que lhe alterou (Lei n.º 8.883/94). Destina-se aos casos de alienação de bens ou concessão de direito real de uso, tornando expresso em lei o que o Estatuto anterior trazia de forma apenas implícita. Veio a atender também às particularidades da modalidade leilão, qual seja, a alienação de imóveis que a Administração tenha adquirido através de ação judicial ou de dação em pagamento.

10. Pregão: a nova modalidade de licitação instituída pela polêmica Medida Provisória n.º 2.026/00

Constitui-se o pregão em uma nova modalidade de licitação, criada através da Medida Provisória n.º 2.026, de 04 de maio de 2000, e regulamentada pelo Decreto n.º 3.555, de 08 de agosto de 2000.

Em sentido literal, a palavra pregão corresponde ao ato de apregoar, significando proclamação pública. Antes dessa medida provisória, associava-se o pregão, no âmbito do Direito Administrativo, ao modo pelo qual se realiza o leilão, modalidade destinada à venda de bens móveis inservíveis para a Administração, ou legalmente apreendidos ou penhorados e até mesmo à alienação de bens móveis que venham a integrar o patrimônio de ente público em função de penhora ou dação em pagamento.

Tal nova modalidade de licitação, instituída através da referida Medida Provisória, destina-se à aquisição de bens e serviços comuns, promovida exclusivamente no âmbito da União, qualquer que seja o valor estimado da contratação, em que a disputa pelo fornecimento é feita por meio de propostas e lances em sessão pública.

Essa nova modalidade de certame licitatório vem se juntar às formas já conhecidas e disciplinadas na Lei de Licitações e Contratos Públicos (Lei n.º 8.666/93), quais sejam a concorrência (contratos de grande vultos), a tomada de preços (aquisições de vulto médio), convite (pequeno vulto), concurso e leilão. Inserido neste contexto, vê-se que o pregão é utilizado para qualquer valor estimado de contratação, diferenciando-se também das outras modalidades pelo fato de somente poder ser promovido no âmbito da Administração Pública Federal.

Pretendeu-se, com a instituição do pregão, uma maior concentração, flexibilização e desburocratização do procedimento licitatório convencional.¹¹ Ocorre em uma sessão pública, configurando uma disputa entre os licitantes através de propostas e lances.

¹¹ PESSOA, Robertonio. *Pregão: nova modalidade de licitação (MP 2026/00)*. www.ius.com.br/doutrina. 13 de outubro de 2000, p. 01.

No pregão, a licitação desenvolve-se em duas etapas, compreendendo uma fase interna de preparação e outra externa. Na primeira, que em quase nada difere das outras modalidades, deve-se justificar a necessidade da contratação, definindo o objeto do certame e estabelecendo as exigências de habilitação, critérios de aceitação de propostas, cláusulas gerais do contrato, sanções pelo inadimplemento, dentre outras. Ainda nessa fase introdutória, a autoridade competente designa o pregoeiro, que tem por competência a condução da licitação, recebendo propostas e lances, analisando a aceitabilidade e procedendo a classificação.

A fase externa da licitação na modalidade pregão compreende, inicialmente, a divulgação, mediante publicação de avisos no Diário Oficial da União e em jornais de grande circulação, sendo ainda facultada a veiculação de informação por meio eletrônico. Nesse instrumento de aviso, fixa-se uma data para a realização de sessão pública, na qual deverão comparecer todos os interessados, munidos dos envelopes de propostas e documentos relativos à habilitação.

Em um primeiro momento, exige-se uma habilitação prévia, *a priori*, na qual cada licitante se declara habilitado, afirmando estar em regularidade perante a seguridade social, Fazenda Nacional e Fundo de Garantia do Tempo de Serviço- FGTS, bem como que atende às exigências editalícias no tocante à habilitação jurídica e qualificações técnica e econômico-financeira. Fica previsto que quem fizer declaração falsa, nesta pré-habilitação, ficará impedido de contratar com a União, pelo prazo de até cinco anos, bem como é descredenciado do SICAF.

Declarando, pois, sua habilitação, o licitante participa da sessão de abertura dos envelopes de proposta. Vê-se, nesse caso, que se produziu, na modalidade pregão, uma importante modificação no procedimento, tão desejada por boa parte da doutrina e defendida pelos eminentes mestres Jessé Torres Pereira Junior e Marçal Justen Filho. Tal modificação consiste na inversão do procedimento licitatório: ao invés de serem abertos primeiramente os envelopes de habilitação, como nas demais modalidades, dá-se primeiramente a abertura dos envelopes contendo as propostas. A partir daí, procede-se a lances verbais sucessivos a serem feitos pelo licitante que apresentou o menor preço e pelos demais que tenham apresentado preços até 10% acima, até que se classifique a proposta mais vantajosa para a Administração.

Essa inversão do procedimento foi, talvez, a modificação mais importante introduzida pela medida provisória, tendo em vista que a fase de habilitação, sendo prévia em relação à fase de classificação, como ocorre nas outras modalidades, vem se constituindo no maior *gargalo* para o andamento dos certames, em prejuízo do princípio constitucional da

eficiência. É a fase predileta para o direcionamento das licitações por maus administradores, cumulando-as de exigências burocráticas e desnecessariamente detalhadas, resultando no campo de batalha mais acirrado entre os licitantes e na seara predileta das famigeradas liminares.¹²

Logo, seguindo essa inversão de procedimento, após a fase de classificação, realizada na sessão pública de pregão, procede-se, pelo pregoeiro, à abertura do envelope contendo a documentação para habilitação do licitante que apresentou a melhor proposta, para a verificação do atendimento das exigências, condições e especificações contidas no edital, bem como da documentação de regularidade exigida. Trata-se, de sorte, de uma habilitação *a posteriori*. Em havendo inabilitação do proponente melhor posicionado, analisam-se os documentos do licitante com a proposta classificada em segundo lugar, e assim sucessivamente, caso necessário.

No entanto, embora reconhecendo a importante modificação e a boa intenção na edição da citada Medida Provisória, possibilitando maior celeridade e economicidade ao procedimento licitatório, não se pode deixar de ressaltar que há aspectos que ensejam reflexão e preocupação.

Tal Medida Provisória cria uma nova modalidade licitatória, que praticamente anula outras, contidas na Lei 8.666/93. A Lei de Licitações e Contratos Públicos, que estabelece normas gerais, define, como já se disse, cinco modalidades de licitação (concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão), como sendo *numerus clausus*, pois veda expressamente a criação de outras modalidades de licitação ou a combinação de modalidades. E aí vê-se que, além de a medida provisória criar uma nova modalidade, ainda estabelece que será adotada qualquer que seja o valor da contratação, excluindo-se, por conseguinte, outras três modalidades, que são a concorrência, tomada de preços e convite.

Entende-se que a medida provisória procedeu a uma inversão da hierarquia das normas, verdadeira subversão do ordenamento constitucional, já que, além de estatuir, somente para a Administração Federal, normas diversificadas das normas gerais de âmbito nacional, opera verdadeira delegação legislativa, ao estatuir que caberá ao regulamento (Decreto nº. 3.555/00) a disposição sobre tais bens e serviços comuns. E mais, apesar de estatuir normas de abrangência apenas federal, prevê que as normas gerais da Lei 8.666/93 terão aplicação subsidiária.

Há ainda três outros aspectos criados pela nova modalidade, que têm ainda preocupado os estudiosos e aplicadores do Direito

12 BORGES, Alice Gonzalez. *O pregão criado pela MP 2026/00: breves reflexões e aspectos polêmicos*. www.ius.com.br. 13 de outubro de 2000, p. 01.

Administrativo. O primeiro diz respeito ao pregoeiro, porque tal medida provisória excluiu a necessidade das comissões de licitação, determinando que apenas um servidor, o pregoeiro, monopolizará a condução do procedimento, deixando-o bastante vulnerável e ameaçando a moralidade das licitações.

Preocupa também a questão da previsão, contida no texto da medida provisória, que se não for desde logo anunciado, na sessão pública do pregão, que se pretende usar de recurso, precluirá o direito ao recurso na via administrativa. Isso ofende, claramente, os princípios do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa e do uso de recursos pertinentes. Outra cláusula que causa estranheza diz respeito à diminuição dos prazos recursais, de cinco dias úteis para três dias corridos, o que pode não apenas dificultar, mas também, o que é pior, inviabilizar o direito aos recursos.

Por tudo isso, entende-se que a nova modalidade criada, apesar do louvável intuito de flexibilizar e dinamizar o procedimento licitatório, deve ensejar uma maior reflexão por parte dos detentores do poder, para que sejam efetuados os ajustes necessários, a fim de que não se percam as mudanças exigidas no seio social.

11. Conclusão

Sabe-se que, para poder alienar, adquirir ou locar bens, realizar obras ou serviços, fazer concessões, permissões de obra, serviço ou de uso exclusivo de bem público, a Administração deve obedecer a um procedimento constitucionalmente garantido, que é a licitação. Através de tal procedimento administrativo, a Administração Pública convoca os interessados à apresentação de propostas, com o escopo de selecionar aquela que se mostrar mais conveniente em função de parâmetros previamente divulgados.

Em razão desses parâmetros, surge o objeto do estudo realizado, as modalidades de licitação. As modalidades representam as mais diferentes espécies de certame para que, afinal, estabeleça-se o contrato com a Administração Pública.

A Lei n.º 8.666/93, que dispõe sobre licitações e contratos públicos, prescreve as modalidades existentes em nosso ordenamento, que são a concorrência, a tomada de preços, o convite, o concurso e o leilão. Os ditames legais sugerem requisitos pré-fixados para que se defina qual a modalidade ou o tipo a ser aplicado no certame licitatório, obedecendo à análise de fatores como qualidade, rendimento, preço, técnica a ser empregada, prazo previsto, entre outros, que conjugados ou isoladamente,

determinarão as empresas habilitadas ou aptas a contratar com a Administração Pública.

A Medida Provisória n.º 2.026/00 criou ainda uma nova modalidade, o pregão, que trouxe bastantes inovações que causaram, de um lado, boa acolhida, mas também muita polêmica e preocupação. Traz como grande novidade a inversão das fases de habilitação e julgamento, acarretando uma maior rapidez e eficiência ao certame. Por outro lado, denota muita preocupação, pois afronta a hierarquia normativa, bem como contraria, em alguns aspectos, os princípios da legalidade, devido processo legal e da ampla defesa.

Por tudo isso, entende-se que deve haver, por parte do Poder Executivo, bem como do Legislativo, maior atenção e reflexão quanto a essa nova modalidade criada. De fato, urgia que se dinamizasse o procedimento, mas as inovações devem ser implementadas de forma gradual e esclarecedora, obedecendo às garantias constitucionais, bem como sendo orientadas pelos princípios que norteiam e consagram o Direito Administrativo.

12. Bibliografia

1. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.
2. BORGES, Alice Gonzalez. *O pregão criado pela MP 2026/00: breves reflexões e aspectos polêmicos*. www.ius.com.br/doutrina, 13 de outubro de 2000.
3. CITADINI, Antonio Roque. *Comentários e jurisprudência sobre a Lei de Licitações Públicas*. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1999.
4. CRETELLA JÚNIOR, José. *Das Licitações Públicas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.
5. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 1999.
6. _____. *Temas Polêmicos sobre Licitações e Contratos*. São Paulo: Malheiros Editores, 1994.
7. DROMI, José Roberto. *La Licitación Pública*. 2. ed. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo Y Ricardo Depalma, 1977.
8. JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 6. ed. São Paulo: Dialética, 1999.
9. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 24. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.
10. _____. *Licitação e Contrato Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

11. MUKAI, Toshio. *Licitações Contatos Públicos: comentários à lei n.º 8.666/93, com as alterações da lei n.º 9648/98 e análise das licitações e contratos na E.C. n.º 19/98 (reforma administrativa)*. São Paulo: Saraiva, 1999.
12. NÓBREGA, Airton Rocha. *Licitação na modalidade pregão*. www.jus.com.br/doutrina, 13 de outubro de 2000.
13. PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei das licitações e contratações da Administração Pública*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
14. PESSOA, Robertonio. *Pregão: nova modalidade de licitação*. www.ius.com.br/doutrina, 13 de outubro de 2000.

the effects of the two treatments on the growth of the plants. The results of the experiment are given in Table 1. It is seen that the plants treated with the hormone solution grew significantly faster than the control plants. The difference was particularly marked in the first two weeks of the experiment. The hormone-treated plants were also taller and had a greater number of leaves than the control plants. The results of the experiment are in good agreement with the results of other workers who have shown that auxin promotes growth in many plants.

DISCUSSION

The results of the present experiment show that the hormone solution had a marked effect on the growth of the plants. The hormone-treated plants grew faster and were taller than the control plants. The difference was particularly marked in the first two weeks of the experiment. The hormone-treated plants were also taller and had a greater number of leaves than the control plants.

The results of the present experiment are in good agreement with the results of other workers who have shown that auxin promotes growth in many plants. The hormone-treated plants were also taller and had a greater number of leaves than the control plants.

The results of the present experiment are in good agreement with the results of other workers who have shown that auxin promotes growth in many plants.

The results of the present experiment are in good agreement with the results of other workers who have shown that auxin promotes growth in many plants.

The results of the present experiment are in good agreement with the results of other workers who have shown that auxin promotes growth in many plants.

The results of the present experiment are in good agreement with the results of other workers who have shown that auxin promotes growth in many plants.

The results of the present experiment are in good agreement with the results of other workers who have shown that auxin promotes growth in many plants.

The results of the present experiment are in good agreement with the results of other workers who have shown that auxin promotes growth in many plants.

The results of the present experiment are in good agreement with the results of other workers who have shown that auxin promotes growth in many plants.

The results of the present experiment are in good agreement with the results of other workers who have shown that auxin promotes growth in many plants.

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO E TRANSPORTE CLANDESTINO

Isabela Sá Fonseca dos Santos (Aluna do 7º Período de Graduação em Direito da UFPE, Ex-Monitora de Direito Constitucional II e Monitora de Direito Comercial II);

Kiliane Henriques de Miranda (Aluna do 7º Período de Graduação em Direito da UFPE e Ex-Monitora de Direito Constitucional I e II).

Sumário: 1. Introdução; 2. O transporte coletivo: um serviço público?; 3. A outorga do serviço público de transporte coletivo e a iniciativa privada; 4. Equilíbrio econômico-financeiro do contrato; 5. Responsabilidade do poder público ante o transporte coletivo clandestino; 6. Conclusão; 7. Bibliografia.

1. Introdução

O estudo dos transportes clandestinos se faz cada dia mais necessário, tendo em vista sua crescente utilização pela população dos principais centros urbanos. Seria correto dizer que o transportador clandestino realiza atividade de prestação de serviço público? Por outro lado, que consequências trará esse fenômeno, ante a inércia do Governo e da sociedade? De que forma responde o Estado pela sua omissão, frente à ruína do transporte público?

Justamente por se tratar de uma atividade clandestina, não está sujeita a qualquer tipo de regulamentação. Diante de um problema de difícil solução, por envolver aspectos sociais, econômicos e jurídicos, tenta o Poder Público “legalizar” tal transporte, pelo instituto da Autorização. Mas é possível utilizar-se da autorização, um ato administrativo unilateral e precário, para delegar ao particular a exploração de um serviço público? Algumas dessas “legalizações se resumem ao mero cadastramento dos clandestinos, com total desrespeito aos requisitos da regularidade e continuidade, essenciais ao serviço público.

Sem pretendermos uma solução, mas preocupados com os diversos aspectos do problema, tendo em vista a necessidade de se propiciar aos

usuários um meio de locomoção regular e seguro, essencial no mundo moderno, o qual demanda deslocamentos intensos e céleres, analisaremos a responsabilidade civil do Estado frente à questão do transporte clandestino.

2. O transporte coletivo: um serviço público?

Para analisarmos o problema do transporte clandestino e suas conseqüências, é importante conceituarmos o serviço público. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, “é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados, prestado pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais –, instituído pelo Estado em favor dos interesses que houver definido como próprios no sistema normativo.”¹ Caracteriza-se o serviço público pelo seu elemento material, qual seja, o oferecimento de utilidade fruível pelos administrados, e pelo formal, a submissão a um regime de Direito Público.

Na atual ordem jurídica, a Constituição Federal elenca alguns serviços públicos, por exemplo, o de transporte de passageiros ou o serviço de telecomunicações, dispoendo a respeito do seu regime jurídico (art. 175): o Poder Público detém a titularidade da prestação dos serviços públicos, podendo transferir sua execução a terceiros, que se submeterão a regime especial definido em lei; a delegação da execução do serviço (prestação indireta) somente pode se formalizar mediante concessão ou permissão, instrumentos administrativos de natureza contratual e conteúdo mínimo imperativo; a licitação pública prévia é condição de validade e legitimidade da delegação da prestação do serviço a particulares.

A Lei 8.666/93, que regulamentou o art. 37, XXI, da Constituição, instituindo normas gerais sobre licitações e contratos da Administração Pública, definiu “serviço público” como sendo “toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais como: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, (...)” (art. 60, inc. II). A Lei 8.987/95 disciplinou o regime jurídico da concessão e permissão da prestação de serviços públicos, previsto no art. 175 da Carta Magna, dispoendo sobre os direitos e obrigações dos usuários, instituindo

¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2000, p. 575.

regras de política tarifária, definindo a obrigação do serviço adequado, impondo regras especiais de licitação e regulamentando o caráter especial do contrato celebrado com as empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos.

A Lei 8.987/95 “tem âmbito nacional e às suas prescrições deverão adaptar-se não somente ao sistema federal como aos Estados, Municípios e Distrito Federal.”

Por conseguinte, conclui-se que a nova lei é o Estatuto Nacional dos Serviços Públicos, vinculando a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios, e as respectivas autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações e quaisquer outras entidades sob seu controle direto ou indireto.

A Constituição Federal, além de determinar no art. 37, § 3º que as reclamações relativas à prestação de serviços públicos serão disciplinadas em lei, dispõe que a Lei Nacional sobre Serviços Públicos deverá fixar os direitos dos usuários e a obrigação de manutenção de serviço adequado (cf. incisos II e IV do par. ún. do art. 175). Isto está atualmente disciplinado na Lei 8.987/95, que regulamentou o serviço adequado (cf. art. 6º), estendeu ao passageiro os direitos contidos no Código de Defesa do Consumidor e conferiu aos usuários direitos especiais (cf. art. 7º).

Entretanto, alguns chegam a entender que não é possível estender esse tipo de proteção constitucional, pelo menos *a priori*, aos transportadores alternativos, pois estes não prestariam serviço público, uma vez que, como a própria Carta Magna afirma, somente o Estado pode exercer tais atividades, podendo, ainda, delegá-las a concessionários ou permissionários. Argumenta-se que os transportadores alternativos exercem uma determinada atividade mediante remuneração, razão pela qual tal atividade seria meramente um serviço individual, ou seja, uma prestação de serviços, protegida pelo Código de Defesa do Consumidor, Lei 8078/90, que regulamenta as relações de consumo existentes entre o fornecedor ou prestador de bens ou serviços e o consumidor destes bens ou serviços.

A despeito de o caput do art. 175, da Lei Maior disciplinar que a prestação do serviço público incumbe ao Poder Público, considerado o gestor permanente do serviço público, não é pelo simples fato de o Particular desrespeitar tal preceito, desempenhando uma atividade tipicamente pública sem observância dos requisitos legais, que o regime Jurídico regulador da atividade será modificado.

2 DUARTE, Katia Fernanda Almécida. *A Responsabilidade Civil nos Transportes Alternativos*. http://www.Jus.com.br/Doutrina/página_principal/doutrina, 20/02/2001.

Confrontando-se os preceitos normativos referidos, pode-se concluir que a titularidade do serviço público foi inequivocamente atribuída ao Poder Público. Independentemente de quem o execute, o Estado ou um particular, sob regime de concessão, ou mesmo em desconformidade com a lei, como no caso do transporte clandestino, a atividade é, em essência, um serviço público, o qual só ao Poder Público incumbe a titularidade.

Deve-se também considerar que o destinatário do serviço público é o povo, o usuário, o cidadão. Eis, portanto, o binômio que caracteriza os serviços públicos: um dever do Estado e um direito do cidadão.

Não há dúvida, portanto, de que o transporte de passageiros configura serviço público ou serviço de utilidade pública.

3. A outorga do serviço público de transporte coletivo e a iniciativa privada

Por se cuidar de dever do Estado e direito do cidadão, a Lei Maior não permite que a Administração escolha discricionariamente a quem delegar a prestação de serviço público, mas reza que a escolha do prestador delegatário far-se-á sempre através de licitação pública, que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, observados os princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade.

A obrigatoriedade da prévia licitação, de acordo com o art. 37, inc. XXI e art. 175, *caput*, da Constituição Federal, constitui condição de validade e legitimidade da concessão ou permissão ulterior, não podendo o Administrador, em nenhuma hipótese, outorgar a prestação de atividade considerada serviço público por outro modo que não seja o processo seletivo, através de licitação.

Também a doutrina considera obrigatória a realização prévia de licitação, como condição de validade da delegação da prestação de serviço público a particulares.

Dessa inteligência não diverge a orientação jurisprudencial:

“Licitação. Edital. Transporte coletivo. Concessão de linhas de transporte coletivo de passageiros somente se dará mediante licitação.” (cf. acórdão do Tribunal de Contas do Rio de Janeiro, in RTCE/RJ, n. 29, jul/set/95, pág. 91)

“Transporte coletivo. Concessão. Licitação. Na atual ordem jurídico-constitucional não se pode admitir que possa o Poder Público conceder a

execução de um serviço de utilidade pública sem prévia licitação" (cf. acórdão do Superior Tribunal de Justiça, prolatado nos autos do mandado de segurança n. 1.592, in RDA jul/set/93, vol. 193, pág. 258)

É mister constatar que, nos termos do art. 175 da Carta Magna, aplica-se o regime de Direito Público, distinto do que regula as relações privadas no desempenho de atividade econômica, a todo e qualquer serviço público, sendo o Estado responsável por sua prestação adequada. Assim, embora seja atividade passível de avaliação econômica, o serviço público se diferencia da atividade econômica em geral pelo seu regime jurídico e pelo escopo de realização do interesse coletivo e do bem comum.

Assim, se o regime aplicável à prestação do serviço público de transporte de passageiros será sempre o de Direito Público e nunca o da atividade econômica particular ou o da atividade econômica em sentido estrito, pode e deve o Poder Público gerir e fiscalizar o trânsito, o tráfego e o transporte coletivo, atuando, punindo e coibindo o sistema clandestino de transporte de passageiros. Em nenhum diploma legal brasileiro que cuide de serviços públicos, encontra-se a admissibilidade para o contrato ou subcontrato de natureza exclusivamente privada. "Isto porque tais serviços, ainda que operados por particulares, não se desvestem do caráter público, razão pela qual não podem ser executados em termos únicos de contrato privado."³

A conclusão inequívoca, portanto, é no sentido da inviabilidade da coexistência de um sistema público e outro privado para o transporte coletivo. O art. 175 da Carta Magna dispõe ser aplicável a todo e qualquer serviço público o regime de Direito Público, sendo o Estado responsável por sua prestação eficiente e adequada.

Analisada a delegação da execução do serviço público à iniciativa privada, impende agora discorrer sobre a impossibilidade de concessão de transporte coletivo à pessoa física.

O art. 175, par. único, inc. I, da Constituição diz que a lei instituirá "o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão".

³ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 19. ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 1994, p.495.

Por outro lado, o inc. II, do art. 2º, da Lei 8.987/95 só permite outorgar concessão ou permissão de serviço público a pessoa jurídica ou consórcio de empresas, excluindo-se a pessoa física, em virtude do caráter empresarial do instituto. Isso "significa dizer que, no sistema jurídico vigente, não pode a concessão ser contratada com pessoa física."⁴

A regra da impossibilidade da outorga de concessão ou permissão de serviço público ainda mais se sobressai quando se cuida do transporte coletivo, pois, como se sabe, a prestação de serviços públicos de transporte é de natureza relevante e implica custos elevados. Se se transfere a responsabilidade para terceiros, e estes assumem tal prestação, devem realizá-la de acordo com o interesse público e com rentabilidade suficiente para investimentos, manutenção de frotas e instalações adequadas, além de lucratividade razoável. Tal complexo de garantias pressupõe a segurança jurídica para quem presta serviços e para quem os recebe.

4. Equilíbrio econômico-financeiro do contrato

Levando em consideração o que foi dito acima, no contrato de concessão ou permissão de serviço público, faz-se necessária a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Trata-se de uma "relação que se estabelece, no momento da celebração do contrato, entre o encargo assumido pelo contratado e a contraprestação assegurada pela Administração."⁵ Essa correlação encargo/remuneração deve ser mantida durante todo o prazo de execução do contrato, mesmo que seja alterada a parte regulamentar da concessão.

A orientação jurisprudencial é no sentido de que, durante o prazo da concessão ou permissão, não pode o poder público concedente outorgar a terceiro a exploração parcial do serviço, sob pena de ser compelido a compensar o concessionário mediante elevação da tarifa, pagamento de indenização ou sob a forma de contribuição financeira direta (subsídio), a fim de restaurar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, como se depreende do art. 37, inc. XXI, da Constituição.

Cumprindo ainda salientar que, quando a Carta Magna trata da delegação do serviço público, não se refere à autorização como instrumento de formalização da outorga de tal serviço, ao contrário do que faz, por exemplo, no art. 21, inc. XII, que a admite. A Lei 8.987/95 também não trata da autorização, somente fazendo referência à concessão e à permissão

4 ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Estudo sobre Concessões e Permissões de Serviço Público no Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 52.

5 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. 11 ed. São Paulo: Atlas, 1999, p.254.

como instrumentos de outorga. Os que admitem a delegação por autorização advertem que somente pode ser utilizada para serviços eventuais, emergenciais, inconstantes, relativos a uma situação incomum, de caráter não-permanente. Isso se dá pelo fato de que o instituto da autorização é ato unilateral e precário, incompatível com o caráter de permanência do transporte coletivo de passageiros.

A despeito disto, no afã de legitimar a situação do transporte clandestino, alguns Municípios vêm-se utilizando do instituto da autorização, consistindo muitas vezes em mero cadastramento de veículos. Tal situação fere a sistemática da Constituição Federal, que atribuiu competência privativa à União, no art. 22, XI, para legislar sobre trânsito e transporte, bem como conferiu aos Estados, Distrito Federal e União o poder de legislar concorrentemente sobre a matéria. Excluiu, no entanto, os Municípios, atribuindo-lhes apenas competência legislativa suplementar (art. 30, II), no sentido de adaptar a legislação federal e estadual às peculiaridades ou realidades comunitárias, restando-lhes disciplinar, dentre outras, as questões locais relativas ao trânsito no perímetro urbano, implantação de sinalização, locais de estacionamento.

5. Responsabilidade do poder público ante o transporte coletivo clandestino

Conforme dispõe o art. 37, § 6º, da Constituição Federal, “as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”. É indubitável a responsabilidade do Estado nos casos de danos causados por condutas ativas, sendo irrelevante apurar dolo ou culpa do Poder Público. A divergência surge em se tratando de danos originados por omissão.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, nestes casos, se o Estado não agiu, sua omissão não pode ser considerada a causa do dano, mas mera condição que, se houvera ocorrido, teria impedido o resultado. Aplicar-se-ia, portanto, a teoria da responsabilidade subjetiva, pela qual “o Estado, devendo evitar um dano, *evitável*, omite-se, faltando ao dever legal de agir com a diligência, prudência e perícia capazes de empecer a lesão produzida por terceiro ou por fato da natureza.”

6 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2000, p. 807.

Não obstante a opinião do ilustre administrativista, entendemos que mesmo neste caso não há que se perquirir sobre culpa. Não é apenas a ação do administrador que acarretará a responsabilidade objetiva do Estado, uma vez que a Constituição não fez nenhuma distinção entre dano causado por condutas positivas ou negativas, para fins de responsabilizar o Poder Público. A omissão configura culpa *in omitendo* ou culpa *in vigilando*, podendo causar prejuízos aos administrados e à própria Administração. O transporte público é serviço essencial, competindo ao Estado prestá-lo de forma adequada. E não apenas isso. Como reflexo do poder de polícia, cabe a ele fiscalizar a atuação do concessionário, além de coibir qualquer prática que atente contra a regular prestação do transporte coletivo.

Por outro lado, compete ao Ministério Público, como instituição responsável pela defesa da ordem jurídica e dos interesses sociais e individuais, zelar pelo efetivo respeito dos serviços de relevância pública, promovendo as medidas necessárias à sua garantia, conforme lhe impõe o art. 129, II, da Carta Magna.

Cabe ao Estado, portanto, indenizar não só o particular que sofra dano decorrente do transporte clandestino, como também restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão de transporte coletivo de passageiros, que fica comprometido diante da prestação do serviço por particulares não habilitados mediante processo licitatório.

6. Conclusão

O transporte de passageiros, conforme restou indubitavelmente demonstrado, trata-se de serviço público, por expressa disposição constitucional, sendo de titularidade do Estado, que pode delegar sua execução a terceiros, mediante contrato de concessão ou permissão.

Tendo em vista a natureza de tal atividade, o Poder Público tem obrigação de garantir a sua prestação e, caso transfira a execução a um particular, por meio de licitação, deve assegurar-lhe as condições para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, como forma de resguardar os investimentos realizados, o que não deixa de constituir também uma maneira de proteger o direito da população à continuidade da prestação do serviço. Diante disso, o transporte clandestino de pessoas fere o estabelecido na Carta Magna e na legislação infraconstitucional.

Devido à caracterização do transporte de passageiros como serviço público, aplicam-se a ele os preceitos constitucionais relativos à responsabilidade civil do Estado, que está sujeito a reparar os danos advindos de condutas ativas ou omissivas, independentemente de apuração de culpa.

O Poder Público omitiu-se em fiscalizar a atividade, podendo, em virtude disso, ser responsabilizado por danos dela provenientes, uma vez que a prestação do serviço por particular, por sua própria conta, sem habilitação mediante processo licitatório, não lhe retira o caráter público.

De todo o exposto, pode-se concluir que o Poder Público deve voltar sua atenção à questão do transporte clandestino de modo a coibir qualquer atuação descomprometida com a legalidade, que venha a pôr em risco a segurança da população.

7. Bibliografia

1. AVALONE FILHO, Jofir. *Responsabilidade civil do estado: conseqüências da omissão do poder público em fiscalizar e coibir o transporte coletivo clandestino*. http://www.Jus.com.br/Doutrina/página_principal/doutrina, 20/02/2001.
2. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 1999.
3. DUARTE, Katia Fernanda Almeida. *A Responsabilidade Civil nos Transportes Alternativos*. http://www.Jus.com.br/Doutrina/página_principal/doutrina, 20/02/2001.
4. HARADA, Kiyoshi. *Responsabilidade civil do estado*. http://www.Jus.com.br/Doutrina/página_principal/doutrina, 20/02/2001.
5. _____, *Transporte Coletivo e Perueiros*. http://www.Jus.com.br/Doutrina/página_principal/doutrina, 20/02/2001.
6. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2000.
7. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 19. ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 1994.
8. ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Estudo sobre Concessões e Permissões de Serviço Público no Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1996.

The first of these was the discovery of gold in California in 1848. This led to a great influx of people to the gold fields, and the population of California increased rapidly. The second was the discovery of gold in Colorado in 1859. This also led to a great influx of people to the gold fields, and the population of Colorado increased rapidly. The third was the discovery of gold in Nevada in 1859. This also led to a great influx of people to the gold fields, and the population of Nevada increased rapidly.

The fourth was the discovery of gold in Idaho in 1860. This also led to a great influx of people to the gold fields, and the population of Idaho increased rapidly. The fifth was the discovery of gold in Montana in 1862. This also led to a great influx of people to the gold fields, and the population of Montana increased rapidly. The sixth was the discovery of gold in Utah in 1863. This also led to a great influx of people to the gold fields, and the population of Utah increased rapidly.

The seventh was the discovery of gold in Arizona in 1863. This also led to a great influx of people to the gold fields, and the population of Arizona increased rapidly. The eighth was the discovery of gold in New Mexico in 1863. This also led to a great influx of people to the gold fields, and the population of New Mexico increased rapidly. The ninth was the discovery of gold in Texas in 1863. This also led to a great influx of people to the gold fields, and the population of Texas increased rapidly.

The tenth was the discovery of gold in Louisiana in 1863. This also led to a great influx of people to the gold fields, and the population of Louisiana increased rapidly. The eleventh was the discovery of gold in Mississippi in 1863. This also led to a great influx of people to the gold fields, and the population of Mississippi increased rapidly. The twelfth was the discovery of gold in Alabama in 1863. This also led to a great influx of people to the gold fields, and the population of Alabama increased rapidly.

The thirteenth was the discovery of gold in Georgia in 1863. This also led to a great influx of people to the gold fields, and the population of Georgia increased rapidly. The fourteenth was the discovery of gold in Florida in 1863. This also led to a great influx of people to the gold fields, and the population of Florida increased rapidly. The fifteenth was the discovery of gold in South Carolina in 1863. This also led to a great influx of people to the gold fields, and the population of South Carolina increased rapidly.

“SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PARA FRENTE”: A NORMA DO ART. 150, § 7º, DA CF/88, SEGUNDO DECISÕES DO STF

Manuela Ulisses de Brito (estudante do
8º Período da Graduação em Direito
UFPE).

Sumário: 1. Introdução; 2. Considerações preliminares; 3. A norma do art. 150, § 7º, da CF/88 segundo a doutrina; 4. As decisões conflitantes do STF; 5. Conclusões; 6. Bibliografia.

1. Introdução

O presente estudo veio a lume em razão de decisões emanadas do Supremo Tribunal Federal a respeito da norma contida no art. 150, § 7º, da Constituição Federal de 1988, introduzida por força da Emenda Constitucional nº 03/93.

Acolhe a referida norma a intricada sistemática de recolhimento antecipado de tributos, denominada “substituição tributária para frente”, fonte de tensões entre o Fisco e os contribuintes, bem como de grandes embates doutrinários.

Com efeito, muito já se escreveu sobre a sistemática de recolhimento antecipado no direito brasileiro, principalmente a respeito de sua constitucionalidade, porquanto muitos estudiosos entenderam (aliás, alguns ainda entendem) ser inconstitucional tal sistemática, em razão de afrontar manifestamente princípios basilares do Estado de Direito.

No entanto, o Supremo Tribunal Federal, corte à qual compete dizer, em última instância, sobre a constitucionalidade das normas no ordenamento brasileiro, já assentou o entendimento no sentido da conformidade da norma contida no art. 150, § 7º, com os princípios e regras constitucionais.

Daí por que as linhas que se seguem não visam demonstrar a constitucionalidade ou não da substituição tributária, posto que seria empreender estudo sem maiores repercussões práticas.

Ocorre que ainda se avolumam no Judiciário demandas que, sem impugnar a constitucionalidade da norma do art. 150, § 7º, da CF/88, versam sobre o conteúdo e limites de seu enunciado, provocando ainda grande celeuma, principalmente no seio dos Tribunais.

Diante disso, pretende-se, com este breve trabalho, proceder ao exame analítico de decisões, de conteúdos diametralmente opostos, emanadas da Suprema Corte a respeito da intrincada “substituição tributária para frente”, sempre com o auxílio da mais abalizada doutrina sobre o tema, de modo que, alfim, possa-se extrair o verdadeiro sentido da norma contida no art. 150, § 7º, da Constituição Federal.

2. Considerações preliminares

Encontra-se encartada no art. 150, § 7º, da atual Constituição Federal, introduzida pela Emenda Constitucional nº 03/93, norma que dispõe:

“A lei poderá atribuir a sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de imposto ou contribuição, cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente, assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido.”

Cuida a norma acima citada da mecânica de “substituição tributária para frente”, a qual permite aos entes federados instituírem lei que estabeleça o recolhimento do tributo anteriormente à concretização do fato descrito na norma como gerador da obrigação tributária.¹

Não se trata, pois, da substituição tributária típica, que somente pode ser dá após a ocorrência do fato gerador e que tem sua previsão legal no art. 128, do Código Tributário Nacional. Esta se convencionou denominar “substituição tributária para trás”, a fim de diferenciá-la da substituição tributária prevista na Emenda Constitucional 03/93².

1 O ilustre advogado Hamilton Dias de Souza, em artigo publicado na Revista Dialética de Direito Tributário, assim definiu a substituição tributária para frente: “mecanismo utilizado pelo Fisco através do qual é transferida a terceiro, alheio à realização do fato impositivo, a responsabilidade pelo pagamento do tributo e que tem por finalidade a obtenção de maior segurança e desempenho na arrecadação.” Cf. SOUZA, Hamilton Dias de. *ICMS - Substituição Tributária*. Revista Dialética de Direito Tributário, n. 12, São Paulo: 1996, p. 16.

Elucidando esta mecânica de recolhimento de tributos, toma-se o exemplo das montadoras que, figurando na qualidade de substituta tributária, recolhem à Fazenda Estadual o ICMS das concessionárias ou revendedoras (substituídas) ao vender-lhes os automóveis, por presumir a lei que tais automóveis serão revendidos por elas aos consumidores finais. Portanto, há, no caso, recolhimento do tributo antes mesmo de concretizado o fato (a revenda do veículo ao consumidor final) tido na lei como desencadeador da obrigação tributária.

2 ODMIR FERNANDES, *Comentários aos arts. 32 a 42, 52 a 62 e 68 a 73*. FREITAS, Wladimir Passos de (coord.). *Código Tributário Nacional Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 209.

Com efeito, este regime de recolhimento antecipado de tributo sempre foi fonte de grandes tensões entre o Fisco e os contribuintes, porquanto tangencia vários princípios constitucionais, tais como o da segurança jurídica e o da legalidade, bem como outras garantias juridicamente tuteladas dos contribuintes.

Daí por que não foram poucos os estudiosos do Direito que se insurgiram contra esta modalidade de substituição tributária, apontando a contrariedade da norma acima mencionada aos princípios basilares da Constituição, além de outros atinentes mais especificamente ao Sistema Constitucional Tributário (capacidade contributiva, proibição do confisco, tipicidade tributária etc.).

Por outro lado, é inquestionável que a indigitada “substituição tributária para frente” além de imprimir maior praticidade ao recolhimento de tributos sujeitos a este regime, também possui o condão de evitar a sonegação fiscal, promovendo, por conseqüência, a justiça fiscal.

Ceifando todos os argumentos e teses no sentido da inconstitucionalidade da “substituição tributária para frente”, o Pleno do Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o RE nº 213.396-5/SP³, declarou a sua conformidade com a Constituição Federal. Nesta oportunidade, entendeu a Suprema Corte que a garantia à imediata e preferencial restituição do que foi pago a maior legítima tal sistemática de recolhimento antecipado de tributos.

No entanto, embora seja hoje absolutamente incontestado a constitucionalidade da norma ora em apreciação, ainda não há consenso a respeito do conteúdo e dos limites da expressão “**assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido**”, constante da parte final da norma do art. 150, § 7º, da CF/88.

De sorte que, mais uma vez, socorrem-se os contribuintes ao Judiciário, irresignados com as legislações de diversos entes estaduais, que, ao estabelecerem o regime de substituição tributária para fins de recolhimento de seus tributos, vedam o direito do contribuinte à restituição da quantia paga a maior em razão de não ter o fato gerador ocorrido na dimensão econômica prevista na lei do ente tributante.

Noutro giro: dispõem diversas leis estaduais que caso o fato gerador do tributo antecipadamente recolhido se verifique com uma base de cálculo aquém da estimada pelo Fisco, o contribuinte não terá direito à restituição do que pagou a maior, pelo menos não de forma imediata e preferencial.

³ Ac. do Pleno do STF, RE 213.396, Rcl. Min. Ilmar Galvão, DJ 2.8.1999.

Nesse mesmo sentido, aliás, julgou a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, que, utilizando-se de uma interpretação literal, afirmou que a norma constitucional em comento apenas assegura ao contribuinte o **direito à restituição imediata e preferencial do valor pago antecipadamente em decorrência da substituição tributária, quando o respectivo fato gerador não se realizar, negando ao contribuinte, portanto, direito a qualquer restituição do valor porventura pago a maior à Fazenda Pública.**

Com efeito, parece indubitoso que tal entendimento não somente vai de encontro à própria lógica da substituição tributária, como fere os mais diversos princípios constitucionais, uma vez que consagra, ou melhor, legitima o pagamento de tributo indevido.

Porém, de forma extremamente contrária julgou aquela mesma Corte, em decisão que, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, deferiu medida cautelar no sentido de suspender dispositivo de Convênio firmado entre os Estados, que proibia a restituição das quantias pagas a maior, em operações submetidas ao regime de substituição tributária, quando o fato gerador fosse concretizado em dimensões menores das estabelecidas para o cálculo do tributo antecipadamente recolhido.⁵

Esse, pois, é o contexto que serviu de nascedouro ao presente estudo. No entanto, antes de se proceder ao cotejo e análise das decisões da Suprema Corte acima mencionadas, convém fazer uma breve, porém necessária, digressão doutrinária a respeito do conteúdo da norma em análise.

3. A norma do art. 150, § 7º segundo a doutrina

De início, é importante frisar que o regime de substituição tributária não surgiu no Brasil através da Emenda Constitucional nº 03/93, ao introduzir o § 7º, ao art. 150, da Constituição Federal de 1988.

O referido regime foi previsto inicialmente no art. 58 do Código Tributário Nacional (Lei 5.172, de 25.10.66), dispositivo este que veio a ser revogado pelo Decreto-lei nº 406/68, diploma que regulava o antigo Imposto Sobre Operações Relativas a Circulação de Mercadoria – ICM (o atual ICMS), e que foi recepcionado pela ordem jurídica instaurada pela Constituição Federal de 1988.

Tão somente em 1983, com a Lei Complementar nº 44, foi reintroduzida a “substituição tributária para frente” na legislação pátria,

4 AgRgRE nº 266.523-1

5 ADInMC nº 1.851-5

ao acrescentar aquela Lei Complementar dois parágrafos ao art. 2º e um outro parágrafo ao art. 3º, ambos do Decreto-lei 406/68.

Entretanto, não há o quê se questionar, a indigitada "substituição tributária para frente" somente se elevou à estatura de norma constitucional com o advento da Emenda nº 03/93.

Foi também com o advento da referida Emenda e, portanto, com a inserção da "substituição tributária para frente" no corpo constitucional, que vieram à luz as mais valiosas contribuições da doutrina a respeito desta sistemática de recolhimento de tributo no Brasil.

Como já dito linhas atrás, grandes doutrinadores vislumbraram a inconstitucionalidade da norma introduzida pela supra citada Emenda. Aliás, *Roque Antônio Carrazza*, ainda hoje, defende com veemência a inconstitucionalidade da substituição tributária para frente, embora sempre esclareça que o Supremo Tribunal Federal já declarou a sua constitucionalidade.

Nesse sentido, ensina o referido doutrinador: "Na substituição tributária para frente parte-se do pressuposto e que o fato imponível ocorrerá no futuro e que, portanto, é válida a cobrança antecipada do tributo (...) A Emenda Constitucional 'criou' absurda figura de responsabilização tributária para o futuro. O preceito em tela autoriza a lei a fazer nascer tributos de fatos que ainda não ocorreram mas que, ao que tudo indica, ocorrerão. Noutros termos, permite que a lei crie presunções de acontecimentos futuros e, com elas, faça nascer obrigações tributárias. Ora, o art. 1º, da EC 3/93 é inconstitucional, porque atropela o princípio da segurança jurídica, sem sua dupla manifestação: certeza do direito e proibição do arbítrio. Este princípio, aplicado ao Direito Tributário, exige que o tributo só nasça após a ocorrência real (efetiva) do fato imponível."

Com efeito, muitos doutrinadores, que sempre sustentaram a inconstitucionalidade da substituição tributária para frente, após o STF ter declarado sua constitucionalidade, passaram a analisar o referido regime dando-lhe um outro enfoque. Noutras palavras, admite-se a sua constitucionalidade, mas se enfatiza o direito à restituição preferencial e imediata das quantias que forem pagas a maior indevidamente, seja por não ter se realizado empiricamente o fato gerador da obrigação tributária, seja por ter ocorrido com uma base de cálculo menor do que a presumida pelo Fisco.

Assim, as leis dos entes federativos que instituem o regime de substituição tributária para frente, deverão, de igual modo, garantir ao

6 CARRAZA, Roque Antônio. *ICMS*. 6. ed., São Paulo: Malhacirós Editores, 2000, p. 182.

contribuinte, que estiver a ele sujeito, a restituição preferencial e imediata do que pagou a maior. De modo contrário, ou seja, criando empecilhos à imediata e preferencial restituição, estarão contrariando a norma do art. 150, § 7º, da CF/88, padecendo suas leis de inconstitucionalidade.

Da mesma forma, parece sensato, a restituição imediata e preferencial garantida pela norma constitucional acima citada não se aplica apenas ao caso em que o fato gerador do tributo pago antecipadamente não tenha se realizado. Mas também, e principalmente, nos casos em que ocorra com base de cálculo menor do que a estimada/presumida pela lei, hipótese mais comumente verificada na prática.

Sacha Calmon Navarro Coêlho, ao escrever sobre o tema, assim averba: “Quando o poder constituinte derivado permitiu, mediante a Emenda nº 3 à Constituição de 1988, a ‘substituição tributária para frente’, condicionou a sua prática a que, em não se realizando a operação ou fosse realizada por valor inferior ao real, restituísse-se de modo imediato ou preferencial a quantia paga em excesso. Onde há poder, há também limitação. Imediato é o momento seguinte. Não há que se falar em pedido de restituição, administrativo ou judicial, ou em precatório, ou em autorização fiscal. Preferencial significa em primeiro lugar, antes de qualquer outro interesse.”⁷

Vê-se, pois, que a legitimação do regime de substituição tributária encontra-se na garantia da restituição do que foi pago de modo indevido ao Fisco. E, nesse ponto, a doutrina mais abalizada não discorda.

Esta restituição do valor pago indevidamente pelo contribuinte, submetido ao regime de substituição tributária, é que permite o ajuste de contas entre ele e o Fisco. De modo que, alfim, o tributo recolhido, embora antecipadamente, corresponda às reais dimensões econômicas do fato previsto na lei como gerador da obrigação tributária, respeitando, assim, a correlação lógica existente entre obrigação e crédito.

4. As decisões conflitantes do STF

Contrariando, ao nosso ver, princípios e regras constitucionais, vários Estados, em sua legislação de ICMS, determinam que só será garantida a restituição do valor recolhido indevidamente a maior sob a modalidade de “substituição tributária para frente” quando o fato gerador da obrigação efetivamente não se realizar.

7 COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 618.

Nesse sentido dispôs a cláusula Segunda do Convênio ICMS 013/97, celebrado pelos Estados: **“Não caberá a restituição ou cobrança complementar do ICMS quando a operação ou prestação subsequente à cobrança do imposto, sob a modalidade da substituição tributária, realizar-se com valor inferior ou superior àquele estabelecido com base no art. 008º da LC 087, de 13 de setembro de 1996.”**

Submetida que foi a referida norma ao crivo do Poder Judiciário, através da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1851-5, promovida pela Confederação Nacional do Comércio - CNC, o Supremo Tribunal Federal, em julgamento ocorrido em 03.06.1998, proferiu decisão com o seguinte teor: **“O Tribunal, por decisão unânime, conheceu em parte, da ação direta, para, no ponto de que conheceu, deferir o pedido de medida cautelar, suspendendo em consequência, até julgamento final do processo, a eficácia e aplicabilidade da Cláusula Segunda do Convênio ICMS nº 013/97”**.

Com efeito, a decisão acima referida, é irrepreensível. De fato, para que os Estados instituassem o regime de “substituição tributária para frente”, deverão, necessariamente, presumir ou estimar o valor da operação sobre o qual será calculado o tributo a ser recolhido antecipadamente, sob pena de inviabilizar este regime.

Mas, a toda evidência, isto não implica conceder aos entes federados o poder de estabelecer de forma absoluta, incontestável e definitiva o valor sobre o qual será calculado o tributo, sem, em contrapartida, possibilitar ao contribuinte o posterior ajuste de contas quando o fato gerador se verificar com valor menor do estipulado pelo Fisco.

Nesta hipótese, o contribuinte terá indiscutivelmente um crédito contra o Fisco, e, conseqüentemente, o direito, por força da própria norma constitucional, à sua imediata e preferencial restituição.

Entretanto, de conteúdo diametralmente oposto ao da decisão supra referida, foi o entendimento preconizado pela Segunda Turma do STF, no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 266.523-1, o qual tem como Relator o Min. Maurício Corrêa.

O Agravo Regimental foi interposto contra decisão do Relator que negou seguimento ao Recurso Extraordinário.

Entendeu o Relator que o RE pugnava a inconstitucionalidade do sistema de substituição tributária para frente previsto no Regulamento de ICMS do Estado de Minas Gerais. Assim, por tratar-se de matéria já pacificada no STF, negou-lhe seguimento.

⁸ ADIn 1851-5, Rel. Min. Ilmar Galvão, Acórdão publicado no DJ 23.10.1998.

No entanto, pretendia-se com o referido Recurso, conforme explicitado no Agravo Regimental, não obter a declaração de inconstitucionalidade de tal sistemática de recolhimento de tributos, mas sim o reconhecimento da inconstitucionalidade do caráter definitivo do recolhimento de ICMS naquele Estado.

O Regulamento do ICMS do Estado de Minas Gerais, ao seguir diretriz do Convênio 013/97, dispõe que o imposto recolhido por substituição tributária é definitivo, ressalvada a hipótese de rescisão contratual, não ficando o Estado sujeito à restituição de qualquer valor.

A Segunda Turma do STF, ao apreciar as alegações elaboradas no Agravo Regimental, não vislumbrou, todavia, a inconstitucionalidade por elas pugnada, pois não haveria previsão constitucional para a hipótese de restituição ventilada pela Agravante. Eis o trecho do voto do Relator:

“O art. 150, § 7º, da Constituição Federal, em sua parte final, assegura a “imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido”, nada dispondo quanto ao fato de o valor real da operação final efetivada pela substituída ser inferior à base de cálculo presumida. Daí concluir pela inexistência de violação ao mencionado preceito constitucional.

“Por isso mesmo afigura-se definitivo o recolhimento do imposto por substituição tributária, tendo em vista a compatibilidade daquele preceito com o disposto no art. 150, § 7º, parte final, da Constituição Federal.”

É inegável que o Relator do AgRgRE nº 266.523-1 utilizou-se de uma interpretação essencialmente literal. No entanto, tal interpretação levou ao absurdo de negar à restituição do valor pago indevidamente ao Fisco, além de sobrepor-se a toda correlação lógica e jurídica que existe entre o fato gerador do tributo e sua base de cálculo.

Com efeito, a base de cálculo, um dos elementos da norma tributária que permite a quantificação do tributo, sempre foi tida pelos doutrinadores como de suma importância não só para a apuração do *quantum debeat*, mas também para definir a própria natureza do tributo.

Daí por que *Paulo de Barros Carvalho* atribui a ela três funções essenciais, quais sejam: “a) função mensuradora, pois mede as proporções reais do fato, b) função objetiva, porque compõe a específica determinação da dívida; e c) função comparativa, porquanto, posta em comparação com o critério material da hipótese, é capaz de confirmá-lo, infirmá-lo ou

afirmar aquilo que consta no texto da lei, de modo obscuro."⁹

Logo, não há juridicamente como separar o fato gerador do tributo de sua base de cálculo, porquanto será ela que, além de confirmar qual a natureza do tributo, possibilitará determinar o conteúdo econômico do dever jurídico a ser cumprido pelo sujeito passivo da relação tributária.¹⁰

Entender diferente é admitir a instituição por parte do Fisco das já conhecidas "pautas de valores", mecanismo já proscrito pelo STF e STJ, que consiste em definir unilateralmente, em caráter absoluto e definitivo, o valor sobre o qual será calculado o tributo.

Nesse sentido, preciosa é a lição de Odmir Fernandes, que bem arremata a questão ora em comento: "Outro aspecto de relevo diz respeito à base de cálculo estimada quando esta não coincide com o efetivo valor da operação realizada. A Constituição e o artigo em comento determinaram a restituição quando não se realizar o fato gerador presumido. Evidentemente que deve ser adotada a mesma regra na realização incompleta do fato gerador, por preço inferior ao que serviu para a base de cálculo presumida. O Estado de São Paulo admite a restituição da diferença de preço, mas os demais Estados vêm interpretando a Constituição e a Lei Complementar 87/96 literalmente, sem buscar a integração da norma, usando como fundamento o Convênio ICMS 13/97, que vedou a restituição do imposto decorrente da diferença da base de cálculo do imposto.

"O pilar da substituição tributária, decorrente do fato gerador presumido, somente se sustenta na moralidade do sistema pelo fisco, sob

⁹ CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 239.

¹⁰ Idem, p.243.

¹¹ Veja, nesse sentido, os seguintes julgados: "Tributário. ICMS. Base de Cálculo. Sua fixação através de Pautas de Preços ou Valores. Inadmissibilidade. Em face do nosso direito (Del 406/1968, art. 2º, é inadmissível a fixação da base de cálculo do ICMS com apoio em pautas de preços ou valores (pautas fiscais), porquanto aquela (base de cálculo do tributo) é o valor da operação de que ocorrer a saída da mercadoria. A pauta de valores só se admite nos casos previstos no art. 148 do CTN, em que, mediante processo regular, seja arbitrada a base de cálculo, quando inidôneos os documentos e declarações prestadas pelo contribuinte. O direito tributário repugna a adoção de base de cálculo que esteja dissociada do efetivo valor econômico do fenômeno tributário" (Ac. da 1ª Seção do STJ, ERESP nº 33.808, DJ 20.10.97).

"Tributário. ICMS. Pauta de Valores ou Preços. Base de Cálculo. Cana de Açúcar. Impossibilidade. Embargos de Divergência. 1. (...) 2. Assentamento consolidado na jurisprudência da 1ª Seção do STJ de que é impossível segundo as regras do ordenamento jurídico tributário, erigir-se pautas fiscais, pautas de preços de valores fixados mediante Portaria do Fisco como contendo elementos materiais determinantes da base de cálculo do ICMS. 3. A base de cálculo do ICMS há de ser, em face de força do princípio da legalidade, o valor da operação de que decorrer a saída da mercadoria. 4. Agravo regimental improvido." (Ac. da 1ª Seção do STJ, AEREsp 11994/SP, DJ 23.11.1998, p. 112)

"Substituição tributária para frente":

A norma do art. 150, § 7º, da CF/88, segundo decisões do STF

pena de flagrante inconstitucionalidade de exigência do imposto sem a efetiva ocorrência do fato gerador.”¹²

Ademais, forçoso concluir que essa prática de estabelecer que o tributo antecipado é definitivo na mecânica da “substituição tributária para frente”, viola o princípio da capacidade contributiva, haja vista que enseja a elevação do encargo tributário, tal como advertem Marciano Seabra de Godoi e Gilberto Ayres Moreira.¹³

Portanto, carece de maior fundamento jurídico a decisão emanada da Segunda Turma do STF ora em apreciação. De fato, uma interpretação essencialmente gramatical, tal como a empreendida pelos eminentes julgadores do AgRgRE nº 266.523-1, não pode ter o condão de sobrepor-se aos princípios constitucionais.

5. Conclusões

Em princípio, é inegável que a “substituição tributária para frente” possibilita aos entes políticos uma maior eficiência na arrecadação de tributos recolhidos sob esta modalidade.

No entanto, não se pode admitir, sob pena de violar os princípios constitucionais tributários, que, em contrapartida ao recolhimento antecipado de tributo sujeito ao regime de substituição tributária, os entes federados não prevejam em suas leis mecanismos que garantam ao contribuinte o direito à imediata e preferencial restituição do valor pago indevidamente, conforme previsto na parte final do art. 150, § 7º, da Constituição Federal de 1988.

Ademais, a garantia da imediata e preferencial restituição não deve ser assegurada apenas quando o fato gerador da obrigação tributária não se realizar, conforme dicção expressa da norma acima citada. Mas, também, quando o fato gerador ocorrer com dimensões econômicas inferiores ao valor estabelecido na lei da entidade tributante para o cálculo do tributo recolhido antecipadamente.

Assim, a decisão proferida pela Segunda Turma do STF no AgRgRE nº 266.523-1 não se conforma com os princípios constitucionais e com a própria norma do art. 150, § 7º, da CF/88. Até porque a constitucionalidade

12 ODMIR FERNANDES, *Comentários aos arts. 32 a 42, 52 a 62 e 68 a 73*, FREITAS, Wladimir Passos de (coord.). *Código Tributário Nacional Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 224.

13 GODOI, Marciano Seabra de., e MOREIRA, Gilberto Ayres. *Exigência do ICMS sob o Regime de Substituição Tributária - Análise de Recente Decisão da 2ª Turma do STF*. *Revista Dialética de Direito Tributário*. n. 65, São Paulo: 2001, p. 86.

de uma norma não se verifica com base numa interpretação literal dos dispositivos constitucionais, mas sim à luz de uma interpretação sistêmica e, sobretudo, principiológica do texto constitucional.

A bem da verdade, a jurisprudência do STF não há de se assentar nesse sentido, porquanto o seu Pleno já decidiu, unanimemente, na ADIn nº 1851-5, embora num juízo sumário, que não se coaduna com a Constituição o caráter definitivo dado ao tributo recolhido sob a modalidade da “substituição tributária para frente”.

6. Bibliografia

1. CARRAZA, Roque Antônio. *ICMS*. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 182.
2. CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 239.
3. COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 618.
4. GODOI, Marciano Seabra de., e MOREIRA, Gilberto Ayres. *Exigência do ICMS sob o Regime de Substituição Tributária - Análise de Recente Decisão da 2ª Turma do STF*. Revista Dialética de Direito Tributário. n. 65, São Paulo: 2001, p. 86.
5. ODMIR FERNANDES, *Comentários aos arts. 32 a 42, 52 a 62 e 68 a 73*. FREITAS, Wladimir Passos de (coord.). Código Tributário Nacional Comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
6. SOUZA, Hamilton Dias de. *ICMS - Substituição Tributária*. Revista Dialética de Direito Tributário. n. 12, São Paulo: 1996, p. 16.

“Substituição tributária para frente”:

A norma do art. 150, § 7º, da CF/88, segundo decisões do STF

The following is a list of the names of the members of the Board of Directors of the Corporation, as of the 31st day of December, 1900.

1. JAMES H. HARRIS, President

2. JOHN W. HARRIS, Vice-President

3. JAMES H. HARRIS, Secretary

4. JOHN W. HARRIS, Treasurer

5. JAMES H. HARRIS, Director

6. JOHN W. HARRIS, Director

7. JAMES H. HARRIS, Director

8. JOHN W. HARRIS, Director

9. JAMES H. HARRIS, Director

10. JOHN W. HARRIS, Director

11. JAMES H. HARRIS, Director

12. JOHN W. HARRIS, Director

13. JAMES H. HARRIS, Director

14. JOHN W. HARRIS, Director

15. JAMES H. HARRIS, Director

16. JOHN W. HARRIS, Director

17. JAMES H. HARRIS, Director

18. JOHN W. HARRIS, Director

19. JAMES H. HARRIS, Director

20. JOHN W. HARRIS, Director

21. JAMES H. HARRIS, Director

22. JOHN W. HARRIS, Director

23. JAMES H. HARRIS, Director

24. JOHN W. HARRIS, Director

25. JAMES H. HARRIS, Director

26. JOHN W. HARRIS, Director

27. JAMES H. HARRIS, Director

28. JOHN W. HARRIS, Director

29. JAMES H. HARRIS, Director

30. JOHN W. HARRIS, Director

31. JAMES H. HARRIS, Director

32. JOHN W. HARRIS, Director

33. JAMES H. HARRIS, Director

34. JOHN W. HARRIS, Director

35. JAMES H. HARRIS, Director

36. JOHN W. HARRIS, Director

37. JAMES H. HARRIS, Director

38. JOHN W. HARRIS, Director

39. JAMES H. HARRIS, Director

40. JOHN W. HARRIS, Director

41. JAMES H. HARRIS, Director

42. JOHN W. HARRIS, Director

43. JAMES H. HARRIS, Director

44. JOHN W. HARRIS, Director

45. JAMES H. HARRIS, Director

46. JOHN W. HARRIS, Director

47. JAMES H. HARRIS, Director

48. JOHN W. HARRIS, Director

49. JAMES H. HARRIS, Director

50. JOHN W. HARRIS, Director

51. JAMES H. HARRIS, Director

52. JOHN W. HARRIS, Director

53. JAMES H. HARRIS, Director

54. JOHN W. HARRIS, Director

55. JAMES H. HARRIS, Director

56. JOHN W. HARRIS, Director

57. JAMES H. HARRIS, Director

58. JOHN W. HARRIS, Director

59. JAMES H. HARRIS, Director

60. JOHN W. HARRIS, Director

61. JAMES H. HARRIS, Director

62. JOHN W. HARRIS, Director

63. JAMES H. HARRIS, Director

64. JOHN W. HARRIS, Director

65. JAMES H. HARRIS, Director

66. JOHN W. HARRIS, Director

67. JAMES H. HARRIS, Director

68. JOHN W. HARRIS, Director

69. JAMES H. HARRIS, Director

70. JOHN W. HARRIS, Director

71. JAMES H. HARRIS, Director

72. JOHN W. HARRIS, Director

73. JAMES H. HARRIS, Director

74. JOHN W. HARRIS, Director

75. JAMES H. HARRIS, Director

76. JOHN W. HARRIS, Director

77. JAMES H. HARRIS, Director

78. JOHN W. HARRIS, Director

79. JAMES H. HARRIS, Director

80. JOHN W. HARRIS, Director

81. JAMES H. HARRIS, Director

82. JOHN W. HARRIS, Director

83. JAMES H. HARRIS, Director

84. JOHN W. HARRIS, Director

85. JAMES H. HARRIS, Director

86. JOHN W. HARRIS, Director

87. JAMES H. HARRIS, Director

88. JOHN W. HARRIS, Director

89. JAMES H. HARRIS, Director

90. JOHN W. HARRIS, Director

91. JAMES H. HARRIS, Director

92. JOHN W. HARRIS, Director

93. JAMES H. HARRIS, Director

94. JOHN W. HARRIS, Director

95. JAMES H. HARRIS, Director

96. JOHN W. HARRIS, Director

97. JAMES H. HARRIS, Director

98. JOHN W. HARRIS, Director

99. JAMES H. HARRIS, Director

100. JOHN W. HARRIS, Director

UMA ANÁLISE DA TAXA SELIC FACE AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS TRIBUTÁRIOS

Livia Maria Vasconcelos de Miranda
(Aluna do 7º período de Graduação em
Direito da UFPE)

Sumário: 1. Considerações Preliminares; 2. Do Sistema Especial de Liquidação e Custódia; 3. A Taxa Selic e sua Incidência no Direito Positivo Pátrio; 4. Dos Princípios Constitucionais Tributários; 4.1. Princípio da Legalidade; 4.2. Princípio da Anterioridade; 4.3. Princípio da Segurança Jurídica; 5. Do Princípio da Legalidade e a Utilização da Taxa Selic para Efeitos de Compensação e Restituição Tributárias; 6. Constituição Federal, art. 192, §3.º; 7. Correção Monetária e Taxa Selic; 8. Conclusões; 9. Referências Bibliográficas; 9.1. Livros; 9.2. Artigos.

1. Considerações preliminares

Instituída através da Resolução n.º 1.124 do Conselho Monetário Nacional, prestava-se inicialmente a Taxa Selic para a medição da variação apresentada nas operações do Sistema Especial de Liquidação e Custódia, bem como para a remuneração das transações com títulos públicos, emitidos pelo Tesouro Nacional e pelo Banco Central do Brasil, os quais a este sistema cumpria custodiar.

Refletia a liquidez dos referidos títulos, ao passo que se constituía em juros remuneratórios, de forma a premiar o capital pelo particular investido na operação.

Posteriormente, através da Lei n.º 9.065, aplicou-se a Taxa Selic para fins tributários, sob a forma de juros moratórios referentes aos tributos federais pagos a destempo. Em seguida, pela Lei n.º 9.250, aplicou-se o aludido índice na compensação ou restituição tributárias, a partir do pagamento indevido ou a maior, até o mês anterior ao da compensação ou restituição.

Assim procedendo, foi alvo o legislador pátrio de contestações tanto da parte dos representantes da Fazenda Pública como por parte dos contribuintes. Com efeito, várias são as ilegalidades e inconstitucionalidades que maculam a utilização da Taxa Selic no âmbito do Direito Tributário.

Este é o objeto do presente estudo: uma análise da Taxa Selic face aos princípios constitucionais tributários.

2. Do sistema especial de liquidação e custódia

Dado o grande volume de transações realizadas com os títulos da Dívida Pública, sob a forma física ou na extinta modalidade ao portador, sentiu-se a necessidade de substituição dos papéis, para maior agilidade, segurança e transparência nas negociações.

Criou-se, nestas circunstâncias o Selic – Sistema Especial de Liquidação e Custódia, substituindo a cartularidade dos títulos por dados digitalizados. O sistema eletrônico ficaria, desta forma, encarregado do registro, custódia e posterior liquidação dos mesmos títulos, exercendo sobre eles um controle diário.

É a circular n.º 2.727/96 quem dá a melhor definição do que constitui o Sistema Especial de Liquidação e Custódia. Constitui um mecanismo destinado “ao registro de títulos e depósitos interfinanceiros por meio de equipamento eletrônico de teleprocessamento, em contas abertas em nome de seus participantes, bem como ao processamento, utilizando-se o mesmo mecanismo de operação de movimentação, resgates, ofertas públicas, e respectivas liquidações financeiras.”

De forma a permitir uma análise acerca da liquidez dos títulos operados no indigitado sistema, instituiu-se a Taxa Selic, destinada, igualmente, a compensar o investimento do tomador de títulos públicos.

Calcula-se a referida taxa através de uma perspectiva média dos juros apurados nas chamadas operações de *overnight*. Cumpre, pois, explicitar um dos mais utilizados mecanismos de operação com títulos públicos.

De forma a fazer frente a possível *déficit* orçamentário, decorrente de despesas extraordinárias e urgentes¹, não previstas na Lei Orçamentária Anual, o Estado emite e põe à pública disposição os denominados títulos da dívida pública mobiliária, igualmente utilizados para efeitos de política monetária, repercutindo sobre os rumos da economia nacional e sobre o mecanismo inflacionário.

Quanto a sua circulação no mercado mobiliário, classificam-se os títulos em negociáveis e inegociáveis, estes últimos gravados com a cláusula de inalienabilidade. Aqueles, mais de perto tocam ao presente estudo.

Os títulos negociáveis circulam livremente, através de operações definitivas ou compromissadas. Por aquelas, transferem-se, como o próprio

1 DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1998.

nome está a indicar, em definitivo, à propriedade do investidor, aderem ao seu patrimônio. As operações dizem-se compromissadas quando figura, como elemento essencial da negociação, a cláusula de recompra, pela qual as partes contratantes comprometem-se, por um lado, a revender o título comprado e, por outro, a recomprar o mesmo título, pagando pela transação uma taxa de rendimentos determinada.²

Uma das partes, pois, detém o capital líquido imediato de que a outra necessita, pelo que esta, como recompensa pelo capital investido, paga ao tomador dos títulos juros remuneratórios. Pode-se dizer que são estes, em verdade, o preço a ser pago pela utilização do dinheiro.

A Taxa Selic calcula-se, especificamente, sobre os juros incidentes nas operações de *overnight*, isto é, operações compromissadas realizadas para um período geral de um dia, registradas no Sistema Especial de Liquidação e Custódia, acumuladas mensalmente. Em sua base de cálculo não figuram as operações definitivas, posto que nestas está ausente o elemento recompra sobre o qual se faz incidir os juros que hão de instruir a taxa em exame.

Desta forma, destina-se a Taxa Selic a remunerar o tomador de títulos públicos, ao mesmo tempo em que reflete a liquidez dos recursos financeiros no mercado mobiliário nacional. Objetiva, por fim, recompor o valor corroído pela taxa inflacionária, fazer frente à defasagem da moeda, funcionando, igualmente, como índice de correção monetária.

Não se haveria de questionar a legitimidade da Taxa Selic, ou *over-selic*, para tais finalidades. Com efeito, é ao Banco Central que cumpre disciplinar a emissão e remuneração dos referidos títulos, como agente de política monetária.

O que não se poderia fazer, e isto é o que se pretende comprovar, é trazer a Taxa Selic para o âmbito do Direito Tributário, afrontando sobremodo os princípios constitucionais tributários.

3. A Taxa Selic e sua incidência no direito positivo pátrio

A partir de 1º de Abril de 1.995, a Lei n.º 9.065, de 20.06.1995, estendeu as aplicações da taxa média do Sistema Especial de Liquidação e Custódia. Ampliou seu âmbito de incidência para atingir os tributos federais pagos a destempo.

Logo em seguida, mais uma atribuição se lhe criou: a partir de 1º de Janeiro de 1.996, incidiria sobre a compensação ou restituição tributárias,

² FRANCIULLI NETTO, Domingos. *Da Inconstitucionalidade da Taxa Selic para Fins Tributários*. Revista Dialética de Direito Tributário. n.º 58. Julho/2.000. p. 11

nos termos da Lei n.º 9.250, de 26.12.1995.

Ambos os pólos da relação jurídica tributária insurgiram-se contra a sua ingerência.

Os representantes da Fazenda Pública, pelo lado ativo da relação, apontam uma afronta ao art.167, parágrafo único, do Código Tributário Nacional, que dispõe serem devidos, quando da repetição de indébito, “juros não capitalizáveis, a partir do trânsito em julgado da decisão definitiva que a determinar”, e não “a partir da data do pagamento indevido”, como disciplinou a Lei n.º 9.250, em seu art. 39, § 4º.

Os contribuintes, por sua vez, levantaram mais uma ilegalidade: constituindo juros remuneratórios, estaria o art. 13, da Lei n.º 9.065 em desacordo com o § 1º, do art. 161, do Código Tributário Nacional, que prevê juros moratórios incidindo sobre o “o crédito não integralmente pago no vencimento”.

Impende, neste ponto, proceder a maiores considerações acerca das modalidades de juros, de forma a melhor considerar a aplicabilidade da Taxa Selic, enquanto taxa de juros remuneratórios, sobre tributos pagos em atraso.

Por juros entendem-se os “frutos (acessórios) decorrentes da utilização do capital alheio (principal)”⁴. Assim como ao locador é lícito cobrar ao locatário um determinado aluguel pela utilização da coisa locada, ao credor permite-se cobrar ao devedor juros pelo capital investido.

Considerando o crédito em seu aspecto subjetivo, classificam-se os juros em remuneratórios, compensatórios e moratórios. Remuneratórios são os juros devidos ao credor, a título de rendimentos, em decorrência da utilização do bem ou capital por parte do devedor. Reputam-se compensatórios os juros devidos como indenização, quando da desapropriação dos bens do credor, como compensação pelos danos causados pelo devedor em sua apropriação compulsória. Modalidade prevista pelo §1º, do art. 161, do CTN, são moratórios os juros devidos pela mora, pelo atraso do devedor no adimplemento de sua prestação, de forma a amenizar a demora no pagamento.

Nítida, pois, a diferença entre os juros moratórios, previstos pelo Código de 1.966 para o pagamento em atraso e os juros remuneratórios em que se constitui a Taxa Selic.

3 TROIANELLI, Gabriel Lacerda. *Sobre a aplicabilidade da Taxa Selic em Matéria Tributária*. *Revista Dialética de Direito Tributário*. n.º57. Junho/2.000. p. 57

4 MATTOS, Aroldo Gomes de. *A Incidência da Taxa “Selic” como juros na Compensação ou Restituição do Indébito Tributário*. *Revista Dialética de Direito Tributário*. n.º 43. Abril/1.999. p.08.

4. Dos Princípios Constitucionais Tributários

4.1 Princípio da Legalidade Tributária

Consagra a Constituição Federal de 1.988, em seu art. 150, inciso I, o Princípio da Legalidade tributária. À luz do referido dispositivo constitucional, é vedado ao ente estatal “exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça”. É, pois, a obrigação tributária decorrente diretamente da lei, vale dizer, é uma obrigação *ex lege*, segundo o princípio *nullum tributum sine lege*.

Em seu art. 97, o Código Tributário Nacional vem regulamentar o disposto no art. 150, inciso I, da Carta Magna, consagrando o princípio da legalidade no Direito Tributário.

Indispensável a sua observância, sob pena de afronta ao próprio Estado de Direito. Desde João-Sem-Terra, (na Inglaterra) a tributação saiu do âmbito do poder arbitrário do governante, passando a vigor a parêmia *no taxation without representation*.

Através do labor de seus representantes eleitos para a função legiferante, a sociedade se auto-regula, autorizando ao Estado o exercício de seu poder de tributar.⁵ É a sociedade quem consente a cobrança tributária, destinada a fazer frente a necessidades públicas.

Exige-se, destarte, lei em sentido formal, em consonância com os ditames do processo legislativo, e em sentido material, guardando observância à sua fonte de validade. Em última análise, o respeito ao texto constitucional.

No que pertine à Taxa Selic como taxa de juros a incidir sobre o tributo pago a destempo, ou na compensação ou restituição tributárias, frontalmente violado foi o princípio da legalidade.

Criada por uma resolução do Conselho Monetário Nacional, a de n.º 1.124/86, os critérios para a sua apuração encontram-se não em leis, mas em circulares do Banco Central do Brasil. A simples previsão de sua utilização para fins tributários, como nas já mencionadas Lei n.º 9.065 e Lei n.º 9.250, não supre tal exigência, como a alguns, erroneamente, pode parecer.⁷ Exige-se, efetivamente, o seu integral disciplinamento por norma legal.

5 COELHO, Sasha Calmon Navarro. *Comentários à Constituição de 1988: Sistema Tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 1988. p. 276.

6 CARRAZZA, Floque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 154.

7 FARÁG, Cláudio Renato do Canto. *Juros em Matéria Tributária e a Constitucionalidade da Taxa Selic*. <http://www.iusnavigandi.com.br/doutrina/selic.html>. 05 de Abril de 2.001.

Não é esta, porém a única mácula a inquinar a utilização da Taxa Selic em matéria tributária: igualmente violados foram os Princípios da Anterioridade e da Segurança Jurídica.

4.2 Princípio da Anterioridade

Pelo Princípio da Anterioridade, a lei que cria ou, como no caso em exame, aumenta um tributo apenas produzirá seus jurídicos efeitos no exercício financeiro seguinte ao de sua entrada em vigor. Sua eficácia resta paralisada até o subsequente exercício financeiro, o qual, no Estado Brasileiro, coincide com o ano civil, vale dizer, inicia-se a 1º de Janeiro e estende-se até 31 de Dezembro. Visa o princípio sob comento a evitar que seja o contribuinte pego (apanhado) de surpresa, atingido, inopinadamente, por uma nova exigência fiscal. É, pois, corolário lógico do Princípio da Segurança Jurídica.

A Lei n.º 9.065 de 20.06.1995 não apenas viola o Princípio da Legalidade por fazer incidir a Taxa Selic no mesmo exercício financeiro de sua entrada em vigor, mas também a utiliza para atingir situações constituídas antes mesmo de sua promulgação, incidindo sobre as relações tributárias a partir de 1º de Abril do mesmo ano de 1.995. É o que se depreende do seu art. 13. Afronta a certeza do contribuinte de que sua conduta não produzirá conseqüências outras senão as já previstas em lei vigente.

O Princípio da Legalidade não se coaduna com a indisfarçável delegação legislativa operada quando da fixação da Taxa Selic para matéria tributária. Com efeito, a “delegação da função legislativa somente é possível por meio do veículo específico, e mediante os balizamentos expressos do Parlamento, nos termos dos artigos 62 ou 68, da Constituição Federal.”

Não poderia, ademais, o legislador delegar o cálculo da taxa de juros sob exame ao ato unilateral do ente governamental, como efetivamente ocorre. É, com efeito, o Banco Central do Brasil quem divulga mensalmente a Taxa Selic, fixada segundo as oscilações do mercado mobiliário nacional.

8 CARRAZZA, Roque Antônio. *Op. , cit.* p.125.

9 MARTINS, Yves Gandra da Silva. *Ilegalidade e Inconstitucionalidade da Taxa Selic para Correção de Débitos Tributários*. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n.º58. Julho/2.000. p.56.

4.3 Princípio da Segurança Jurídica

O Princípio da Segurança Jurídica relaciona-se à própria função normativa do Direito. Exige a boa aplicação das leis para uma harmônica vida em sociedade. As normas jurídicas teriam por escopo maior tornar segura a vida em comunidade, fazendo sempre presentes as condições de certeza e igualdade necessárias à obtenção da *res justa*.¹⁰

A lei que cria ou aumenta um tributo deve, pois, conter todos os elementos para a caracterização do fato imponible, para a apuração do *quantum debeatur*. Isto não logrou realizar o legislador pátrio com a simples menção de utilização da Taxa Selic para fins tributários.

No que toca a sua aplicação na compensação ou restituição tributárias, dividem-se as opiniões da doutrina.

5. Do Princípio da Legalidade e utilização da taxa selic para efeitos de compensação e restituição tributárias

Em que pese sua natureza de juros remuneratórios, autores há que admitem sua aplicação a partir do pagamento indevido ou a maior, independente da incidência de juros moratórios a partir do trânsito em julgado da decisão definitiva que determinar a repetição do tributo recolhido indevidamente. A entender-se de outra forma, feridos estariam os mais mezinhos princípios de igualdade: o contribuinte, coativamente obrigado a transferir aos cofres públicos parcela do seu patrimônio a título de tributação, apenas receberia pela cobrança indevida juros de mora, em muito inferiores à Taxa Selic, a partir do trânsito em julgado da decisão que determinar a restituição. Muito mais cômoda da situação do investidor que, por ato de vontade, aplica seu capital em títulos da dívida pública mobiliária, remunerando-se pela Taxa Selic.¹¹

Para determinada parte da doutrina, pois, vedada seria a cobrança da Taxa Selic nos tributos pagos fora do vencimento, mas perfeitamente viável a sua utilização na restituição e compensação tributárias. Tal expediente não seria vedado pelo CTN que, em seu art. 167, faz menção a juros moratórios, compatíveis à aplicação concomitante de juros remuneratórios desde o pagamento indevido, dada a sua diversa natureza e função.

Excluem tais doutrinadores até uma possível afronta ao Princípio

¹⁰ CARRAZZA, Roque Antônio. *Op. cit.* , p. 253.

¹¹ TROIANELLI, Gabriel Lacerda. *Op. cit.* , p. 62.

da Legalidade pela ausência de criação legal da taxa sob análise. O Código Tributário não repudiaria a instituição de uma outra modalidade de juros a incidir sobre a restituição e compensação tributárias, além dos já mencionados juros de mora.

A inovadora modalidade de juros, como que a indenizar o contribuinte pela retirada coercitiva de parcela de seu patrimônio, não participaria do Princípio da Legalidade estrita, vigente no Direito Tributário. A sua simples previsão legal, mesmo ausentes alguns dos elementos de sua caracterização, seria o bastante para atender ao princípio da legalidade "geral". Afastada, pois, a inconstitucionalidade, para tais fins, do art. 39, § 4º, da Lei nº 9.250/95.

A outra parte da doutrina, todavia, não compraz semelhante linha de raciocínio. Não se haveria de comparar contribuinte e investidor, muito menos em adrede desdém ao princípio constitucional da legalidade. Aplicar-se-iam, pois, as mesmas críticas elaboradas quanto à aplicabilidade da Taxa Selic em relação aos tributos pagos a destempo.

6. Constituição Federal, art. 192, §3º

Não se poderia, por fim, tecer considerações a respeito da adequação de uma determinada taxa de juros em relação aos princípios constitucionais tributários sem fazer menção ao art. 192, §3º da Constituição Federal de 1988.

Com efeito, elaborada de forma a atrair o tomador de títulos públicos, remunerando-o de forma competitiva às demais modalidades de investimentos que no chamado "*open market*" se afiguram, compõe-se a Taxa Selic de juros remuneratórios aliados a um sucedâneo de correção monetária. Comparativamente, em muito supera os demais índices oficiais de correção monetária, bem como aos juros de mora, e mesmo à soma de ambos os fatores.

Sua utilização a título de taxa de juros viola, pois, o disposto no texto constitucional.

A Constituição da República Federativa do Brasil, em seu art. 192, disciplina o sistema financeiro nacional de forma a alcançar o excelso escopo do equilibrado desenvolvimento do país, servindo aos interesses da comunidade. Em seu parágrafo 3º, o referido artigo trata dos juros a serem utilizados pelo mercado financeiro, estabelecendo como limite a cifra de 12% (doze por cento) ao ano.

Tal dispositivo, porém, muita controvérsia tem suscitado. Discute-se se seria ele enquadrado como dispositivo de eficácia plena, vale dizer, aquele cuja aplicabilidade é imediata, prescindindo-se de posterior

regulamentação infra-constitucional; ou seria ele dotado de eficácia limitada, não prescindindo da citada regulamentação posterior.

Os defensores desta segunda corrente fundamentam seu entendimento na expressa exigência constitucional de posterior lei complementar regulamentadora. Não haveria como aplicar tal preceito sem a prévia definição do que viriam a ser os juros reais aludidos pelo constituinte. Tal o entendimento da maior parte dos ministros do Egrégio Supremo Tribunal Federal, que negou aplicabilidade imediata ao indigitado dispositivo.

Outra corrente, da qual comungam renomados doutrinadores e mesmos ministros daquela Colenda Corte, apregoa a imediata aplicação do preceito contido na Magna Carta. A seu ver, o art. 192, §3º já apresenta seus contornos bastante definidos suficientes para imperar independente de lei complementar. Não se poderia alegar a ausência de definição da expressão "juros reais" para se postergar a aplicabilidade da norma. Juros reais seriam as comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão do crédito. Não se confundem com os fatores de correção monetária destinados a recompor o valor da moeda ante a inflação. Não podem tais juros ser superiores ao limite constitucional, sob pena de configurarem o crime de usura. Este, o objeto de regulação infra-constitucional, de acordo com o princípio da reserva legal.

Ao juiz, no exercício de sua atividade jurisdicional, cumpre concretizar os conceitos jurídicos indeterminados que se lhe apresentem, como ocorre com conceito de ordem pública, bons costumes e outros com os quais impende lidar no seu labor cotidiano.

7. Correção Monetária e Taxa Selic

Constituindo-se a Taxa Selic em índice para a remuneração dos títulos públicos postos à pública disposição, agrega em seu bojo a previsão inflacionária para o período e o lucro visado pelo investidor, pelo que em muito ultrapassa os limites constitucionais. Calcula-se a Taxa de forma a tornar mais atrativa aos olhos dos investidores do mercado financeiro nacional a aplicação em títulos da dívida pública mobiliária.

Deste modo, não se presta a Taxa Selic para fins de índice de correção monetária. A um tempo porque trabalha com uma previsão, uma verdadeira estimativa do que se irá operar na economia nacional, a outro porque reflete a realidade dos negócios efetuados no seio do Sistema Especial de Liquidação e Custódia.

A se entender de forma contrária, seria de se conceber a instituição de um índice de correção monetária *ante acta*, o que se constituiria em

uma verdadeira contradição em termos. Ademais, o referido índice seria calculado conforme as oscilações verificadas no mercado mobiliário, e não segundo a variação de preços dos bens e serviços, ou do poder aquisitivo da moeda.

8. Conclusões

Por todo o exposto, depreende-se a inépcia da utilização da Taxa Selic em matéria tributária. Trazendo para a seara da tributação, objetivou o legislador a criação da estranha figura do tributo rentável, ao prever a utilização de juros remuneratórios como se moratórios fossem.

Acresça-se o fato de a determinação do *quantum debeatur* não se encontrar previsto em lei, em flagrante violação do princípio da legalidade, mas em circulares do Comitê de Política Monetária do Banco Central do Brasil, de acordo com as vicissitudes do mercado mobiliário. Igualmente violado o princípio da anterioridade e da segurança jurídica, terminando pela inconstitucional delegação de competência operada através da permissão de sua fixação por ato unilateral do agente governamental.

Nestes termos, não se haveria de admitir sua utilização a título de juros moratórios a incidir sobre os tributos pagos em atraso, ou mesmo nas hipóteses de compensação ou restituição tributárias, em caracterizada violação dos mais elevados princípios constitucionais tributários.

9. Referências Bibliográficas

9.1 Livros

1. CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.
2. COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988: Sistema Tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 1988.
3. DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1998.

9.2 Artigos

1. CAVALO, Achiles Augustus. Selic – sua Aplicação e Limites. *Revista Dialética de Direito Tributário*, nº 62. Nov. 2000, p. 07/18.
2. FARÁG, Claudio Renato do Canto. *Juros em Matéria Tributária e a*

- Constitucionalidade da Taxa Selic.* <http://www.jusnavigandi.com.br/selic.html>. 05 de Abril de 2001.
3. FRANCIULLI NETTO, Domingos. *Da Inconstitucionalidade da Taxa Selic para Fins Tributários.* Revista Dialética de Direito Tributário. nº 58. Jul. 2000, p. 07/30.
 4. MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Ilegalidade e Inconstitucionalidade da Taxa Selic para Correção de Débitos Tributários.* Revista Dialética de Direito Tributário. nº 58. Jul. 2000, p. 54/56.
 5. MATTOS, Aroldo Gomes de. *A Incidência da Taxa Selic como Juros na Compensação ou Restituição do Indébito Tributário.* Revista Dialética de Direito Tributário. nº 43. Abr. 1999, p. 07/16.
 6. TROIANELLI, Gabriel Lacerda. *Sobre a aplicabilidade da Taxa Selic em Matéria Tributária.* Revista Dialética de Direito Tributário. nº 57. Jun. 2000, p. 56/63.

A DEPRECIAÇÃO DO ESCOPO RESSOCIALIZADOR DAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE

Cristiane Cavalcanti Barreto Campello
Marília Almeida Rodrigues Lima
(Alunas do 5^a período da graduação em
Direito da UFPE)

“No pior dos assassinos, uma coisa pelo menos deve ser respeitada quando punimos: sua humanidade”¹.

Sumário: 1. Introdução; 2. Da pena; 2.1. Evolução histórica; 2.2. As finalidades; 3. Das penas privativas de liberdade; 3.1. Regimes; 3.2. Sistemas de execução; 4. A questão da função ressocializadora das penas privativas de liberdade; 5. O trabalho prisional: a sociedade e o preso; 6. A realidade atual do sistema **carcerário brasileiro**; 7. **Penas alternativas**: um caminho necessário; 7.1. Espécies; 7.2. **Vantagens em sua utilização**; 8. Conclusão; 9. Bibliografia.

1. Introdução

No momento da formação da sociedade, fez-se necessária a abdição, por parte dos indivíduos, de uma parcela de sua liberdade individual, a fim de se firmar o pacto social, através do qual atribuíram o poder a um ente superior capaz de representar e proteger toda a coletividade. No brilhante entender do filósofo ROUSSEAU², *“cada um de nós põe em comum sua pessoa e todo o seu poder sob a direção suprema da vontade geral, e recebemos, enquanto corpo, cada membro como parte indivisível do todo”*.

Destarte, a liberdade de cada pessoa encontra-se limitada, em prol da sociedade e dos membros que a compõem. As liberdades individuais devem, no entanto, ser respeitadas, não devendo cada homem interferir de

1 FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir – História da violência nas prisões*. 22. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2000, p. 63.

2 ROUSSEAU, Jean – Jacques. *Do Contrato Social – Os Pensadores*. 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1987, p. 33.

modo lesivo na esfera pessoal do outro, sob pena da intervenção do Estado. A este foi conferido, em decorrência do pacto social, o *jus puniendi*, que representa não apenas um atributo, mas, principalmente, um dever.

Na prática efetiva do direito de punir, surgiu a sanção penal como forma de castigar o criminoso pelo mal cometido. Posteriormente, passou a pena a ter o fim de prevenir a ocorrência de novas infrações. Por fim, possui o escopo de ressocializar o delinqüente, preparando-o para a sua reinserção na sociedade. Dentro desse sistema punitivo, destaca-se a pena privativa de liberdade como a espinha dorsal. A privação de um direito tão essencial teria o poder de intimidar a prática de novos delitos, visto que não compensaria qualquer vantagem possível de se obter por meio de um crime.

Todavia, a doutrina contemporânea pugna, na execução de uma penalidade, pela reabilitação do condenado. Tal tendência atesta, portanto, a derrocada das medidas privativas de liberdade no sistema brasileiro, tendo em vista as conseqüências maléficas oriundas do encarceramento.

2. Da pena

Conforme leciona o ilustre filósofo CESARE BECCARIA³, as penas são “*motivos sensíveis suficientes para dissuadir o espírito despótico de cada homem de novamente mergulhar as leis da sociedade no antigo caos*”. A pena é uma sanção imposta pela autoridade coatora, o Estado, ao autor de uma infração penal, para que ele não torne a cometê-la, seja penalizado pelo descumprimento de uma norma jurídica e seja reabilitado de modo a retornar ao convívio social.

As penas possuem diversas características, traduzidas em princípios importantes, presentes no momento da sua cominação, aplicação e execução, conforme análise a seguir.

O princípio basilar é o da *Legalidade*, não há pena sem prévia cominação legal (“*nulla poena sine lege*”). É uma garantia constitucional referente ao indivíduo e à coletividade.

Segundo o princípio da *Personalidade*, a pena e seus efeitos só podem atingir, exclusivamente, o condenado (CF, art.5º, XLV). Todavia, sabe-se que a pena privativa de liberdade atinge, também, de modo reflexo, a família do preso, visto que o chefe da família é retirado de suas ocupações habituais. Logo, faz-se mister, por parte do Estado, a realização de um programa de assistência social.

3 BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p.41.

A *Proporcionalidade* entre a pena e o crime fundamenta-se na idéia de retribuição. É necessário manter uma proporcionalidade entre o mal causado pelo delito e a pena a ser cominada. Não se pune igualmente o homicídio e um furto de bagatela.

Quanto à certeza de aplicação da pena, há o princípio da *Inderrogabilidade* penal, segundo o qual a pena é certa e deve ser cumprida.

De acordo com o Código Penal, as penas se classificam em: privativas de liberdade, restritivas de direito e pecuniárias. A Constituição Federal proíbe a pena de caráter perpétuo, a de trabalhos forçados, a de banimento, as cruéis e a pena de morte, salvo em caso de guerra declarada (art. 5º, XLVII).

2.1. *Evolução histórica*

A pena criminal vem acompanhando a evolução histórica e cultural da humanidade e reflete a fisionomia do regime político da época, assumindo as mais diferentes formas.

Nas eras mais remotas, a sanção penal surgiu como uma reação contra a perturbação da paz social. Vigorava a vingança privada, inicialmente, representando um castigo em retribuição individual ao mal causado e, depois, uma reação da própria coletividade em defesa de seus interesses comuns. Na Idade Antiga, o mesmo sistema foi adotado pelo Código de Hamurabi, traduzido na famigerada lei de Talião: "Olho por olho, dente por dente", gênese da idéia de proporcionalidade entre o dano e a pena.

Na Idade Média, a prática de atrocidades era justificada em razão da vingança divina, dada a forte associação do Direito à Religião naquele momento histórico.

As penas eram demasiadamente agressoras dos direitos fundamentais dos homens à vida e à integridade física e moral, uma vez que eram aplicadas as penas de morte, mutilação, açoite, banimento temporário, tortura, entre outras. Em todos os casos, o sofrimento físico e moral do condenado era demonstrado perante a população e as execuções eram realizadas em praças públicas, com o objetivo de intimidar e prevenir o crime.

A partir do século XVI, com o advento da revolução comercial e a expansão colonial marítima, as penas adquiriram uma feição diferente, surgindo o trabalho forçado. Tempos depois, a Igreja exerceu papel fundamental, dando caráter de penitência à privação da liberdade, uma vez que, anteriormente, representava apenas uma medida preventiva, adotada até o julgamento do réu.

No século XVIII, finalmente, a pena privativa de liberdade

consagrou-se como sanção penal definitiva. “Foi através das fantasmagorias da execução e da inutilidade das penas corporais, especialmente da pena de morte, que o pensamento jurídico reformador concebeu a perda da liberdade como fórmula de respeito à dignidade do ser humano e de segurança comunitária”⁴. Esta espécie de sanção penal seria capaz de restabelecer o convívio entre o condenado e a sociedade, desde que cumpridos os objetivos a que se propõe.

Todavia, atualmente, diante da situação do sistema penitenciário e do modo de execução das penas privativas de liberdade, o moderno Direito Penal, face à deficiência da prisão, vem buscando alternativas com a restrição de alguns direitos. Destarte, percebe-se uma tendência histórica de suavização da pena, isto é, cada vez mais a humanidade se preocupa com a preservação dos direitos fundamentais de todos os homens, sejam eles criminosos ou não.

2.2. As finalidades

As idéias iluministas trouxeram reflexões acerca da finalidade das penas, de sua missão, tendo sido formadas três correntes doutrinárias:

Ao sentir das *teorias absolutas* (retribucionistas ou de retribuição), o fim da pena é a retribuição pelo mal causado, sendo apenas um castigo para aquele que viola uma norma. O seu fundamento é realizar justiça e restabelecer a ordem pública ora alterada pelo delito.

Segundo as *teorias relativas* (utilitárias ou utilitaristas), o objetivo da sanção penal é a prevenção. A pena não era uma represália, mas um instrumento para ressocializar e reabilitar o delinqüente, a fim de evitar a prática de novos crimes. A prevenção pode ocorrer de quatro formas: prevenção especial negativa (evitar que o infrator pratique novo delito); prevenção geral negativa (prevenir a ocorrência de novos crimes, inibindo as pessoas a praticarem-nos); prevenção especial positiva (recuperar o indivíduo para que ele possa se reinserir na sociedade) e prevenção geral positiva (reforçar os valores comuns da sociedade). O fundamento das prevenções negativas é a intimidação. O medo desempenha um papel de grande relevância na prevenção dos delitos, sendo, portanto, indissociável da sanção penal.

As *teorias mistas* (eccléticas ou intermediárias) conjugaram as teorias precedentes, pregando que a pena serve para castigar o criminoso e também para reabilitá-lo.

4 DOTTI, René Ariel. *Bases e alternativas para o sistema de penas*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 323.

A partir do surgimento das *teorias ressocializadoras*, o Direito Penal hodierno passou a ter a devida preocupação com o condenado, sob uma perspectiva humanista. A Escola da Nova Defesa Social defendeu a idéia de que a sociedade só estará protegida se o condenado, por meio do cumprimento de uma penalidade, for adaptado ao meio social.

3. Das penas privativas de liberdade

A medida privativa de liberdade está prevista no art. 5º, XLVI, a, da Carta Magna e no art. 32, I, do Código Penal. Como o próprio nome já diz, retira do condenado o direito fundamental da liberdade, protegido constitucionalmente: "*Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal*" (CF, art. 5º, LIV). Esta espécie de pena, apesar de suas deficiências e da falência do seu sistema, constitui o núcleo central dos sistemas penais do mundo contemporâneo, principalmente nos delitos mais graves e nos casos de reincidência.

3.1. Regimes

As penas privativas de liberdade podem ser de duas espécies, de acordo com a gravidade do crime: reclusão ou detenção. Faz-se necessário observar que não há diferença ontológica entre elas, sendo, por isso, bastante criticada pela doutrina esta distinção.

A pena de reclusão é mais grave e pode ser cumprida em três regimes: fechado, aberto e semi-aberto. A de detenção é cumprida nos regimes aberto e semi-aberto.

O regime fechado é aquele de segurança máxima ou média. É aplicado quando o criminoso é condenado em mais de oito anos de prisão e cumprido em estabelecimentos prisionais (penitenciárias).

O regime semi-aberto refere-se à execução da pena em colônias agrícolas e industriais ou em estabelecimentos similares. Ocorre quando o condenado não é reincidente e o tempo de pena é entre quatro e oito anos.

O regime semi-aberto é aplicado aos criminosos primários com menos de quatro anos de prisão e cumprido em casas de albergado ou semelhantes. De acordo com a Lei das Execuções Penais, o estabelecimento deve situar-se em centro urbano e ter instalações para os serviços de fiscalização e orientação dos condenados.

Deve o juiz fixar a espécie de regime para o início do cumprimento da pena, na sentença condenatória, de acordo com as circunstâncias judiciais do art. 59, do Estatuto Penal. É possível ocorrer progressão e regressão dos regimes, de acordo com a disciplina e o comportamento do condenado, desde que atendidos certos requisitos legais.

3.2. Sistemas de execução

Existem três sistemas penitenciários clássicos, quanto ao modo de execução da pena privativa de liberdade.

O sistema da Filadélfia (pensilvânico, belga ou celular) é o mais rigoroso, visto que consagrava a prisão celular com o isolamento absoluto do preso. O condenado não tinha permissão para sair nem para se comunicar. Este sistema reflete o pensamento de sua época, pois a prisão era vista como um instrumento de disciplina das massas.

O sistema de Auburn ou auburniano teve início no séc. XIX. O condenado trabalhava em total silêncio durante o dia e à noite ficava confinado em sua cela.

No sistema progressivo (inglês ou irlandês), há três fases ou estágios, de acordo com o comportamento e o aproveitamento do preso. Há um período inicial de isolamento total, chamado de período de prova; em seguida, o condenado começa a trabalhar durante o dia; e por último, é concedido o livramento condicional. Este sistema é adotado em diversos países civilizados, inclusive no Brasil.

4. A questão da função ressocializadora das penas privativas de liberdade

É notório que, contemporaneamente, *"a execução da pena deve estar programada de molde a corresponder à idéia de humanizar, além de punir"*⁵. Desta feita, questiona-se o caráter ressocializador da medida privativa de liberdade, tendo em vista a situação caótica na qual se encontra o sistema pátrio de execução penal. Depara-se, então, com um problema político e social, não apenas jurídico.

Inúmeros são os fatores que desvirtuam a ressocialização da pena privativa de liberdade, além da própria estrutura dos estabelecimentos carcerários. O isolamento social e o convívio com criminosos depreciam a personalidade do agente e sua dignidade, tornando-o ainda mais violento e propenso a cometer novos crimes.

Não se observam programas educacionais e profissionalizantes primordiais na recuperação do condenado, nem de acompanhamento psiquiátrico e psicológico, para que lhe seja proporcionada uma vida digna. Não há uma infra-estrutura, nos estabelecimentos prisionais, capaz de comportar e acomodar os apenados de forma a cumprir os objetivos

5 MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Execução Penal – Comentários à Lei n° 7.210, de 11-7-84*. 8. ed. São Paulo: Ed. Atlas, 1997, p. 31.

propostos a uma sanção penal.

Se é um Princípio basilar do Direito Penal a proporcionalidade entre o delito cometido e a pena a ele cominada, não se pode conceber a convivência entre infratores que cometeram crimes de diferentes potenciais ofensivos. Não obstante, a realidade mostra que os detentos ficam amontoados, independentemente de classificação ou exame criminológico. Diante disso, indivíduos dotados de menor periculosidade são facilmente influenciados pelos agentes mais perigosos.

A situação agrava-se na medida em que se limitam, na realidade, um número maior de direitos senão aqueles decorrentes da privação da liberdade, contrariando o disposto no art. 3º da Lei de Execução Penal⁶. Os presos são despojados da autonomia da vontade, de privacidade e intimidade, de bens pessoais, da família e de recursos mínimos necessários à sobrevivência. Assim, potencializa-se o efeito danoso do cárcere.

A aplicação das sanções penais está regulamentada na Lei nº 7.210/84, a Lei de Execução Penal. Teoricamente, os dispositivos contidos na referida Lei são eficazes e adequam-se, perfeitamente, às aspirações de reeducação do apenado. No entanto, não é o observado na prática, diante do quadro precário existente no Brasil.

A exposição de motivos da Lei de Execução Penal⁷ sintetiza tudo o que é preciso ter em mente: *“grande parte da população carcerária está confinada em cadeias públicas, presídios, casas de detenção e estabelecimentos análogos, onde prisioneiros de alta periculosidade convivem em celas superlotadas com criminosos ocasionais, de escassa ou nenhuma periculosidade (...). Nestes ambientes de estufa, a ociosidade é a regra; a intimidade, inevitável e profunda. A deterioração do caráter, resultante da influência corruptora da subcultura criminal, o hábito da ociosidade, a alienação mental, a perda paulatina da aptidão para o trabalho, o comprometimento da saúde, são conseqüências desse tipo de confinamento promiscuo, já definido alhures como ‘sementeiras de reincidências’, dados os seus efeitos criminógenos”*.

O fim de ressocialização, destinado a criar possibilidades de participação do presidiário na comunidade, é compatível com a garantia de certas liberdades e a proteção dos direitos de seus direitos que não foram afetados pela sentença.

6 “Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela Lei”.

7 Item nº 100.

5. O trabalho prisional: a sociedade e o preso

Em seus primórdios, o trabalho penitenciário estava relacionado à idéia de vingança e castigo, assim como ocorreu com as penas. Posteriormente, o trabalho forçado foi usado como cumprimento da pena e utilizado pelo Estado para o seu próprio benefício e para o suprimento de mão-de-obra.

No mundo contemporâneo, o trabalho, por desenvolver uma função terapêutica e pedagógica, mostra-se como um mecanismo ético capaz de reeducar o criminoso e reinseri-lo na sociedade, sendo notórios os seus benefícios. Através da atividade laborativa, o condenado pode adquirir habilidades, evitar a ociosidade, conservar o seu equilíbrio físico e mental, dispor de algum dinheiro, diminuir o tempo de sua pena e adquirir expectativas para o seu futuro em liberdade.

Indubitavelmente, o trabalho é uma peça fundamental para recuperar o condenado, manter a ordem e evitar o ócio e o cultivo de pensamentos vingativos e perversos. Sem ocupação, os presos tornam-se violentos, formam grupos organizados, fabricam armas e constroem túneis para fugas.

É importante salientar que o trabalho prisional não deve ter caráter aflitivo nem doloroso, visto que de acordo com o art. 28, da LEP, a sua finalidade é educativa e produtiva. Ressalta tal dispositivo legal que o trabalho é um dos deveres decorrentes da pena, sendo, portanto, obrigatório ao preso. Ao mesmo tempo, o trabalho também é um direito social do preso e deve ser exercido na medida de suas aptidões e capacidades.

O trabalho do apenado não está sujeito às disposições da Consolidação das Leis do Trabalho (LEP, art.28, §2º), pois seu regime é de direito público, tendo em vista a falta de liberdade para contratar. Porém, o presidiário tem direito à Previdência Social. É obrigatória a remuneração, não podendo ser inferior a três quartos do salário-mínimo (LEP, art.29) e deve ser destinada à indenização pelos danos causados pelo crime, à assistência à família, a pequenas despesas pessoais e ao ressarcimento do Estado das despesas decorrentes da manutenção do condenado. Faz-se mister observar que o trabalho na prisão-albergue proporciona maiores remunerações para o sentenciado e a manutenção do condenado é menos dispendiosa para o Estado.

8 NORONHA, Magalhães. *Direito Penal*. Vol.1: Introdução e Parte Geral. 33. ed, São Paulo: Saraiva, 1998, p. 237.

6. A realidade atual do sistema carcerário brasileiro

Teoricamente, a Pena Privativa de Liberdade seria a sanção penal ideal, punindo o delinqüente, prevenindo a sociedade da prática de novos delitos e preparando o condenado a reintegrar-se na vida em sociedade. No entanto, a prática brasileira revela-se absurdamente distinta. Após uma breve análise do atual patamar de desenvolvimento do sistema penitenciário pátrio, verifica-se, definitivamente, a inexistência de ressocialização do apenado. Mostra-se inconcebível a doutrina arcaica, que entende ser a medida privativa de liberdade a única que resgata o débito do delinqüente para com a sociedade.

Os efeitos prejudiciais de uma pena reclusiva ou detentiva superam, claramente, as vantagens em sua adoção. Urge ressaltar que cárceres superlotados, incapazes de oferecer tratamento digno a um presidiário, mais se assemelham a depósitos de restos humanos, em que ocorre a corrupção e desmoralização de sua personalidade, que a estabelecimentos de reeducação e reintegração do apenado.

O atual sistema penitenciário pátrio não ressocializa; devolve, ao meio social, um infrator ainda mais violento, indignado e maléfico. Deteriora-se a expectativa de recuperação do presidiário. O Brasil possui 511 Estabelecimentos de Confinamento, com capacidade de abarcar em torno de 60 mil presos. Não obstante, existem 130 mil pessoas vivendo nestes estabelecimentos, o que representa uma diferença exorbitante. Não se pode olvidar, ainda, a grande quantidade de mandados de prisão não cumpridos por falta de vagas, o que agrava a questão maior da impunidade.

Além da superlotação, a escassez de recursos financeiros para construir e manter um presídio majora o problema do desequilíbrio entre as necessidades da sociedade e as possibilidades do sistema.

O retrato deprimente de nossas penitenciárias superlotadas, que representam, na verdade, escolas da criminalidade, está bem descrito nas palavras do médico DRAUZIO VARELLA¹⁰, o qual trabalhou voluntariamente na Casa de Detenção de São Paulo, maior estabelecimento da América Latina:

⁹ Dados obtidos na Teleconferência do Ministério da Justiça, colhidos no trabalho de DINIZ, Eduardo Albuquerque Rodrigues. *A Realidade do Sistema Penitenciário Brasileiro*, <http://www.jus.com.br/doutrina/sistpen.html>, 07 de março de 2001.

¹⁰ VARELLA, Drauzio. *Estação Carandiru*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, p. 24.

“Ambiente lúgubre, infestado de sarna, muquirana e baratas que sobem pelo esgoto. Durante a noite, ratos cinzentos passeiam pela galeria deserta (...).

Trancava tantos numa cela, que precisava fazer rodízio para dormir. Metade ficava em pé, quietinho para não acordar os outros. Na troca de turno é que aproveitava para urinar. Precisava comer pouco, porque não podia evacuar o intestino no xadrex (...).

A janela do xadrex é vedada por uma chapa de ferro fenestrada, que impede a entrada de luz. Por falta de ventilação, o cheiro de gente aglomerada é forte e a fumaça de cigarro espalha uma bruma fantasmagórica no interior da cela. Tomar banho exige contorcionismo circense embaixo do cano na parede ou na torneira da pia, com uma caneca”.

Diante de fatos estarrecedores, não há como defender que um condenado possa sair, após permanecer por certo tempo nesses ambientes, adaptado à vida social e afeito às normas de Direito. Após cumprir uma medida privativa de liberdade, os delinqüentes cultivam idéias de revolta e vingança. A mesma sociedade que lhe negou oportunidades para uma vida digna e o fez ingressar no mundo da criminalidade, fechou-lhe, mais uma vez, as portas, ao trancafiá-lo num local totalmente inadequado à sua reinserção na comunidade, depreciando o pouco de valores que lhe restavam.

Sábia revela-se a observação do douto professor DOTTI¹¹, afirmando que *“a crise da execução penal mantém vícios intoleráveis à dignidade humana”*, contrariando o preceito constitucional, estampado no art. 5º, III, da Constituição Federal, de que *“ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante”*.

7. Penas Alternativas: um caminho necessário

Diante do exposto, atestando a ruína das penas privativas de liberdade como instrumento ressocializador, ressalta-se a necessidade de mudanças na estrutura das modalidades sancionatórias do Estatuto Penal Brasileiro. Comprovou-se que, através da evolução dos sistemas repressivos, houve uma eticização, repudiando as penas cruéis e degradantes, bem como prestigiando os cuidados relativos à reinserção do apenado na sociedade.

Motivada por este ímpeto progressivo, a Reforma Penal realizada em 1984 consagrou, em nosso direito, as chamadas Penas Alternativas,

¹¹ DOTTI, René Ariel. *Op. cit.*, p. 100.

são penas restritivas de direitos, consideradas, na lição do brilhante jurista DAMÁSIO DE JESUS¹², substitutivos penais, que atendem perfeitamente aos escopos repressivo e preventivo da sanção penal, mostrando-se uma solução não apenas necessária, mas, sobretudo, adequada e eficaz.

A Lei 9.099/95 corroborou a política criminal alternativa, consagrando-a aos delitos de menor potencial ofensivo. Um dos objetivos perseguidos pelos Juizados Especiais Criminais é a aplicação de pena não privativa de liberdade, tendo em mente os inconvenientes decorrentes do encarceramento. A Lei em comento institui a transação, permitindo ao Ministério Público propor ao infrator a aplicação de pena restritiva de direitos ou multa, em troca de determinadas vantagens.

A doutrina dominante, atualmente, defende a aplicação da pena privativa de liberdade somente aos crimes mais graves, quando os infratores demonstram maior periculosidade, restando aos demais casos a adoção dos substitutivos penais. Oportuna é a lição do eminente penalista MAGALHÃES NORONHA¹³, afirmando que “a experiência sempre revelou que o cumprimento da pena carcerária de pequena duração foi muito mais maléfica ao condenado do que benéfica à sociedade”.

7.1. Espécies

O art. 43 do Código Penal Brasileiro dispõe, *in verbis*:

“Art. 43. As Penas restritivas de Direitos são”:

I – prestação pecuniária;

II – perda de bens e valores;

III – (vetado);

IV – prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas;

V – interdição temporária de direitos;

VI – limitação de fim de semana”.

Os incisos I e II foram acrescentados pela Lei 9.714/98, ampliando a incidência das Penas Alternativas. A execução de tais penas deve obedecer aos termos da Lei de Execução Penal.

A prestação de serviços à comunidade é valorada como “prestação social alternativa”, na Constituição Federal, em seu art. 5º, XLVI, d. É da maior importância, visto que a atividade laborativa, conforme demonstrado

¹² JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal*. vol. 1: Parte Geral. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 529.

¹³ NORONHA, E. Magalhães. *Op. cit.*, p. 242.

supra, é essencial instrumento na recuperação do apenado. A natureza do serviço a ser executado deve, preferencialmente, corresponder às aptidões do condenado.

As penas de interdição temporária de direitos encontram-se elencadas no art. 47 do Diploma Penal pátrio, sendo a proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandado eletivo; a proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público; suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo e a proibição de frequentar determinados lugares.

A limitação de fim de semana está regulada pelo art. 48 do Código Penal e obriga o condenado a recolher-se à casa do albergado ou outro estabelecimento similar, aos sábados e domingos, por cinco horas diárias. O apenado pode receber, durante sua permanência, cursos e palestras ou atividades educativas. No entanto, como acentua o ilustre doutrinador MIRABETE¹⁴, “*a inexistência praticamente absoluta no País de casas de albergado ou de estabelecimentos semelhantes tem inviabilizado a aplicação dessa espécie de pena*”.

7.2. Vantagens em sua utilização

Os benefícios decorrentes de sua adoção são evidentes. Em primeira análise, permite ao apenado o exercício de uma ocupação, de atividades de aprendizado e momentos de lazer, possibilitando um retorno mais proveitoso à comunidade.

Por outro lado, o delinqüente entrará em contato com pessoas estranhas ao campo da criminalidade e condizentes com as normas impostas pelo Direito. Transpondo-se o criminoso para um meio social, não mais terá ele o contato pernicioso com marginais, o que, por si só, representa uma valorização de sua personalidade e auxilia em sua reeducação. Ainda, as Penas Alternativas não ensejam a estigmatização do apenado de “*expresidiário*”, emblema que representa uma das principais barreiras à sua aceitação na comunidade e cerceia-lhe as oportunidades de iniciar um decente modo de viver. Deposita-se uma confiança na recuperação do infrator.

Uma vantagem sobremaneira importante, dada a caótica situação do sistema carcerário brasileiro, é a possibilidade da aplicação de Penas Alternativas diminuir a população nos presídios do país, bem como reduzir

14 MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Código Penal Interpretado*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 300.

o número de rebeliões e outros problemas decorrentes desta questão. É fato, ainda, a sua aplicação mostrar-se menos dispendiosa, para o Estado, uma vez que a criação e manutenção dos estabelecimentos prisionais reclamam elevados recursos financeiros.

8. Conclusão

O Direito Penal hodierno não representa mais um instituto cruel, injusto, de vingança privada, como era em tempos antigos; evoluiu no sentido de garantir sua aplicação de forma mais humana. Atualmente, a busca por essa humanização denota a necessidade da adoção de medidas alternativas, capazes de punir e recuperar um delinqüente, não se podendo mais permanecer cegamente vinculado às teorias tradicionais.

A medida privativa de liberdade, se aplicada de modo digno, como o preceituado na Lei de Execução Penal, é capaz de atender aos escopos que lhe foram propostos. Todavia, diante dos inúmeros problemas verificados nos cárceres brasileiros, a sua falência é evidente.

Logo, resta a intensificação da adoção de caminhos alternativos, através da aplicação, sempre que possível, das penas restritivas de direitos. Nas palavras do festejado sociólogo MICHEL FOUCAULT¹⁵, não se trata de punir menos, mas de punir melhor.

Recentemente, cresceram os comentários acerca da implosão de parte da Casa de Detenção de São Paulo. Esperamos que tal medida drástica signifique não um encobrimento da vergonha nacional representada pelo sistema carcerário brasileiro, mas sim um marco de um novo rumo, da adoção de um caminho mais humano e adequado na punição dos crimes.

9. Bibliografia

Livros

1. BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das Penas*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
2. DOTI, René Ariel. *Bases e Alternativas para o sistema de Penas*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 323.
3. _____. *Execução penal no Brasil: aspectos constitucionais legais*, in: Sistema Penal para o Terceiro Milênio. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1991, p. 80-101.

¹⁵ FOUCAULT, Michel. *Op. cit.*, p. 70.

4. FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir – História da violência nas prisões*. 22. ed. Petrópoles: Ed. Vozes, 2000.
5. JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal*. vol. 1: Parte Geral. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
6. MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Código Penal Interpretado*. São Paulo: Saraiva, 1999.
7. _____. *Execução Penal – Comentários à Lei nº 7.210, de 11-7-84*. 8. ed. São Paulo: Ed. Atlas, 1997.
8. _____. *Juizados Especiais Criminais – Comentários, Jurisprudência, legislação*. 3. ed. São Paulo: Ed. Atlas, 1997.
9. _____. *Manual de Direito Penal*. Vol. 1. 15. ed. São Paulo: Atlas, 1999.
10. NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*. vol. 1. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
11. ROUSSEAU, Jean – Jacques. *Do Contrato Social – Os Pensadores*. 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1987.
12. VARELLA, Drauzio. *Estação Carandiru*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

Internet

1. BITTENCOURT, César Roberto. *Penas Alternativas*. <http://www.direitopenal.adv.br>, 07 de março de 2001.
2. BRUNO, Miguel. *A crueldade das penas e o caminho para diminuição da criminalidade*. <http://www.ius.com.br/doutrina/cruelpen.html>, 07 de março de 2001.
3. DINIZ, Eduardo Albuquerque Rodrigues. *A realidade do sistema penitenciário brasileiro*. <http://www.ius.com.br/doutrina/sistpen.html>, 07 de março de 2001.
4. SOARES, Danton Luiz Batista. *Repensando o Direito Penal*. <http://www.ius.com.br/doutrina/refpenal.html>, 07 de março de 2001.
5. SOUZA, Marcus Valério Guimarães de. *A importância das penas alternativas na recuperação do apenado*. <http://www.ius.com.br/doutrina/penaalt1.html>, 07 de março de 2001.
6. VIANA, Jorge Candido S. C. *O Malefício da pena reclusiva aos delitos de pequeno porte*. <http://www.ius.com.br/doutrina/malrecl.html>, 07 de março de 2001.

A ARGUMENTAÇÃO ENTIMEMÁTICA NA CONSIDERAÇÃO DO DOLO EVENTUAL E DA CULPA CONSCIENTE

Rodrigo Vasconcelos Coêlho de Araújo
(Aluno do 5º período da graduação em
Direito pela UFPE)

Sumário: 1. Introdução; 2. A Argumentação Entimemática e a insegurança no Direito; 3. Efeitos práticos na distinção do dolo eventual e da culpa consciente; 3.1 Breves considerações sobre o dolo; 3.2 Breves considerações sobre a culpa; 3.3 A sutil diferença na distinção entre o dolo eventual e a culpa consciente; 4. O uso do Entimema pelos Tribunais na consideração do dolo eventual e da culpa consciente; 5. Conclusão; 6. Bibliografia.

1. Introdução

Os movimentos positivistas ocorridos nos séculos XIX e XX, inspirados nos ideais do Iluminismo, obtiveram como reflexo na seara jurídica a luta pelo movimento codificador do direito. Com os preceitos normativos estampados em um corpo de lei sistematizado pretendia-se elidir o julgamento arbitrário realizado pelos magistrados, os quais estavam presos a parâmetros muito tênues ou a nenhum. Conforme assevera Katharina Sobota, a grande força dessa ideologia residia no fato de que com normas explícitas o direito repousaria sobre a certeza dos silogismos (estrutura lógica desenvolvida no fim da Antigüidade). Afinal, bastaria uma adequação do fato material à norma geral para se chegar a uma conclusão precisa e clara (norma individual - sentença), em que a insegurança sobre as decisões judiciais seriam quase nulas.

Os retóricos, contudo, sempre se mostraram incrédulos em relação a essa postura. Sobota afirma que eles partiam do pressuposto de que as normas explícitas não são a estrutura principal do direito, mas apenas um dos seus vários elementos, tais como os subsistemas morais, sociais,

1 Cf. SOBOTA, Katharina. *Não Mencione a Norma!*. *Anuário do Mestrado em Direito*. Recife: [s.n.], n.07, 1995, p.251-253.

2 Idem, p.254.

religiosos, etc. Para os retóricos as decisões jurídicas levam em consideração, sobretudo, as influências externas. Ou seja, na visão retórica decidiriam-se as lides baseando-se sobretudo nos fundamentos alopoiéticos³, o que não traria a segurança pretendida pelos racionalistas.

A partir dessas duas visões antagônicas de decisão judicial, mostraremos que no atual contexto jurídico brasileiro as lides resolvem-se eminentemente através da argumentação entimemática (retórica), funcionando o silogismo hodiernamente apenas como uma técnica de apresentação. Esta realidade será tratada através de uma abordagem genérica dos conceitos de dolo e culpa, a partir do qual passaremos para a investigação específica do dolo eventual e da culpa consciente. Mostraremos que esses conceitos são aplicados erroneamente muitas vezes, não por insipiência jurídica, mas devido ao julgador se basear em elementos externos ao direito (comoção social do fato, pena da família da vítima, etc) como pressupostos fundamentais na aplicação destes institutos. Isso gera as inúmeras sentenças contraditórias e a insegurança quanto à aplicação de um ou de outro conceito, deixando a população tão ao arbítrio dos aplicadores do direito quanto em tempos remotos. Traçar uma análise crítica da argumentação entimemática como fator de insegurança no direito, e a sua utilização na aplicação do dolo eventual e da culpa consciente é, pois, o desiderato deste trabalho.

2. A Argumentação Entimemática e a insegurança no Direito

Consoante preceitua João Maurício Adeodato⁴, a origem etimológica da palavra entimema significa considerar, ponderar, refletir; o termo foi introduzido pela primeira vez na retórica por Isócrates. Do ponto de vista hermenêutico seria um tipo de silogismo (silogismo retórico), no qual o aplicador do direito não expressaria todas as premissas (normas e princípios em que se baseia) a fim de evitar truismos e repetições desnecessárias. À primeira vista, portanto, em nada afetaria a real vontade da lei. Porém, na atual argumentação judicial, normas e conceitos não são mencionados “porque isto seria embaraçoso e disfuncional”⁵. Assim, através da omissão pode-se fundamentar as decisões ocultando as inconsistências, mudar o significado dos termos legais de acordo com o caso concreto e também em

3 Para conhecer a expressão, cf. NEVES, Marcelo. *Da Alopoiense à Alopoiense do Direito*. *Anuário do Mestrado em Direito*. Recife: [s.n.], n.05, 1992, p.273-287.

4 Cf. ADEODATO, João Maurício. *O Silogismo Retórico (Entimema) na Argumentação Judicial*. *Anuário do Mestrado em Direito*. Recife: [s.n.], n.09, 1998, p.140-141.

5 Cf. SOBOTA, Katharina. *Op cit*, p.262

consonância com as valorações sociais subjacentes (interferências alopoiéticas).

Desta feita, embasado nas lições de João Maurício Adeodato⁶, podemos dizer que a norma geral do ponto de vista da argumentação entimemática só existe na ficção. Ou seja, o aplicador do direito decide os casos de acordo com as suas convicções pessoais (formação moral, religiosa, etc) e apenas vai no ordenamento jurídico procurar as normas que justifiquem a sua decisão. A partir daí ele tenta fazer uma argumentação lógica, porém, como a decisão foi tomada aprioristicamente em relação ao sistema, ele omite as normas que são contraditórias às alegadas no seu julgado e só expressa as partes da norma que estiverem em consonância com o seu pensamento.

Devido a essa maneira silogística de exteriorizar as decisões (não de decidir), os operadores do Direito provocam o que se chama a ilusão da certeza na esfera da incerteza. Tentam passar para a população a idéia de que apenas se obedece às leis, quando na verdade as decisões são baseadas em outros fatores. Como prova disso temos o grande número de sentenças contraditórias, e muitas vezes sentenças prolatadas por um mesmo juiz. Isso atesta a idéia de que as decisões judiciais se baseiam predominantemente na argumentação entimemática, pois as contradições são próprias da retórica, enquanto o silogismo se baseia na precisão e na certeza. Daí Sobota⁷ afirmar que muitos juízes pensam que aplicam silogismos, mas utilizam entimemas, pensam que obedecem à racionalidade, mas apenas obedecem às convicções pessoais. Daí porque as normas tem uma forma certa e um conteúdo relativamente incerto no direito contemporâneo.

3. Efeitos práticos na distinção do dolo eventual e culpa consciente

Diante desse clima de incertezas em relação às decisões judiciais, faz-se mister um conhecimento profundo acerca dos institutos jurídicos para poder exigir sua aplicação em conformidade com o ordenamento jurídico, sem se deixar enganar pelas argumentações entimemáticas decisórias. Em referência ao dolo eventual e a culpa consciente essa necessidade se faz ainda mais presente, pois apesar da distinção tênue, há grandes implicações práticas: a competência para julgar crimes dolosos

6 Cf. ADEODATO, João Maurício. *Op cit.*, p.150-156.

7 Cf. SOBOTA, Katharina. *Op cit.*, p.273.

contra a vida é de competência do Tribunal do Júri (Constituição Federal art. 5º, XXXVIII, d), enquanto os culposos é de juiz comum; a severidade das penas nos crimes dolosos é bem maior; além de alguns delitos não admitirem a forma culposa como ilícita (Código Penal, art.18, Parágrafo único), tornando um indiferente penal a conduta do sujeito; etc.

Para uma melhor fixação dos conceitos de crime doloso e culposo faz-se necessária uma breve consideração sobre os elementos integrantes do dolo e da culpa em geral. Assim, por uma questão didática, primeiro faremos a distinção entre o dolo direto e o dolo eventual, logo em seguida entre a culpa consciente e a culpa inconsciente. Daí por diante entraremos na sutil diferença entre o dolo eventual e a culpa consciente.

3.1. Breves considerações sobre o dolo

Consoante elucida Mirabeté⁸, existem três teorias fundamentais que indagam acerca do conteúdo do dolo: a da vontade, a da representação e a do assentimento.

A teoria da vontade afirma que age com dolo aquele que pratica uma ação consciente e voluntária desejando atingir um resultado já previsto.

A teoria da representação afirma que dolo é a simples previsão do resultado. Esta teoria, contudo, está ultrapassada. Afinal, a previsão do resultado sem a consciência e a voluntariedade da ação se torna inócua para o Direito.

A teoria do assentimento afirma que faz parte do dolo a previsão do resultado a que o agente assume o risco, não sendo necessariamente o resultado que ele queira praticar. Assim, basta a pessoa consentir em causar o resultado.

O Código Penal em seu art. 18, I, adotou a teoria da vontade para se referir ao dolo direto e a teoria do assentimento para se referir ao dolo eventual.

Para uma melhor fixação do conceito, podemos afirmar o dolo possui três *elementos caracterizadores*: a consciência da conduta e do resultado; consciência da relação causal objetiva entre a conduta e o resultado (momento intelectual) e vontade de realizar a conduta e de produzir o resultado (momento volitivo). Desta feita, para afirmarmos que houve uma atuação dolosa por parte do agente é fundamental que seu elemento subjetivo tenha se estendido acerca de todas as elementares do crime praticado. Como bem diz Damásio⁹, no caso de furto (art.155, CP) é

8 Cf. MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. 8.ed. v.1. São Paulo: Atlas, 1994, p.132.

9 Idem, p.286.

essencial que o sujeito saiba que a coisa móvel é "alheia". Analisando o dolo através de uma visão conceitual, podemos afirmar que ele se configura como o mesmo para todos os crimes. Entretanto, sua expressão varia de acordo com os elementos de cada figura delitiva, ou seja, nem todas as elementares que devem estar no campo subjetivo do agente para caracterizar o dolo no crime de calúnia (falsa imputação de crime) vão estar presentes no dolo de homicídio (matar). Porém, todas condutas dolosas para se configurarem devem ter os elementos caracterizadores.

Devido a esse traço característico e sobretudo ao art.18, I faz-se necessária a classificação das várias "espécies" de dolo, a qual nos deteremos na distinção entre dolo direto e dolo indireto. Há dolo direto quando o agente atua para atingir um objetivo determinado. Ex: o marido deseja vingar-se do amante de sua esposa e para isso lhe desfere um tiro no peito. No caso do sujeito não colimar a um resultado determinado, o dolo se caracteriza como indireto, que por sua vez é subdividido em dolo alternativo e dolo eventual. O primeiro acontece quando o sujeito deseja um dos resultados possíveis de sua conduta. Ex: O pai atira no estuprador da filha com a intenção de matá-lo ou ferí-lo. Em relação ao dolo eventual, o sujeito age a despeito do resultado que prevê, e mesmo não o desejando, aceita-o. Podemos sintetizar afirmando que ele prefere assumir o risco de provocar o resultado a interromper sua conduta. Ex: **Um homem indo para o trabalho vê o trânsito interrompido por manifestantes. Decide, pois, acelerar o carro e "furar" o bloqueio independente do que aconteça à integridade física dos manifestantes. Como bem podemos notar, a distinção entre dolo eventual e dolo direto não exige grandes esforços.**

3.2. Breves considerações sobre a culpa

De uma maneira bem sintética, podemos afirmar que o crime culposos seria aquele em que o agente através da prática de uma conduta consciente e voluntária pratica um resultado ilícito indesejado, porém previsível, e *excepcionalmente previsto*, o qual poderia com a obediência aos cuidados necessários ser evitado. Mirabete¹⁰ apresenta cinco elementos para a caracterização do crime culposos: a) a conduta; b) a inobservância do dever de cuidado objetivo; c) o resultado lesivo involuntário; d) a previsibilidade; e) a tipicidade.

O primeiro elemento, a conduta, no delito culposos é analisada sob um prisma diferente em relação à conduta do crime doloso. Neste a conduta

10 Cf. MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Op cit.*, p.138.

é reprovada em virtude de se dirigir a um determinado desiderato ilícito, enquanto a conduta culposa é reprovada em virtude de sua maneira inadequada de se portar. Assim podemos afirmar que enquanto no crime doloso o desvalor está no resultado, no crime culposo o desvalor está na própria ação, que se mostrou imprópria.

O segundo elemento para a caracterização da culpa é a inobservância do dever de cuidado objetivo. Na atual situação de complexidade social em que nos encontramos, nossas condutas por qualquer deslize podem provocar danos a terceiros. O Direito, contudo, sabendo da dificuldade de caracterizar o que seja cuidado, estipula normas para orientar as condutas humanas. Assim são estabelecidas as normas de velocidade de veículos automotores, as normas de equipamentos de segurança, etc. Portanto, a simples desobediência a essas normas (que na maioria das vezes configuram contravenção penal) já caracteriza a inobservância do dever de cuidado. Entretanto, conforme salienta Damásio de Jesus¹¹, não há necessidade de a conduta inicial constituir contravenção. Ex.: limpar arma de fogo e esta acidentalmente disparar contra terceiro. A inobservância do dever de cuidado objetivo apresenta três formas de manifestação: negligência, imprudência e imperícia. A negligência se caracteriza pela displicência do sujeito, configura um ato negativo do agente que devendo tomar as cautelas necessárias, não o faz. Ex.: não trancar o armário onde guarda as armas, possibilitando assim o uso por uma criança que vem a matar outra. A imprudência se caracteriza pela precipitação, pela autoconfiança do agente, sendo um ato positivo. Ex.: Dirigir com sono. Já a imperícia, conforme salienta Magalhães Noronha¹², é a falta de conhecimento para o exercício de determinada profissão, arte ou ofício. Ex.: o médico que realiza uma cirurgia a qual não tem conhecimentos suficientes para realizá-la. A imperícia pressupõe, entretanto, sempre a habilidade para o exercício da profissão. Portanto, caso a atividade seja exercida fora do exercício da profissão (médico não diplomado), a conduta será imputada ao agente sob a forma de imprudência ou negligência. Temos que ressaltar que essas três formas de manifestação não precisam estar separadas, podendo ocorrer simultaneamente. Ex.: o motorista que não troca as pastilhas do freio e imprime velocidade excessiva, é ao mesmo tempo negligente e imprudente.

O terceiro elemento integrante da culpa é a previsibilidade. Configura-se necessário o agente no delito culposo praticar o crime sem prever que tal evento ocorreria. Contudo, essa previsão poderia ser alcançada tranqüilamente pelo homem prudente, por essa razão se diz que

11 Cf. JESUS, Damásio de. *Direito Penal*. 22.ed. v.1. São Paulo: Saraiva, v.1, 1999, p.295.

12 Cf. NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*. 29.ed. v.1. São Paulo: Saraiva, v.1, 1991, p.140.

a culpa é a imprevisão do previsível. Vale lembrar que o único caso de culpa em que o agente prevê a ocorrência do resultado é a culpa consciente, que logo mais trataremos.

O quarto elemento é o resultado lesivo involuntário, que se caracteriza um pouco como parcela de "azar", afinal caso o sujeito não tivesse causado o dano, sua conduta não chegaria a se constituir em crime. Assim, para a caracterização do crime culposo é necessária a realização de um dano efetivo, podendo-se concluir que o delito culposo não admite a tentativa.

O quinto elemento é a tipicidade, que se caracteriza como a prática de um fato descrito em uma norma penal incriminadora. Nos crimes culposos, ela é um pouco mais rígida que a existente nos crimes dolosos. Afinal, diferentemente do crime doloso em que basta o sujeito querer realizar a conduta do tipo, no crime culposo além da presença dos seus requisitos próprios, é necessário que o tipo contenha expressamente a admissão da modalidade culposa, de acordo com o que preceitua o art. 18 - parágrafo único, do Código Penal.

Da mesma forma que o dolo, a culpa também abrange várias espécies tais como a culpa própria, imprópria, consciente e inconsciente. Para fins desse trabalho, analisaremos apenas as duas últimas. A culpa consciente e a culpa inconsciente (comum) preenchem as mesmas características acima mencionadas, a única distinção está na nota da previsibilidade. Na culpa inconsciente o agente não faz a previsão do seu resultado, embora este seja plenamente previsível. A culpa inconsciente se opera através da negligência, imprudência ou imperícia. Ex.: Enfermeira na hora de ministrar medicamento a uma paciente, aplica por engano o remédio errado, causando a morte da vítima. Já na culpa consciente o resultado tem a previsão do agente, porém ele espera, levemente, que o resultado não ocorra ou que conseguirá evitá-lo. Ex.: Um arqueiro famoso, desejando demonstrar suas habilidades, coloca uma maçã acima da cabeça do filho para atingi-la com sua flecha. Ele sabe dos riscos, porém confia tanto em sua técnica que acredita que jamais poderá errar o alvo. Contudo, comete o erro e vem a matar seu filho.

Assim como a distinção entre o dolo eventual e o dolo direto não apresenta grandes dificuldades, o mesmo procede na diferenciação entre a culpa consciente e a culpa inconsciente. A grande questão está na diferenciação entre o dolo eventual e a culpa consciente, nosso próximo objeto de análise.

3.3. A sutil diferença entre o dolo eventual e a culpa consciente

A distinção entre o dolo eventual e a culpa consciente sempre foi um tema bastante controvertido dentro do direito penal. A grande causa da

confusão reside no fato de que ambos tem um traço em comum: a previsibilidade do resultado e não ter o agente praticado essa conduta apenas para causar o resultado previsto. Primeiramente, elucidaremos as opiniões de alguns autores, para logo após demonstrarmos as nossas considerações a respeito do tópico.

Aníbal Bruno¹³ salienta que a culpa com previsão (culpa consciente) representa um passo a mais da culpa simples para o dolo. E termina por dizer que é uma linha quase imponderável que a delimita do dolo eventual.

Mirabete¹⁴ afirma que culpa consciente e dolo eventual estão em uma zona fronteira, porém não se misturam. Na culpa consciente o agente embora preveja o resultado, não o aceita como possível. Já no dolo eventual o agente apesar de ter a previsão do resultado, não se importa que ele venha a ocorrer.

Nelson Hungria¹⁵ apresenta a sua distinção baseado nas chamadas "fórmulas de Frank". A primeira se chama "teoria hipotética do consentimento", por ela a previsão do resultado só caracterizaria o dolo caso o agente tivesse a certeza de que a previsão se concretizaria e ainda assim não interrompesse sua conduta. A segunda fórmula é a "teoria positiva do conhecimento", por ela, se o agente disser a si mesmo que aconteça o que acontecer ele continuará na conduta, está caracterizado o dolo eventual.

Para Francisco de Assis Toledo¹⁶ a diferenciação básica entre o dolo eventual e a culpa consciente é que nessa segunda modalidade não se deseja o resultado e sequer se cogita de assumir risco. O agente tem a previsão do resultado e possui a certeza de que irá evitá-lo, o que não ocorre por erro de cálculo ou execução.

A partir da análise dos ilustres penalistas, podemos afirmar que na culpa consciente há uma previsão negativa de que o evento não se realizará, enquanto no dolo eventual há uma previsão positiva, no sentido de que o resultado poderá acontecer. Essa distinção é de uma importância fundamental, pois o dolo jamais poderá ser expresso de forma aproximativa ou negativa. Caso o agente confie plenamente na sua técnica ou na boa fortuna, de maneira a fazer uma previsão negativa (de impossibilidade de ocorrência do resultado), ocorreu o caso típico de culpa consciente. Ou seja, apenas a previsibilidade do resultado não é suficiente para a perfeita

13 BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense, Tomo 2º, 1967, p.52

14 MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Op cit.*, p.143.

15 HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 5.ed.v.1, Tomo II, Rio: Forense, p.113.

16 TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p.302.

caracterização do dolo eventual e da culpa consciente, sendo necessário levar em conta a atitude mental do agente acerca dessa sua previsibilidade de ocorrência do resultado lesivo.

Desse modo, ao analisar a atitude mental do agente para verificarmos a ocorrência do dolo eventual, devemos fazer a seguinte pergunta: *A previsão positiva do resultado foi mais fraca que o valor que o sujeito emprestava à ação?* Caso a resposta seja afirmativa, se o agente entre desistir da ação e praticar um resultado lesivo a outrem preferiu a segunda hipótese, podemos concluir que ele agiu por *egoísmo*, caracterizando o dolo eventual. Ex.: Ao verificar a ocorrência de uma barreira policial, um homem, que esqueceu a carteira de habilitação em casa, resolve não atender ao chamado dos policiais que acenavam para ele parar o carro, pois não queria em hipótese alguma pagar a multa. Daí acelera o carro bruscamente, pois está disposto a fugir custe o que custar. Na fuga, um policial é atropelado e logo em seguida ao acidente vem a falecer.

Entretanto, se o valor negativo do resultado era para o agente mais forte que o valor positivo que emprestava à ação, de forma que apenas fez uma projeção errada. Cometeu um erro apenas por um erro de cálculo, pois tinha a absoluta certeza de que o resultado não se efetivaria devido a sua habilidade. Assim, quando o agente agir por *levianidade*, por uma falta de reflexão suficiente; e não por *egoísmo*, está caracterizada a culpa consciente. Ex: Um adestrador de elefantes, com experiência profissional de muitos anos, realiza um número na qual ele ordena que o animal levante a pata e a pessoa se deite embaixo desta. Dada a sua experiência em adestramento não vê a menor possibilidade de ocorrer acidente em virtude do animal abaixar a pata sem sua ordem. Um dia, porém, o animal o desobedece e abaixa a pata, esmagando a vítima e matando-a.

Logicamente, a aplicação prática dos conceitos do dolo eventual e da culpa consciente nos processos penais não se opera da mesma forma que no plano teórico, pois é um trabalho muito árduo descobrir a verdadeira atitude mental do agente no momento em que foi cometido o delito. Muitas vezes, repousa uma grande dúvida se o agente aceitou o risco do resultado, devendo nesses casos ser aplicada o princípio *in dubio pro reo*, a favor da culpa consciente.

4. O uso do Entimema pelos Tribunais na aplicação do dolo eventual e da culpa consciente

Consoante explanado adrede, a argumentação entimemática se caracteriza como aquela em que o aplicador do direito não explicita as premissas (normas, princípios, requisitos de institutos) maiores dos

silogismos pretensamente utilizados na decisão judicial. Essas premissas, entretanto, não são omitidas apenas para evitar truísmos e repetições desnecessárias. Conforme bem assevera João Maurício Adeodato¹⁷, o entimema é usado para ocultação de inconsistências do sistema, possibilidade de modificação do significado alegado da norma para adaptá-lo ao caso concreto e aplicação das “valorações sociais subjacentes”. Assim, esse tipo de argumentação seria ideal para que os aplicadores do direito pudessem decidir de acordo com suas convicções pessoais (moral, religião, etc) e fundamentá-las de acordo com as normas jurídicas. Ou seja, decidiriam utilizando o entimema e apresentariam a decisão utilizando o silogismo. Desta feita, a argumentação entimemática não seria plausível em relação ao ordenamento jurídico, mas perfeitamente plausível em relação aos sentimentos do julgador. Demonstraremos, a partir de agora, exatamente como os Tribunais estão decidindo as lides que envolvem a dúvida sobre o dolo eventual e a culpa consciente através do uso do entimema. Assim, poderemos verificar que ao mesmo tempo em que os pressupostos desses dois institutos são relegados em detrimento das convicções pessoais dos julgadores, forma-se a insegurança e a incerteza no tocante às decisões judiciais.

No Brasil, o trânsito vem se tornando um grave problema social. Este fato pode ser constatado pelo vasto número de mortes, feridos e danos materiais que surgem em decorrência de colisões de veículos e de atropelamentos. Devido a esses fatores, há uma pressão social muito forte em relação à elaboração de leis rigorosas e de julgamentos mais severos em relação a esses delitos. Esta é a razão porque a jurisprudência, inclusive a do Supremo Tribunal Federal, tem levado mais em consideração essa “pressão” do que a correta aplicação do dolo eventual e da culpa consciente.

Conforme os ensinamentos de Edmundo Júnior¹⁸, nos crimes de trânsito o elemento fundamental que se deve indagar a fim de elidir a dúvida entre o dolo eventual e a culpa consciente é o risco que a conduta trouxe para o próprio agente. Afinal, torna-se muito difícil um motorista, em perfeitas condições mentais, ser indiferente à sua morte e a de pessoas queridas (pais, primos, amigos, namorada) em acidente que prevê como possível, tal como uma ultrapassagem forçada ou sem a total visibilidade. Indubitavelmente, nesses casos o agente não espera que o desastre venha a ocorrer.

17 Cf. ADEODATO, João Maurício. *Op cit.*, p.150-156

18 Cf. JUNIOR, Edmundo. *O Código Penal em Exemplos Práticos*. 2.ed. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2000, p.67.

Entretanto, a ação mais perigosa e irresponsável no tocante aos crimes de trânsito são os “*rachas e pegas*” (competição de carros, pilotados na maioria das vezes por jovens de classe média e rica, que desenvolvem alta velocidade em vias urbanas). Em diversas oportunidades, de forma previsível, acontecem acidentes trágicos. A partir daí, a sociedade passa a exigir punições severas para os jovens infratores, num espírito semelhante ao de vingança. Ao aplicador do direito, notadamente ao magistrado, cabe afastar-se do sentimentalismo e da revolta da população para se ater a critérios eminentemente jurídicos. Não se pode partir de premissas absolutamente arbitrárias como a de que todo *racha* merece ser punido com o dolo eventual por ser uma conduta deplorável. O verdadeiro jurista tem de buscar o perfil dos participantes dessas competições, pois só após uma investigação psicológica destes jovens se poderá chegar à conclusão de que assumiram o risco do acidente ou se realmente acreditaram que aquele resultado previsível jamais iria concretizar-se. A psicóloga Onete Ramos Santiago¹⁹ analisou o perfil dos competidores dos *pegas*: “O jovem nessa idade está em fase de formação de sua identidade. Está também numa fase de onipotência e de auto-afirmação muito grande, que o impede de enxergar seus limites ou as dificuldades existentes. Para ele tudo pode, nada vai acontecer. *Rachas*, altas velocidades, cavalos de pau, ultrapassagens arriscadas, nada significa risco. Em nome dessa necessidade maior (sua auto-afirmação e uma vontade muito grande de ter poder, seja perante os amigos ou perante as meninas que quer conquistar) fica cego até aos avisos mais internos de sua auto-preservação e sobrevivência, e vai com tudo”.

Para atestarmos o uso do entimema (silogismo retórico) como técnica de decisão judicial tendente a “enlarguecer” o conceito de dolo eventual, analisaremos um caso de delito de trânsito ocorrido no Rio Grande do Sul e a posição do Supremo Tribunal Federal acerca deste. O episódio ocorreu assim: três rapazes apostaram e empreenderam uma corrida de automóveis pela estrada que liga as cidades gaúchas de Rio Grande e Pelotas. A certa altura, um dos competidores não pôde evitar que o seu carro colidisse violentamente com outro que vinha em sentido contrário, resultando a morte do casal que nele viajava, enquanto o automobilista era levado, em estado gravíssimo, para um hospital, onde só várias semanas depois conseguiu recuperar-se. Denunciados os três rapazes, vieram a ser pronunciados como co-autores de homicídio doloso, pois teriam assumido anteriormente o risco das mortes ocorridas. Posteriormente, a 1ª turma do Supremo Tribunal Federal²⁰ indeferiu por unanimidade, neste processo de

19 Cf. SANTIAGO, Onete Ramos. *O Perfil do Jovem Motorista*. *Jornal O Estado*. Florianópolis, SC, 07/11/1995.

20 HC 71800, rel. Ministro Celso de Mello, DJ 03/05/1996.

grande repercussão, o pedido de *habeas corpus* através do qual era pretendida a desclassificação de homicídio doloso para homicídio culposo. O indeferimento pelo STF teve o seguinte fundamento: “ A conduta social desajustada daquele que, agindo com intensa reprovabilidade ético-jurídica, participa, com seu veículo automotor, de inaceitável disputa automobilística em plena via pública, nesta desenvolvendo velocidade exagerada- além de ensinar a possibilidade de reconhecimento de dolo eventual, inerente a esse comportamento do agente- justifica a especial exasperação da pena, motivada pela necessidade de o Estado responder, grave e energeticamente, à atitude de quem, em assim agindo, comete os delitos de homicídio doloso e de lesões corporais”.

Vemos na decisão, ora exposta, uma severidade extremada. Afinal, se os jovens tivessem anuído previamente na ocorrência do acidente, teriam admitido, eventualmente, a possibilidade da perda de suas próprias vidas, o que é inaceitável. Logicamente, os jovens previram a ocorrência do resultado, porém confiaram na boa fortuna e afastaram qualquer hipótese de um evento danoso vir a ocorrer. Interpretação diversa chegaria à conclusão de que eles estariam competindo, *in mente*, estupidamente para o próprio suicídio.

Com o devido respeito, discordamos da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, que se trata de argumentação eminentemente entimemática, e não técnica. Podemos verificar que em momento algum a decisão fez a correspondência entre os requisitos do dolo eventual com os fatos ocorridos, ou seja, o julgamento se esquivou de comentar se os jovens realmente assumiram o risco do acidente ou confiaram na boa fortuna de que o resultado previsto realmente não aconteceria. Essa omissão dos requisitos do dolo eventual não ocorreu simplesmente para evitar truísmos, mas para evitar as inconsistências da decisão e fazer vâler as “valorações sociais subjacentes”. Afinal, como fundamento maior para a caracterização do dolo eventual foi utilizado o argumento de que se tratava de uma conduta social desajustada com intensa reprovabilidade ético-jurídica e que o veículo automotor estava desenvolvendo alta velocidade. Ora, ambos argumentos não são suficientes para a caracterização do dolo eventual, pois há inúmeras condutas sociais desajustadas que sequer constituem infração penal, além de que a excessiva velocidade não caracteriza se o agente assumiu o risco do evento danoso ou se confiou plenamente que tal não iria ocorrer. A decisão judicial deve levar em conta eminentemente o perfil psicológico do agente. Portanto, podemos verificar uma tendência de julgamentos muito mais baseados na plausibilidade dos sentimentos e demais valorações sociais (moral, vontade popular, religião, etc) do que propriamente na técnica jurídica.

5. Conclusão

Diante do exposto, podemos concluir que a fundamentação jurídica das decisões judiciais está baseada em opiniões relativamente indefinidas. Essa afirmação é ainda mais notada no tocante às decisões em relação a matérias imprecisas e obscuras, que são julgadas de acordo com as convicções pessoais dos magistrados e não em obediência ao ordenamento jurídico. Desta forma, verificamos claramente que a preocupação fundamental dos magistrados, notadamente nos delitos de trânsito, não reside em perquirir sobre perfil psicológico do agente para aplicar conforme os ensinamentos jurídicos os conceitos de dolo eventual e a culpa consciente, mas condenar as condutas sociais desajustadas de acordo com sua visão individual. Assim, vemos que nos acidentes de trânsito resultantes dos “rachas” e “pegas” há a tendência de se aplicar o conceito de dolo eventual independente de outras indagações.

São exatamente através desses *topoi* vagos e indeterminados, como o caso do dolo eventual e da culpa consciente, que a argumentação entimemática através de suas premissas implícitas passa para o segundo plano o discurso jurídico e revela a real importância dos fundamentos alopoiéticos decisórios.

Desta feita, o princípio fundamental do Direito Penal da certeza dos crimes e das penas, Princípio da Reserva Legal (Constituição Federal, art. 5º XXXIX- Não há crime sem lei anterior que a defina, nem pena sem prévia cominação legal) vai deixando de cumprir o seu desiderato por causa da argumentação entimemática. Assim, devido à excessiva utilização do entimema, postulados como a unidade do ordenamento jurídico, a objetividade da lei e a imparcialidade do juiz funcionam apenas como estratégias discursivas, havendo uma verdadeira insegurança quanto às decisões judiciais, como bem vimos nos casos de delitos de trânsito no tocante à aplicação do dolo eventual e da culpa consciente.

6. Bibliografia

1. ADEODATO, João Mauricio. *O Silogismo Retórico (Entimema) na Argumentação Judicial*. Anuário do Mestrado em Direito. Recife: [s.n.], n.09, 1998.
2. BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*. Tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 1967.
3. HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1955.
4. JESUS, Damásio de. *Direito Penal*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

5. JUNIOR, Edmundo. *O Código Penal em Exemplos Práticos*. 2. ed. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2000.
6. MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1994.
7. NEVES, Marcelo. *Da Autopoiese à Alopoiese do Direito*. Anuário do Mestrado em Direito. Recife: [s.n.], n.05, 1992.
8. NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.
9. SANTIAGO, Onete Ramos. *O Perfil do Jovem Motorista*. Jornal O Estado. Florianópolis, SC 07/11/1995.
10. SOBOTA, Katharina. *Não Mencione a Norma!*. Anuário do Mestrado em Direito. Recife: [s.n.], n.07, 1995.
11. TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

OS ARTS. 461 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E 84 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, EXCEÇÕES AO PRINCÍPIO DE SER A SENTENÇA RESTRITA AO PEDIDO: *PRINCÍPIO DA CONGRUÊNCIA*

Raíssa Maria Barbosa Maggi (aluna do 5º período da graduação em Direito da UFPE)

Sumário: 1. Introdução; 2. Do art. 460 do CPC: princípio da congruência; 3. Da nova redação do art. 461 do CPC e o artigo 84 do CDC; 3.1. do artigo 461 do CPC; 3.2. do art. 84 do CDC; 3.3. dos direitos protegidos pela norma contida no artigo 461 do CPC; 4. Os artigos 461 do CPC e 84 do CDC constituem exceção ao princípio da congruência; 5. Do princípio da efetividade; 6. Conclusão; 7. Bibliografia.

1. Introdução

Trata-se de estudo voltado para uma abordagem à exceção ao princípio contido no art. 460 do CPC – princípio da congruência – do qual se extrai ser defeso ao juiz julgar *ultra* ou *extra petita*, resumindo-se a sentença estritamente ao pedido.

Constatar-se-á a relevância conferida pela nova redação ao artigo 461 do CPC e 84 do CDC, constituindo tais artigos exceções ao citado princípio, não ficando, em consequência, a sentença, em certas hipóteses, restrita ao pedido pleiteado pela parte.

Neste estudo serão formalizadas algumas considerações sobre os art. 461 do CPC e 84 do CDC que autorizam o juiz a conceder a tutela específica da obrigação ou o resultado prático equivalente ao do adimplemento. Destaca-se a possibilidade de em ambos os dispositivos o juiz fixar a multa ou determinar as chamadas medidas necessárias de ofício para que se consiga a tutela específica ou o resultado prático equivalente. A reflexão leva a concluir não se tratar de uma ofensa ao princípio da congruência entre o pedido e a sentença, mas uma exceção ao princípio, prevista pelo legislador competente, face à preocupação, em nível mundial, com a efetividade da prestação jurisdicional.

2. Do art. 460 do CPC: princípio da congruência

O processo, revestido de uma conotação eminentemente teleológica, sempre voltado para o resultado a obter-se, tem por conceito ser o conjunto de todos os atos necessários para obtenção de uma providência jurisdicional.

Imbuído de sua missão, o processo se desenvolve para atingir seu objetivo – a **prestação jurisdicional**. Esta geralmente apresentada sob a forma de sentença, caracterizando o ato final e culminante do processo. Dessa forma, não há o que temer ao afirmar que o processo é uma preparação da sentença, configurando nesse ato a atividade jurisdicional exercida pelo Estado.

Na trilha desse pensamento, encontra-se a sentença, fazendo parte do rol dos atos praticados pelo juiz em sua atividade jurisdicional. Ao defini-la, prescreve o art. 162, § 1º, tratar-se de ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa. Consoante Chiovenda, sentença é a provisão do juiz que, recebendo ou rejeitando a demanda do autor, afirma a existência ou inexistência de uma vontade concreta de lei que lhe garanta um bem ou vontade de lei que garanta um bem ao réu.

A sentença deve ser precisa, limitada, certa. “Deverá traduzir certeza, como ato de inteligência ou como ato de vontade. Por ela se dirimem questões e se resolve quanto ao pedido, donde ser incompatível com a dúvida.”²

Para ser precisa, deve a sentença conter-se nos limites do pedido. Duas normas impõem essa limitação: “O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte” (art. 128 do CPC); “É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado” (art. 460 do CPC). Justifica-se, assim, a sentença ter a necessidade de ser precisa, limitada ao pedido do autor. Afastada dessa orientação, decidindo *ultra* ou *extra petita*, estará contaminada de vício, que afeta sua eficácia. Não poderá a sentença ir além do pedido (*ultra petita*), nem fora (*extra petita*), ou seja, decidir sobre coisa não pedida. Nos dois casos, verificado o vício, a sentença

1 Chiovenda, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. 1. Tradução de J. Guimarães Menegale. São Paulo: Editora Saraiva, 1969, p. 158.

2 Santos, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 1.ed. V.4. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 437.

será ineficaz e nula.³

Dessa forma, percebe-se que, dentre os princípios norteadores do processo, destaca-se o **princípio da congruência**, alicerçado nas duas normas acima citadas – arts. 460 e 128 do CPC. Por esse princípio, qualquer decisão, ordem ou sentença, sempre dependerá do pedido da parte e terá de a ele adequar-se para acolhê-lo ou não. Nota-se, assim, que a sentença ficará restrita ao que foi pedido, confirmando o que dispõem os arts. 460 e 128 do CPC.

3. Da nova redação do art. 461 do CPC e o artigo 84 do CDC

3.1. do artigo 461 do CPC

Com a Reforma do Código de Processo Civil em 1994, o art. 461 ganhou uma nova redação, voltada para a criação de uma ação especial sob o nome de **tutela específica da obrigação de fazer ou não fazer**. O legislador de 1994 criou um provimento especial de processo de conhecimento para esse tipo de tutela.⁴ O art. 461 do CPC não tutela só a obrigação negocial como também o dever decorrente da lei, com dimensão suficiente para abranger todas as obrigações específicas ocorrentes na vida das pessoas.⁵ Em 1990, dois diplomas legais valeram-se da sugestão contida no Anteprojeto de 1985 do CPC: um, o Estatuto da Criança e do Adolescente; outro, o Código de Defesa do Consumidor, que em seu art. 84, disciplinou também a tutela específica das obrigações de fazer e não fazer.

Dessa maneira, dispõe o art. 461 do CPC que “na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático ao do adimplemento.” Reza o mesmo artigo, em seu §1º, que “a obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.” Em relação à indenização por perdas e danos, esta se dará sem prejuízo da multa (art. 287), conforme o § 2º do art. 461 do CPC.

3 Sentença *ultra* ou *extra petita* poderá ser objeto de ação rescisória, incidindo a norma prevista no art. 485, inciso V, do CPC.

4 Marinoni, Luiz Guilherme. *A Antecipação da tutela*. 4.ed., revista e ampliada. São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p. 75-76.

5 Dinamarco, Cândido Rangel. *A Reforma do Código de Processo Civil*. 2.ed., revista e ampliada com a nova disciplina do Agravo. São Paulo: Malheiros Editores, 1995, p. 149.

Por sua vez, o § 3º, prevê que “sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada.” O § 4º estabelece que “o juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, **independentemente de pedido do autor**, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito. Ainda lança o art. 461, em seu § 5º, que, “para efetivação da tutela específica ou para obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial.”

O que se percebe é que, com a incursão do art. 461 do CPC em nosso sistema legal, permitiu-se aos cidadãos terem a sua disposição instrumentos processuais adequados para a tutela de seus direitos, enfim, uma tutela jurisdicional para prevenir-se do ilícito. O cerne desse artigo é proporcionar a quem tem direito à situação jurídica final que constitui objeto de uma obrigação específica precisamente aquela situação jurídica final que ele tem o direito de obter. Isso é uma paráfrase à conhecida máxima chiovendiana segundo a qual “na medida do que for praticamente possível, o processo deve proporcionar a quem tem um direito tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de obter.”

Consoante os ensinamentos do mestre Marinoni, a esse tipo de tutela a qual está se tratando deve denominar-se **tutela inibitória**, semelhantemente ao direito italiano onde existem tentativas de se pôr em relevo uma tutela inibitória atípica.

A tutela inibitória objetiva prevenir o ilícito, impedindo sua prática, continuação ou repetição. Não está voltada a uma reparação do dano. Caracteriza-se por ser direcionada ao futuro. A inibitória, embora se empenhe a fazer cessar o ilícito, não perde sua natureza preventiva, por não ter só a função de reintegrar ou reparar o direito violado.

A tutela inibitória funciona através de uma decisão ou sentença que impõe um não fazer ou um fazer, conforme a conduta ilícita temida seja de natureza omissiva ou comissiva. Esse não fazer ou fazer deve ser imposto

6 Cândido Dinamarco. *Op. cit.*, p. 149.

7 Marinoni, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória (individual e coletiva)*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998, p. 29.

sob pena de multa, o que permite identificar o fundamento normativo-processual dessa tutela nos artigos 461 do CPC e 84 do CDC.

O legislador pretendeu com o art. 461 criar uma ação em que o conhecimento e execução se misturassem, tornando possível a tutela do direito sem precisar de uma ação de execução.

3.2. do artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor

Por sua vez, o artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor foi um dos precursores deste novo tipo de tutela – tutela inibitória –, servindo de inspiração à nova redação do artigo 461 do CPC, ambos com o objeto das obrigações de fazer ou não fazer, asseguradores de um resultado prático equivalente ao do adimplemento.

Nota-se também que o art. 84 do CDC apoia a possibilidade da tutela inibitória pura para **qualquer direito difuso ou coletivo**, embasando essa assertiva em seu art. 90 que determina aplicar às ações ajuizadas com base no CDC as normas da Lei de Ação Civil Pública e do Código de Processo Civil.

“A tutela inibitória coletiva pura tem sido utilizada com certa frequência, sendo significativo o seu uso nas ações que, visando à proteção ao meio ambiente impedem, v.g., que uma fábrica que ameaça agredir o meio ambiente inicie as suas atividades.”⁸

“Se é verdade que cresce em importância, nos últimos tempos, a reparação específica do dano ecológico, e que é necessária a responsabilização, ainda que **pelo equivalente, daquele que agride o meio ambiente, o certo é que não se pode admitir, no campo do direito ambiental, a troca da tutela específica e preventiva do bem tutelado pela tutela ressarcitória, sob pena de admitir-se, implicitamente, uma lógica perversa, que justificaria o cínico ‘poluo, mas pago’**”¹⁰.

Um grande exemplo que existe, quanto à utilização da tutela inibitória, no âmbito da proteção ao consumidor, é no que tange ao uso das cláusulas abusivas. Essas têm como definição serem notoriamente desfavoráveis à parte mais fraca no contrato e, portanto, ao **consumidor**.

Segundo a dicção do artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor,

⁸ O professor Nelson Nery Jr., em sua obra – *Código de Processo Civil comentado e legislação processual em vigor*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 671 – segue o entendimento de que a execução específica da obrigação de fazer ou não fazer, constante de sentença transitada em julgado ou de título executivo extrajudicial, deve seguir o rito estabelecido pelos arts. 632 e ss do CPC – posição que não se adequa a finalidade da norma.

⁹ Marinoni, Luiz Guilherme. *Op. cit.*, p. 78.

¹⁰ Marinoni, Luiz Guilherme. *Op. cit.*, p. 79.

são entre outros direitos do consumidor “a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como **contra práticas e cláusulas abusivas** ou impostas no fornecimento de produtos e serviços” (inciso IV), e “a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos” (inciso VI).

Como reconhece Nelson Nery Jr., “a proteção contra cláusulas abusivas é um dos mais importantes instrumentos de defesa do consumidor, importância que se avulta em razão da multiplicação dos contratos de adesão, concluídos com base nas cláusulas contratuais gerais.”¹¹

Os artigos 83 e 84 do Código de Defesa do Consumidor, consolidados na idéia de que o consumidor tem o direito de ser protegido, mediante a tutela preventiva contra o uso das cláusulas abusivas, seguindo os ensinamentos do Professor Marinoni, “permitem que se diga que os legitimados à tutela coletiva (art. 82, do CDC) podem propor ação para inibir o uso de cláusulas gerais abusivas.” E continua o Professor: “o artigo 84 deixa clara a possibilidade de o juiz impor a multa para dar efetividade à tutela inibitória, seja ela final ou antecipatória. A tutela inibitória, portanto, também no campo das relações de consumo, é um instrumento da mais alta importância para a efetividade dos direitos do cidadão.”¹²

3.3. dos direitos protegidos pela norma contida no artigo 461 do CPC

O artigo 461 do CPC tutela todas as situações que necessitam de uma tutela preventiva, “ainda que nenhum ilícito anterior tenha sido praticado.”¹³ A tutela preventiva é intrínseca ao Estado de Direito, garantida ainda pelo art. 5º, inciso XXXV, da Constituição da República. Admite-se, então, a tutela não só do direito à posse ou à propriedade, ou contra atos do poder público, mas também aos direitos não-patrimoniais, como maior exemplo, citam-se os direitos da personalidade.

A situação é visivelmente grave quando se trata dos direitos que não podem ser tutelados através do ressarcimento em pecúnia. “Não admitir a tutela preventiva quando em jogo direitos não-patrimoniais é admitir a expropriação desses direitos, transformando-se o direito ao bem em direito ao ressarcimento ou, em outras palavras, em simples pecúnia.”¹⁴

11 Nery Jr., Nelson. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. São Paulo: RT, 1995, p. 296.

12 Marinoni, Luiz Guilherme. *Op. cit.*, p. 99.

13 Marinoni, Luiz Guilherme. *Op. cit.*, p. 47.

14 Marinoni, Luiz Guilherme. *Op. cit.*, p. 63.

A ação inibitória é essencial para a efetividade da tutela dos direitos não-patrimoniais, como o da personalidade, à higidez do meio ambiente. "A tutela destes direitos, sem dúvida, depende de um tipo de provimento que permita a imposição de meios coercitivos capazes de convencer o obrigado a não fazer ou a cumprir uma obrigação de fazer infungível."¹⁵

Registre-se que a tutela inibitória é o melhor caminho para proteção desses direitos, por atuar de forma a garantir a atuação do interesse específico que se invoca.

"A Constituição brasileira, que funda um Estado social, é marcada por direitos sociais, como o direito à saúde, o direito à educação, etc, direitos que, podendo ser tutelados de forma difusa ou coletiva, podem exigir a tutela inibitória."¹⁶

4. Os artigos 461 do CPC e 84 do CDC constituem exceção ao princípio da congruência

Como explicitado, a sentença é o termo que põe fim à relação processual, esgotando-se a função do juiz. Decide-se de acordo com o pedido formulado pelo autor. A partir daí, incidem seus efeitos declaratórios, constitutivos e condenatórios, conforme a doutrina tradicional.

Observou-se no início da exposição que a sentença deve restringir-se ao pedido formulado pelo autor, sendo proibido ao juiz julgar *ultra* ou *extra petita*. Depois dessa reflexão, notou-se que os artigos 461 do CPC e 84 do CDC mostram situações em que é conferido ao juiz poderes suficientes para que possa atuar não se restringindo ao pedido do autor e, portanto, desobedecendo ao princípio da congruência entre pedido e a sentença.

Os artigos 461 do CPC e 84 do CDC dão ao juiz a possibilidade de fixar a multa ou de determinar as medidas necessárias de ofício para que se obtenha a tutela específica ou o resultado prático equivalente. "É possível pedir-se apenas o cumprimento da obrigação derivada sob pena de multa, deixando-se de lado a obrigação originária, ou até mesmo solicitar-se a tutela da obrigação derivada mediante o uso das medidas executivas do § 5º do art. 461, quando já se estará (nesta última hipótese) fora do âmbito da tutela inibitória e dentro do círculo da tutela de remoção de ilícito.

15 Marinoni, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*. 4.ed., revista e ampliada. São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p. 70.

16 Marinoni, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória (individual e coletiva)*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998, p. 63.

Quando o autor pede a tutela da obrigação derivada, ele requer, na realidade, a tutela que implica um resultado prático que o satisfaz e que, portanto, é equivalente ao resultado que teria se a obrigação originária houvesse sido voluntariamente observada. Assim, por exemplo, se 'A' pede que 'B' pare de poluir o meio ambiente, a tutela jurisdicional se refere à obrigação originária; mas se 'A' pede que 'B' seja obrigado a instalar um filtro (que não seria sua obrigação originária), já está sendo postulada a tutela que conferirá ao autor um resultado equivalente ao do adimplemento da obrigação originária."¹⁷

É importante registrar que se deve optar pelo meio mais adequado para atingir-se a efetividade da tutela, trazendo concomitantemente menores restrições possíveis ao réu. Almejado, portanto, é um fazer ou um não fazer capaz de prevenir o ilícito.

Além do mais, o § 4º do art. 461, ao afirmar que "o juiz poderá impor multa ao réu, **independentemente de pedido do autor**", deixa evidente que o art. 461 fugiu da regra geral de que a sentença deve conter-se nos limites do pedido do autor. Esses artigos autorizam a conversão de uma obrigação em outra em nome da efetividade da tutela dos direitos. Repita-se, eles conferem ao juiz a autorização de "quando o fazer requerido não é suficiente para a tutela do direito, a ordenar o fazer ou o não fazer que se afigure adequado à efetiva proteção do direito."¹⁸ Percebe-se, portanto, que os artigos 461 do CPC e 84 do CDC constituem, **sim**, exceção ao princípio de que a sentença não pode decidir fora do pedido.

O escopo dos artigos 461 do CPC e 84 do CDC é conceder um resultado prático equivalente ao do adimplemento. E se para obtê-lo, tiver o juiz a necessidade de deixar de atender ao pedido formulado pelo autor, assim fá-lo-á. Defende-se a idéia de o juiz ter em mãos esse poder decisório capaz de garantir a adequada e efetiva tutela do direito.

Diante de todo o exposto, fica constatado, seguindo uma das grandes lições de Arruda Alvim, quanto aos artigos 461 do CPC e 84 do CDC, que "**não se segue a regra geral** (principalmente, arts. 128 e 460, 1ª frase) **de que qualquer decisão, ordem ou sentença, sempre depende do pedido da parte e haverá de a este se cingir para o respectivo acolhimento ou não**"¹⁹ (grifos nossos).

17 Marinoni, Luiz Guilherme. *Op. cit.*, p. 104-105.

18 Marinoni, Luiz Guilherme. *Op. cit.*, p. 125.

19 Arruda Alvim, José Manoel. *Código do Consumidor Comentado*. São Paulo: RT, 1995. p. 402.

5. Do princípio da efetividade

Hodiernamente, a preocupação maior da ciência processual é dar **efetividade ao processo**. Essa problemática está vinculada ao fator tempo, visto que a demora não permite a tutela efetiva do direito almejado.

Seguindo os ensinamentos do processualista Munhoz Soares²⁰, “processo efetivo é aquele apto a entregar, com o máximo de proveito e adequação, a tutela jurisdicional a quem, por meio do processo, resulte merecedor da resposta do Estado-juiz, aproximando-se ao máximo da realização que o direito material atribui a quem o titularize.”

Apontam-se as causas da inefetividade do processo como a demora da prestação, o custo do processo, pois, o que se busca é o bem da vida tutelado de maneira mais célere. Dessa forma, não resta ao operador do direito criar senão alternativas “no terreno movediço das liminares satisfativas” para alcançar o resultado desejado.

A tutela específica das obrigações de fazer e de não fazer com a possibilidade de cominação de uma pena de multa são alguns dos exemplos de como se pode chegar a tal fim. Como foi demonstrado, a dicção do artigo 461 do CPC e, da mesma maneira, a do art. 84 do CDC permitem não só ao juiz dar ordens e conceder tutela antecipatória, mas também admitir que o juiz, de ofício, imponha multa diária visando ao adimplemento. Esse poder conferido ao juiz, portanto, é de grande importância para a efetividade da tutela inibitória. Queda-se, dessa forma, demonstrada a importância da tutela inibitória no que tange à efetividade das situações alcançadas por esse instituto.

“Para a efetividade da tutela dos direitos não basta a ação cautelar, também é necessária uma ação que permita a realização do direito com base em cognição sumária. Para que seja possível a tutela jurisdicional de um direito que precisa ser realizado de forma urgente é necessário um **procedimento acelerado** (grifos nossos), a cognição sumária, o provimento mandamental e os meios coercitivos necessários para a efetivação do enunciado sentencial, aí incluída a pena de prisão por descumprimento de ordem judicial, intensamente empregada no direito anglo-americano.”²¹

Por fim, as modificações inseridas na Reforma do CPC deixam evidentes o princípio da efetividade com o fim de proporcionar ao jurisdicionado um processo adequado, com a possibilidade de assegurar de forma concreta, e não apenas “teórica”, os seus direitos.

20 Soares, Rogério Aguiar Munhoz. *Tutela jurisdicional diferenciada – tutelas de urgência e medidas liminares em geral*. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 68.

21 Marinoni, Luiz Guilherme. *Efetividade do Processo e tutela de urgência*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1994, p. 58.

6. Considerações finais

Seguindo o pensamento desenvolvido, observou-se que a lei processual em seu artigo 460 rege que é defeso ao juiz proferir sentença de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu a quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado. Assim, a sentença deve ser certa e precisa, decidindo, o magistrado, dentro do pedido, e nunca, *ultra* ou *extra petita*.

Em outro turno, foi registrada uma das grandes novidades da Reforma de 1994 do CPC, o art. 461, com sua revolucionária redação, como também a do art. 84 do CDC. Esses artigos dispõem sobre a tutela específica das obrigações de fazer ou não fazer sob pena de cominação de multa diária ao réu caso não haja as devidas providências que assegurem o resultado prático equivalente ao adimplemento. Vale ressaltar que esse mecanismo utilizado por esses artigos serve para dar maior efetividade à tutela dos direitos protegidos, que, em muitas das vezes, são os direitos da personalidade, à higidez do meio ambiente alcançados por esse instituto.

A partir dessa análise, ficou demonstrado o poder conferido ao juiz para converter uma obrigação em outra, objetivando o resultado prático equivalente ou a remoção do ilícito, fundamentando tal argumento no § 4º do 461 do CPC como também do 84 do CDC “**independentemente do pedido do autor**” (grifos nossos). Fica evidenciada a exceção do princípio que a sentença deve restringir-se ao pedido formulado pelo autor.

Nesses termos, os artigos 461 do CPC e 84 do CDC excepcionam a regra da congruência entre o pedido e a sentença, o que decorre da tomada de consciência de que a tutela jurisdicional deve proporcionar, na medida do possível, a tutela específica dos direitos, evitando-se, principalmente nos casos de direitos não-patrimoniais, a insatisfatória saída pela via da técnica ressarcitória. Que se repita a paráfrase da máxima de Chiovenda ao afirmar “que a idéia central que está na base das normas de que nos ocupamos é proporcionar a quem tem direito à situação jurídica final que constitui objeto de uma obrigação específica precisamente aquela situação final que ele tem o direito de obter.”²²

7. Bibliografia

1. ALVIM, José Manoel Arruda. *Código do Consumidor Comentado*. São Paulo: RT, 1995.

22 Marinoni, Luiz Guilherme. *A tutela inibitória (individual e coletiva)*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998, p. 122.

2. Dinamarco, Cândido Rangel. *A Reforma do Código de Processo Civil*. 2.ed., revista e ampliada com a nova disciplina do Agravo. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.
3. Greco Filho, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 9.ed. atualizada. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1995.
4. Marinoni, Luiz Guilherme. *A Antecipação da tutela*. 4.ed., revista e ampliada. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.
5. _____ *Efetividade do processo e tutela de urgência*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1994.
6. _____ *Tutela inibitória (individual e coletiva)*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998.
7. Santos, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 1. ed. V.4. Rio de Janeiro: Forense, 1976.
8. Soares, Rogério Aguiar Munhoz. *Tutela jurisdicional diferenciada – tutelas de urgência e medidas liminares em geral*. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

The lithographic process is a method of printing in which the image to be printed is drawn on a stone or metal plate with a greasy substance. The plate is then treated with a solution of potassium dichromate and sulfuric acid, which causes the greasy areas to become insoluble in water. The plate is then inked, and the ink is transferred to a sheet of paper by means of a damp cloth. The paper is then pressed against the plate, and the ink is transferred to the paper, forming the printed image.

The lithographic process is a method of printing in which the image to be printed is drawn on a stone or metal plate with a greasy substance. The plate is then treated with a solution of potassium dichromate and sulfuric acid, which causes the greasy areas to become insoluble in water. The plate is then inked, and the ink is transferred to a sheet of paper by means of a damp cloth. The paper is then pressed against the plate, and the ink is transferred to the paper, forming the printed image.

The lithographic process is a method of printing in which the image to be printed is drawn on a stone or metal plate with a greasy substance. The plate is then treated with a solution of potassium dichromate and sulfuric acid, which causes the greasy areas to become insoluble in water. The plate is then inked, and the ink is transferred to a sheet of paper by means of a damp cloth. The paper is then pressed against the plate, and the ink is transferred to the paper, forming the printed image.

The lithographic process is a method of printing in which the image to be printed is drawn on a stone or metal plate with a greasy substance. The plate is then treated with a solution of potassium dichromate and sulfuric acid, which causes the greasy areas to become insoluble in water. The plate is then inked, and the ink is transferred to a sheet of paper by means of a damp cloth. The paper is then pressed against the plate, and the ink is transferred to the paper, forming the printed image.

Lithography

The lithographic process is a method of printing in which the image to be printed is drawn on a stone or metal plate with a greasy substance. The plate is then treated with a solution of potassium dichromate and sulfuric acid, which causes the greasy areas to become insoluble in water. The plate is then inked, and the ink is transferred to a sheet of paper by means of a damp cloth. The paper is then pressed against the plate, and the ink is transferred to the paper, forming the printed image.

The lithographic process is a method of printing in which the image to be printed is drawn on a stone or metal plate with a greasy substance. The plate is then treated with a solution of potassium dichromate and sulfuric acid, which causes the greasy areas to become insoluble in water. The plate is then inked, and the ink is transferred to a sheet of paper by means of a damp cloth. The paper is then pressed against the plate, and the ink is transferred to the paper, forming the printed image.

The lithographic process is a method of printing in which the image to be printed is drawn on a stone or metal plate with a greasy substance. The plate is then treated with a solution of potassium dichromate and sulfuric acid, which causes the greasy areas to become insoluble in water. The plate is then inked, and the ink is transferred to a sheet of paper by means of a damp cloth. The paper is then pressed against the plate, and the ink is transferred to the paper, forming the printed image.

DO PROCESSO DE EXECUÇÃO NO DIREITO LUSITANO ATÉ AS ORDENAÇÕES DOS REIS

Reynaldo de Abreu Dutra (Aluno do 10º Período da Graduação em Direito da UFPE)

Sumário: 1. Introdução; 1.1. Etimologia; 1.2. Conceito; 2. Sinopse Histórica; 2.1. O Direito Romano; 2.1.1. Manus Injectio; 2.1.2. Pignoris Capió; 2.1.3. Actio Iudicati; 2.1.4. Bonorum Venditio; 2.1.5. Distractio Bonorum; 2.1.6. Bonorum Cessio; 2.1.7. Pignus In Causa Iudicati Captum; 2.2. O Direito Medieval; 3. A Origem Visigótica do Antigo Direito Público Português; 4. Do Processo de Execução no Direito Lusitano até as Ordenações dos Reis; 5. Conclusão; 6. Bibliografia.

1. Introdução

Ao surgir a oportunidade de realizar este trabalho, confesso que pensei sobre a utilidade de me empenhar na feitura do mesmo. Ora, em tempos de globalização, de avanços tecnológicos, de incessantes buscas pelo novo, pelo moderno, por que incursionar pelos meandros da História, à procura de um Direito caduco e ultrapassado?

Felizmente, não passou de uma efêmera ilusão. Ao navegar por estes “mares nunca d’antes navegados”, tive a grande felicidade de, não só perceber meu erro, típico do jovem estudante, ainda imaturo, como também de aprender com ele. Posto que, nesta viagem que empreendi, assim como aquela realizada pelos Patrícios em suas frágeis caravelas, o lucro resultante deste “investimento” foi absolutamente fabuloso, revelando riquezas incomensuráveis, de inestimável valoração.

É bem verdade que tal trabalho não se propõe a ser uma dissecação de todos os textos relativos a todos os séculos de produção e evolução jurídica da Humanidade. Impossível seria! Antes, desejamos colaborar humildemente na condução de seu entendimento, a despeito das limitações que o tema impõe.

Como se um pequeno brilho do Cruzeiro do Sul fôssemos, intentamos guia-lo(a) numa breve viagem no tempo, iniciando o estudo com o grandioso Império Romano, passando pelo medievo e desembocando no

magnífico direito luso, onde derradeiramente iremos descobrir, através da leitura de textos antigos, a origem do nosso próprio direito.

Esperando que esta leitura lhe proporcione, no mínimo, o mesmo prazer e ganho de conhecimentos que me proporcionou, desejo-lhe boa viagem pelo pequeno mar de palavras adiante ofertado, pois parafraseando os antigos navegadores lusos, viver não é preciso, entender o nosso Direito é preciso.

1.1 Etimologia

Para os estudos dos diversos ramos do saber, e não só do Direito em especial, faz-se, não absolutamente necessário, mas oportuno um breve estudo etimológico do vocábulo utilizado, que seria, por assim dizer, a palavra central neste nosso trabalho. Assim, concentraremos nosso pensar no entendimento da palavra *executar*.

Na etimologia, *executar* é ir extra, é seguir até onde se quer.¹ Quando falamos em execução ou ação executiva, devemos *entender* que tal, constitui-se no ato de subtrair algo de um determinado patrimônio, o do devedor, e levar para diante, somando a outro patrimônio, qual seja, o do credor.

Deve-se, todavia, evitar o uso da palavra “executar” ou “execução” para darmos entendimento ao cumpra-se, à ordem, à aplicação da lei. Assim, “executar” mandado, ordem, ou lei, é termo impróprio, não condizente com a exatidão terminológica que o direito exige e, portanto, impreciso.

A execução é, pois, o ato culminante do processo; da atividade jurisdicional em seus múltiplos aspectos; da satisfação dos interesses em conflito; e, até, do sentido ético que deve ser a base imprescindível de qualquer organização social, segundo o clássico terceiro conceito de Ulpiano: *jus suum cuique tribuere*, ou seja, “dar a cada um o que é seu”.

1.2 Conceito

A *execução* é o atendimento ao enunciado que se contém na sentença se esse enunciado não é, em si mesmo, bastante.

1 MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio – São Paulo: Ed. Forense, 1992. p. 4.

2 MIRANDA, Pontes de. *Op. cit.*, p. 4.

3 LIMA, Alcides de Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. VI. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1990. p. 4.

4 MIRANDA, Pontes de. *Op. cit.*, p. 9.

Originariamente, apenas era permitida como decorrência das sentenças. Assim era como se dava no direito romano. Com o passar do tempo, e por conseguinte, pela multiplicação dos títulos executivos, o conceito de execução tornou-se mais geral, abrangendo duas situações: a) a do título judicial; e b) a do título extrajudicial. Tal fenômeno teve influência decisiva para a autonomia do processo executivo, que deixou de ser exclusivamente vinculado a dado ato jurídico, ou seja, uma sentença, estendendo-se a outros atos jurídicos, embora não judiciais, isto é, os títulos extrajudiciais.

A execução é o meio de impor, juridicamente, o cumprimento de uma obrigação legal ou contratual. Busca-se ainda, por meio da execução, evitar-se violência pessoal contra o devedor.

A sentença extrai sua força executiva de si mesma.

O título extrajudicial, ao revés, não possui força executiva em si mesmo, mas somente por que a lei lhe outorga tal privilégio.

A garantia do credor da solvência da obrigação está, *moralmente*, na palavra ou no compromisso do devedor exarado no título; mas, *legalmente*, está na força executiva que ao próprio título o direito confere.

2. Sinopse histórica

Para melhor entendermos o Processo de Execução no Brasil, faz-se necessário um estudo da fonte na qual o legislador pátrio sorveu os conhecimentos imprescindíveis à elaboração do nosso Código de Processo Civil, qual seja, em sua grande maioria, o direito luso.

Neste nosso estudo sobre o processo de execução no direito português até as Ordenações dos Reis, é, se não mais, em igual medida importante, o estudo dos ordenamentos que o precederam e o fundamentaram, para uma satisfatória compreensão do direito português. Para tanto, apresentamos trecho, extraído do livro de Fernando Mendes: "...Vejamus agora de que cogitam os cinco livros das Ordenações Afonsinas. Bem que, nêles muita remissão se apresente verdadeiramente embaraçosa, a nós outros viventes deste século; bem que, outrossim, suscitem elas dificuldades até mesmo aos que se habituaram a compulsá-las; bem que finalmente, sua linguagem, hoje em desuso, assiste alguns e a outros se depare com mero motivo de curiosidade, é preciso amá-las, como algo que, sendo ainda nosso, revive no que nossa atualização supõe ser tudo quanto nos diz respeito, i. é, o Código Civil Brasileiro. (...)"

5 LIMA, Alcides de Mendonça. *Op. cit.*, p. 4

6 LIMA, Alcides de Mendonça. *Op. cit.*, p. 10

“Tenhamos, entretanto, para ler quaisquer Ordenações uma atitude que as faz adequadas ao cenário e à época em que se produziram. Somente assim, aliás, podemos perceber-lhes os tesouros ocultos e, de bom grado, esquecer os engastes que nelas apontam como frutos de uma civilização a que não pertencemos, mas à qual devemos o estádio a que chegamos.”

2.1 Direito Romano

Pela preponderante ascendência na civilização ocidental, quer evidentemente na neolatina, como, outrossim, na anglo-saxônia, e, até, na eslava, o Direito Romano é, indiscutivelmente, a mais antiga e mais sólida base, onde repousam os nossos institutos jurídicos. E apesar da natural evolução, ao longo de todos estes séculos percorridos pela humanidade, desde o advento daquela ordem jurídica até nossos dias, ainda é nos vetustos ordenamentos romanos que o atual Direito Processual Civil, assim como os demais ramos, aprofunda suas mais longevas tradições. O processo executivo, como é óbvio, sendo parte daquele, tem, igualmente, no multissecular direito, a gema de seus princípios, de suas disposições e de sua estrutura fundamental. À época, o inadimplemento de uma obrigação, rompendo a palavra empenhada para o cumprimento do dever assumido, ensejava medidas drásticas e violentas contra a pessoa do devedor e não contra o seu patrimônio, que, curiosamente, era absolutamente intangível para os credores.

Os meios executivos romanos serão, agora, sucintamente elencados.

2.1.1. *Manus injectio*

Tem sua origem na Lei Decenviral ou Lei das XII Tábuas. Consistia na possibilidade de, passados 30 dias da condenação por sentença, o devedor, ou *iudicatus*, poder ser levado a juízo pelo credor, até por meios violentos.

Assim, ou o devedor pagava a dívida ou conseguia um terceiro que a solvesse. Caso contrário, o credor acorrentaria o devedor em prisão domiciliar (*addictus*) apregoando o débito em três feiras sucessivas, objetivando a liquidação por parentes ou amigos. Em não ocorrendo, o credor poderia matar o devedor ou vendê-lo como escravo. Se, porém,

7 ALMEIDA, Fernando H. Mendes de. *Ordenações Filipinas – Ordenações e Leis do Reino de Portugal Recompiladas por Mandato d’El Rei D. Filipe, o Primeiro*. Vol. 1. São Paulo: Ed. Saraiva, 1966, p. 16.

8 LIMA, Alcides de Mendonça. *Op. cit.*, p. 23

existissem muitos credores, tinham estes o direito de repartir, proporcionalmente ao seus respectivos créditos, o produto da venda do devedor ou esquartejar o seu corpo. No entanto, a *Lex Poetelia*, no século V, vedou a prisão, a morte e a venda do devedor, dando início a uma transformação dos meios executivos, perdendo o caráter pessoal para o real.

2.1.2. *Pignoris capio*

Perecendo ter sido a primeira modalidade romana de execução patrimonial, não recaindo, pois, sobre a pessoa do devedor, mas, ao contrário, sobre seu patrimônio.

Nesta modalidade, o credor apreendia os bens do devedor na presença de três testemunhas, sem que fosse necessária a presença do adversário ou do magistrado. Aqui, o credor não podia dispor ou alienar o bem apossado. Era antes uma forma de, coativamente, persuadir o devedor. Ao credor somente se permitia a destruição dos bens, salvo se a dívida viesse a ser saldada, quando então, os bens seriam devolvidos ao devedor.

2.1.3. *Actio iudicati*

Era uma nova ação, necessária para a execução da sentença condenatória de execução em dinheiro⁹. Via de regra, findava com o reconhecimento pelo devedor do *quantum* cobrado. Assim, o devedor evitava que a dívida fosse cobrada em dobro, caso sua defesa fosse julgada improcedente.

2.1.4. *Bonorum venditio*

Aqui, todos os bens do devedor, uma vez arrecadados, eram administrados pelo *curator bonorum*, escolhido pelos credores; depois, tais bens eram vendidos pelo *magister*, em hasta pública. O comprador (*emptor*) passava a ser considerado sucessor universal do devedor, como se este houvesse morrido. Entretanto, o comprador não adquiria a propriedade civil dos bens, mas tão somente, a propriedade pretoriana, que poderia converter-se naquela mediante usucapião.

2.1.5. *Distractio bonorum*

Nesta fórmula, surgida nos primeiros tempos do Império e, aplicada

⁹ LIMA, Alcides de Mendonça. *Op. cit.*, p. 24

principalmente quando o devedor pertencesse à ordem senatorial, somente se apreendiam e se vendiam os bens que bastassem ao pagamento da dívida, desde que houvesse o consentimento dos demais credores e fosse nomeado um *curator bonorum* para administrá-los. Posteriormente este sistema generalizou-se em favor de qualquer devedor, independentemente da classe social a que pertencesse.

2.1.6. *Bonorum cessio*

O devedor, voluntariamente, entregava os seus bens aos credores, embora lhe fosse permitido adquirir, depois do abandono espontâneo, bens necessários a sua subsistência (*beneficium competendiae*).

Se a venda de seu patrimônio não solvesse integralmente as dívidas, o devedor continuava responsável pelo saldo.

2.1.7. *Pignus in causa iudicati captum*

Foi o mais alto grau de evolução no direito romano, podendo ser apontado o procedimento como a origem da moderna executoriedade por expropriação.

A apreensão era feita até o limite da satisfação do débito, a requerimento do credor, pelo *apparitores*, que correspondiam aos nossos Oficiais de Justiça. Tal garantia dava preferência ao credor que a intentasse em relação aos demais. Se, no entanto, houvesse concurso de credores, desaparecia a regra *prior tempore, potior iure* (primeiro no tempo, mais forte no direito) para incidir o princípio de *par conditio creditorum* (condição de paridade, igualdade entre os credores).

2.2. *Direito Medieval*

Neste período da Humanidade, os povos de origem germânica, ainda em estágio rude e primitivo se comparados aos romanos, sobrepujaram estes. Mas o triunfo militar daqueles “bárbaros” não teve o condão de inibir o levante cultural da civilização romana. Assim, a partir do século XI da Era Cristã, passou a ser novamente estudado.

Como síntese das duas correntes, a “bárbara”, que se impunha pela força material; e a romana, que se impunha pela força cultural, surgiu uma situação inédita: a sentença diretamente executável, sem dependência, a rigor, de qualquer outra atividade. Tratava-se da *executio parata* ou execução aparelhada, na qual o credor deveria submeter sua pretensão ao exame judicial, em procedimento contraditório, sendo julgada procedente ou improcedente.

“Entretanto, a *actio iudicati* não resolvia o impasse para todas as hipóteses de execução, pelos defeitos de que padecia para atingir conclusão célere por instaurar um novo processo, praticamente igual àquele no qual fora proferida a sentença. Ficaria reservada para os casos excepcionais (liquidação de sentença; cobrança de juros após o julgamento; execução fora do juízo em que foi dada a sentença, etc.). Para, que seriam os normais, daí por diante, concebeu-se a execução *per officium iudicis*. (...)

Duas formas, assim, passou a ter a execução: a *sumária*, normal, por via da *imploratio officium iudicis* e; a ordinária, a excepcional, por via da *actio iudicati*. Formulou-se, assim, a célebre expressão: *‘sententia habet paratam executionem’*, ou seja, dentro do sentido da alocação, a execução pelo juiz sem necessidade de novo processo de conhecimento posterior à prolação da sentença, indispensável à sua executoriedade.”¹⁰ Apenas a sentença, portanto, é que autorizava o processo executivo.

Todavia, o florescimento da relações mercantis gerou a necessidade da cobrança de dívidas antes mesmo do reconhecimento judicial, desde que aparentassem verdadeiras, como se as sentenças já as houvesse reconhecido.

Os instrumentos lavrados perante o tabelião – *iudex chatularius* – (*instrumenta, guarentigiata* ou *confessionata*), equiparados à confissão do devedor e atribuindo-se-lhes os mesmos efeitos do que prestado em juízo, foram revestidos de proteção judicial: equívalem, por mera ficção, à própria sentença e, ensejavam, pois, execução.

A execução baseada em sentença era bastante simplificada, em virtude da força derivada da coisa julgada, entendendo-se até que a citação para a execução era dispensável, restringindo-se as impugnações do executado a poucos atos, como, v.g., arguição de nulidade da sentença.

Assim, o resultado a que se chegou foi a equiparação, para os efeitos executivos, do instrumento à sentença; esses instrumentos gozavam da mesma execução aparelhada própria da sentença. Não obstante, havia uma diferença entre a execução promovida por sentença e a que tinha por fundamento simples instrumento: é que, na primeira, o pedido do credor estava amparado pela coisa julgada sobre a existência do seu direito, o que reduzia as possíveis defesas do executado à arguição de nulidade da sentença, ou do pagamento posterior à sentença, ao passo que, na segunda, permanecia íntegra a possibilidade do executado defender-se por todos os meios. Por conseguinte, com o passar do tempo, diferenciaram-se

¹⁰ LIMA, Alcides de Mendonça. *Op. cit.*, p. 29-30.

novamente a execução em dois casos: no primeiro, que se apresentava como simples prosseguimento da ação, reduzidas eram as oportunidades em que o executado podia defender-se; no segundo, admitia-se, ao contrário, verdadeira *ação executiva* com prazos especiais para discussão da defesa do executado.¹¹ Este sistema espalhou-se pela Europa, migrando da Itália para Alemanha e França, e então, para os demais países da Europa Central e Ocidental, entre os quais, evidentemente, estava Portugal.

3. A Origem Visigótica do Antigo Direito Público Português

A origem visigótica do antigo direito público português, ainda transparece nas Ordenações Afonsinas. É a tese que, após acurados estudos, hoje prevalece em Portugal.

É sabido que o Código Visigótico inspirou-se em grande parte nas leis romanas, não chegando, entretanto, a ter denominação oficial, sendo as mais conhecidas "*Lex Romana Visigothorum*", "*Corpus Legum Visigothorum*", "*Codex de Theodosiani legibus atque sententii iuris vel diversis liris electus*".

Afirmar, todavia, a origem visigótica do direito público português não é negar o influxo romanista. Por igual, aludir a essa influência nas Ordenações Afonsinas não é negar aquela. Compreende-se que nem seria razoável fazê-lo, sabendo haver entre os direitos romanos e visigótico certa conexão não somente histórica, mas também de fatal e recíproca interpretação.¹²

4. Do Processo de Execução no Direito Lusitano até as Ordenações dos Reis

Com o êxito militar sobre os mouros, os reis portugueses não tardaram a voltar suas vistas para o problema da reorganização civil em terras de sua soberania. Já sob Afonso III, criaram-se os magistrados régios, destinados a julgar, nas regiões portuguesas, "onde os nobres laboravam em erros e injustiças".¹³ Ao longo do tempo, operou-se a transição do regime dos forais para o da codificação das leis gerais, a qual originou, por fim, a feitura das Ordenações, desde as Afonsinas até as Filipinas, nas quais encontraremos, dentre outras, a matéria do nosso estudo, qual seja, o processo de execução.

11 LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de Execução*. 2 ed. São Paulo. Ed. Saraiva, 1963. p. 11.

12 ALMEIDA, Fernando H. Mendes de. *Op. cit.*, p. 20

13 ALMEIDA, Fernando H. Mendes de. *Op. cit.*, p. 26

As Ordenações Filipinas, Livro I, Título 78, § 12, ainda possuíam resquícios do título que se levava ao juiz para ser reconhecido *in iure*. Tratando-se das escrituras, aludia a “quaisquer (outros) contratos e convenças, que se fizeram entre as partes, posto que as ditas escrituras de consentimento das partes, por *maior firmeza*, se hajam de julgar per sentença de alguns julgadores”. Ato judicial constitutivo integrativo da forma, *per modum voluntariae iurisdictionis*. Os juristas portugueses discutiam se era da sentença ou do título que nascia a pretensão de executar.

Na Península Ibérica, o processo de execução nasceu sumaríssimo, se é que assim podemos dizer. Começou com a *prenda privada* (execução própria), até que, provavelmente antes do século XI, judicializaram-se o arresto e a penhora. Lei de Afonso II (Ordenações Afonsinas, Livro IV, Título 9, § 1) exigiu a prova prévia, isto é, a cognição (*in verbis*: “*outro senon aquel que poder provar que he seu deuidor ou fiador. E aquel al fazer seia peado em quinhentos soldos e correga o dano ao que recebeo*”).

Na execução dos instrumentos, as Ordenações Filipinas, no Livro I, título 78, § 12, exigiam prévio julgamento “por sentença de alguns julgadores”, algo de juízo *in iure*. Isto mostra que se ligava a eficácia executiva das “escrituras de consentimento das partes” ao caráter judicial que tiveram os depois chamados notários ou tabeliães. Os juristas dos séculos anteriores viam em tal sentença algo de sentença prejudicial, de “condenação de preceito como confitentes” e, finalmente como sentença declarativa *prévia*.

Nas Ordenações Filipinas, Livro III, Título 86, § 15, já se dizia: “Disseram os Sabedores antigos, que compilaram as Leys Imperiaes, que, se o Reo he condenado em alguma auçam real, ou pessoal, que entregue alguma cousa certa ao vencedor deve-lhe o Juiz da execuçam assinar termo de dez dias a que a entregue; o qual termo passado, se a nam entregar, deve-lhe ser tomada forçosamente per a Justiça, segundo o caso requerer, sem mais ser a parte condenada para ello citada”. A assinação é na própria sentença, que se *intima*. Se a omitiu o Juiz, pode, de officio, fazê-lo, ou atender à parte que o reclame. Não se precisava de nova citação, porque não se trata de *actio iudicati*. Findo os dez dias, tirava-se a carta de posse, depois dito *mandado de imissão*, não se podendo aumentar, diminuir ou prorrogar o prazo.

Quanto à figura do fiador, as Ordenações Filipinas afastaram-na, em seu Livro III, Título 92, bem como em seu Livro IV, Título 59, a litisconsorcialidade verdadeira do fiador na ação de execução se não foi litisconsorte na ação de condenação.

Quanto à *legitimação passiva* para a ação de execução, as Ordenações Filipinas, Livro III, Título 25, § 10, diziam que a ação só se entendia “nas próprias pessoas”.

No que tange à competência do juiz para promover a execução, há de se entender duas possibilidades: a execução compete ao juiz da ação; caso haja bens em local diverso da competência territorial, haveria de se enviar cartas precatórias executórias. “Silvestre Gomes de Moraes, falando sobre o “estilo e praxe do reino”, em que fazia explícita referência às Ordenações Filipinas, Livro III, Título 86, esclarecia: aqui se concebia a deprecação a quem quer que fosse apresentada a carta de sentença, cometendo-lhe a própria cognição das exceções. Mas este estilo não era mais do que a regra jurídica da competência para a ação *iudicati*. O direito do credor com garantia hipotecária deve respeitar o direito real, caso em que, se não há o respeito, tudo é nulo. Se o exequente arrematou e não depositou o restante preço deduzindo o que corresponde ao seu crédito, desfaz-se a arrematação, e a própria carta de arrematação, que sobrevenha é nula, conforme os ensinamentos de Manuel Gonçalves da Silva, em sua obra “*Commentaria ad Ordinationes Regni Portugalliae*”, III, 3ª ed., 387: “*Et ideo subhastatio fieri non debet sine interventu pecuniae, invitis aliis creditoribus pro deposito protestantibus, cum accidere possit, ut in iudicium concursus iudicetur solutio illi, Qui tardius venit, ante tamem addictionem pignoris*”. Assim, desde que houvesse direito real, tinha-se que respeitar a preferência, e em consequência não podia o exequente pretender que se lhe dispensasse o depósito de que excede a dívida, ainda que tardos hajam sido os titulares do direito real, especialmente o titular do direito de hipoteca.

As Ordenações Filipinas, no Livro IV, Título 56, pr., 2ª parte, e § 1º, bem como o Livro III, Título 78, § 7º, trataram da ação executiva, que cabia quando, tendo o penhor sido dado por terceiro, a citação a esse seria para que efetuasse o depósito se não tivesse pago o débito. Não realizando o depósito, far-se-ia a penhora, depositando-se os bens empenhados.

É sabido por nós que, a sentença para ser executada deve ser líquida, certa e exigível. As Ordenações Filipinas, Livro III, Título 66, § 2º, exigiam que fosse a sentença “certa” e acrescentavam que, sendo incerta, não valeria, “salvo se pudesse ser certificada pelos autos do processo”, ou se “se pudesse liquidar na execução”.

E ainda nas Ordenações Filipinas, dando continuidade ao nosso estudo, veremos “EM QUE BENS NÃO SE FARÁ PENHORA”: “...não se penhorarão os Fidalgos e Cavaleiros, nossos Desembargadores nos cavalos, armas, livros, vestidos de seus corpos, nem as mulheres dos sobreditos, nem mulheres Fidalgas nos vestidos de seus corpos e camas de suas pessoas, havendo respeito ao que a cada um é necessário para seu serviço e uso

14 MIRANDA, Pontes de. *Op. cit.*, p. 298.

conforme a qualidade de suas pessoas, pôsto que outros bens não tenham. E nos mais cavalos, vestidos e cousas sobreditas, que lhes não forem necessários, far-se-á execução, quando não tiverem outros bens móveis, ou de raiz. E isto se não entenda nos roubos e malfetorias; porque assim por seus bens, pôsto que sejam dos sobreditos, como por prisão de suas pessoas. E bem assim não se fará penhora, nem execução por quaisquer dívidas, pôsto que sejam nossa nos cavalos e armas dos que continuamente costumam ter armas e cavalo de estada para nosso serviço, nem nos bois de arado, que tiverem os Lavradores, e lhes forem necessários para lavrar as terras e herdades, nem nas sementes, que tiverem, e lhes forem necessárias para semear. Nem nas armas de quaisquer pessoas, que as tiverem por obrigação, nem de outros que as tenham para nosso serviço, nem nas armas, espingardas e bêstas, que tiverem os Espingardeiros, e Besteiros do monte, que tiverem nossos privilégios, mostrando as pêssoas contidas neste parágrafo outros seus bens móveis, ou de raiz, desembargados, em que se possa fazer penhora e execução. Porém, os sobreditos tiver algumas armas em poder de Prêgoeiros, Armeiros, Adéis, Adelas¹⁵, ou em algum lugar para vender, poder-se-á fazer nelas execução, como nas outras cousas.¹⁶

E mandamos que os bens móveis, não andem em prêgão mais que 8 dias contínuos do dia da penhora em diante, e os bens de raiz 20 dias, não contando os domingos, nem os Dias Santos que a Igreja mandar guardar, porque nestes não se dará prêgão, salvo, se fôr no dia, em que houver se fazer arrematação nos lugares, onde aos Domingos e Dias Santos se costumam fazer arrematações, para então se ajuntar nêles mais gente. E posto que os bens móveis e de raiz sejam tomados juntamente, por parecer que os móveis não bastavam, sejam logo metidos em prêgão uns e outros, e corras os prêgões, assim dos móveis, como dos de raiz, e acabados os 8 dias arrematarão os móveis, e em todos os 20 dos de raiz; e em todos os 8 dias os móveis, e em todos os 20 dias os de raiz andarão em prêgão pelas praças e lugares públicos da Cidade, ou Vila, onde se a execução e arrematação houver de fazer. E o Tabelião, ou Escrivão será presente cada dia ao prêgão, que o Porteiro der no lugar mais principal, e os outros prêgões escreverá o Porteiro, que os der, nos autos da execução.

¹⁵ Vendedores de roupas usadas (Proibidos em Lisboa, a partir do Edital de 20 de dezembro de 1809)

¹⁶ Ordenações Manuelina, Livro 3º, Título 71, § 11, *apud*, ALMEIDA, Fernandô H. Mendes de Ordenações Filipinas – Ordenações e Leis do Reino de Portugal Recompiladas por Mandato d'El Rei D. Filipe, o Primeiro. Vol. III. São Paulo: Ed. Saraiva, 1966, p. 319-320.

E passado o t ermo dos pr eg es, não será necessário ser o condenado mais requerido, para dizer se tem embargos   arrematação; porque o requerimento, que lhe foi feito, que pagasse, ou desse penhores, basta. Mas passado o tempo dos pr eg es, os bens, em que f r feita penhora, se arrematar o, e venderão a quem por  les mais der. A qual arrematação se fará sempre por mandado de Julgador, que mandou fazer a penhora e execução. E fazendo-se a execução em bens de raiz, será ela requerida a mulher do condenado, se f r casado.

E se as partes condenadas quiserem haver os pr eg es por corridos, e que lhes esperem os dias, que os bens haviam de andar em pr eg o, e assinarem t ermo, em que o assim digam, e o que requerer e execução f r contente, pod -lo- o fazer e o executor não meter  os ditos bens em pr eg o. E não pagando até o derradeiro dia dos em que haviam de se apr egoados, serão vendidos no derradeiro dia, em que acabar o dito t ermo, andando êsse dia s mente em pr eg o. A qual arrematação se fará, sem a mais a parte ser requerida. E se a penhora f r em bens de raiz, será assinado o dito t ermo pelo condenado, e por sua mulher, se f r casado.

E p sto que nas execuções e arremanta  es dos bens de raiz se não continue os pr eg es três dias juntamente um após outro, ou até 5 dias por diversas vêzes, e nas dos bens móveis até 2 dias s mente um após outro, ou 3 interpolados, mandamos que sejam valiosas, e se não anulem por causa dos ditos 3 dias, ou 5 dias contínuos s mente nos bens de raiz, ou 2, ou 3 nos bens móveis, que pela dita maneira ficarem por continuar, sendo corridos os pr eg es todos os outros dias, não havendo outro defeito, por que conforme a Direito se devam anular. E se até o derradeiro dia dos pr eg es não se achar quem lance nos bens, em que se faz execução, ou se lançar pouco, e se o vencedor quiser mais lançar, pod -lo- a fazer, ou quem por  le requerer a execução, contanto que peça licença ao Julgador, que a manda fazer, o qual lhe dará no derradeiro dia, se vir outrem não lança, ou que lança pouco, e que êle quer lançar mais.

E em todo caso, onde se fizer a penhora e execução, sempre o condenado pagar  as custas, assim do processo da execução, como da pessoa, e assim pagar  ao Escrivão, Porteiro, e Pr goeiro tudo que lhes for contado."¹⁷

Uma pequena observação a ser feita, apenas a título de curiosidade,   que, no antigo direito português, as sentenças em causas que dissessem respeito   prestação de deveres sexuais, admitiam a coerção violenta. Esta

17 ALMEIDA, Fernando H. Mendes de. Vol. III. *Op. cit.*, São Paulo: Ed. Saraiva, 1966, p. 320-322.

possibilidade vigorou até o advento do Acórdão do Juízo da Coroa, de Lisboa, datado de 26 de abril de 1766.¹⁸

No que tange à reparação dos danos ocasionados pela ação executiva provisoriamente intentada, determinavam as Ordenações Filipinas, Livro IV, Título 24, § 1, o que segue: “E achando-se, depois, que o mandar maliciosamente e sem justa causa, o alugador seja logo tornado a ela, e poderá nela morar em tresdobro o tempo que lhe ainda ficava para morar quando dela foi lançado”.

E finalmente, como última parte daquilo que nós julgamos ora como mais importante, ora como mais interessante, trazemos **derradeiramente** o Título 92 da Ordenações Filipinas, Livro III, que cuida de “COMO SE FARÁ EXECUÇÃO NOS BENS DO FIADOR, QUE PROMETEU PAGAR PELO RÉU TUDO O EM QUE FÔR CONDENADO”, e assim, “ficando alguma pessoa outra em Juízo, prometendo de pagar por ele, tudo o em que fôsse condenado no feito, sôbre que fôsse, contenda, sendo parte principal condenada por sentença definitiva, que houvesse passado em cousa julgada, por essa mesma sentença será feita execução nos bens dêsse fiador, sem ser ordenado contra êle outro processo, sendo porém requerido pela dita sentença execução dela. E sem embargo disto, poderá êsse fiador dizer e alegar, que se tenha acêrca da execução a ordem, que por Direito é ordenada, que se haja de ter entre o devedor é o fiador, que o fiou em alguém contrato fora do Juízo, prometendo de pagar por êle, convém saber, que primeiro seja condenado o principal devedor, e sendo feita a execução nos seus bens bastantes para a dívida no todo, ou em parte, então será demandado esse fiador e feita execução de seus bens na parte, e que os bens do principal devedor não bastarem para a condenação. E não sendo o principal devedor na terra, o fiador, se quiser, poderá pedir tempo razoado, segundo a distância do lugar, onde fôr, para que o possa citar e apresentar em Juizo, e mostrar bens desembargados e bastantes para a dita condenação, e para se fazer execução nêles, os quais mostrados, ficará livre o fiador. E não vindo no dito termo o condenado, nem mostrando bens desembargados, então se fará execução nos bens do fiador, na parte em que os bens do condenado não bastarem. E pagando o fiador a condenação em parte, ou no todo, traspassarão nêle todos os direitos e ações, que o vencedor da dita condenação houvesse, e lhe por Direito pertencessem contra o condenado, para haver recurso contra êle, e seus bens, que na terra forem achados, e cumpridamente haver, e cobrar o que por êle tiver pago, com tôdas as custas e interêsses e perdas, que por causa da fiança tiver recebidas.”¹⁹

¹⁸ MIRANDA, Pontes dc. *Op. cit.*, p. 456.

¹⁹ ALMEIDA, Fernando H. Mendes dc. *Op. cit.*, p. 335.

5. Conclusão

Ao concluir este trabalho, entendo oportuno salientar que, mais importante do que tentar adivinhar o futuro, é buscar no passado a compreensão do presente.

A busca pela Origem não deve ficar apenas no plano metafísico, mas ao revés, passar por ele, caminhando por todos os ramos do saber. Talvez por isso, tenham surgido teorias como a da Evolução das Espécies, ou a construção de telescópios mais potentes, para, explorando os confins do Universo, revelar de onde viemos. Talvez por isso os arqueólogos e paleontólogos nunca se cansam de buscar no passado a explicação para o presente. Talvez por isso os geneticistas trabalhem na confecção de nosso mapa genético.

É possível se afirmar que a humanidade está tanto mais evoluída quanto conseguir regressar e compreender o seu passado. E se a vida é um ciclo, quem sabe a História também não o seja? Assim, quanto mais próximos estivermos da origem mais próximos estaremos do fim. E o fim, neste caso, representa o ápice, o topo no qual nós poderemos chegar, evoluir.

Para chegarmos neste fim é preciso entendermos o início, e é por isso que ressaltamos a importância do trabalho realizado.

Nos estudos de textos antigos, como neste nosso, quando nos despimos dos preconceitos e aversões, alcançamos nossos objetivos de forma prazerosa, imbuídos do verdadeiro significado da História.

Se você tem dúvidas, faça um pequeno exercício mental: imagine que, por um motivo qualquer, você dormiu durante 50 anos e, findo este período, você acordou. Agora tente entender o mundo a sua volta. Se você não está entendendo nada, de que outro modo, além de ter vivido esses 50 anos, seria possível entender o mundo em que você está agora? Imagine agora como entender ou valorizar algo já passado há séculos, milênios?

Esperando ter despertado, já nas primeiras linhas deste trabalho, a busca pelo antigo como um meio de compreender o novo, concluo este trabalho sentindo-me gratificado, tendo a certeza de que para mim, o estudo foi totalmente válido e, para você caro(a) leitor(a), imagino, tenha surtido o mesmo efeito.

6. Bibliografia

1. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução Civil*. São Paulo: Ed. Malheiros editores Ltda. 05-94 - 4. ed., (1ª edição; 1973).
2. PACHECO, José da Silva. *Tratado das Execuções - Processo de Execução*. Vol. I. São Paulo: Ed. Saraiva, 1975.

3. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de Execução*. 2 ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 1963. LIMA, Alcides de Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol VI (Arts. 566 a 645). 6 ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1990.
4. MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo IX (Arts. 566-611). Rio – São Paulo: Ed. Forense, 1992.
5. ALMEIDA, Fernando H. Mendes de. *Ordenações Filipinas (Ordenações e Leis de Reino de Portugal Recompiladas por Mandato d'El Rei Felipe, o Primeiro)*. Vol. I. São Paulo: Editora Saraiva, 1957.
6. _____ . *Ordenações Filipinas (Ordenações e Leis de Reino de Portugal Recompiladas por Mandato d'El Rei Felipe, o Primeiro.)* Vol. III. São Paulo: Editora Saraiva, 1966.

ASPECTOS DA EXECUÇÃO JUDICIAL DA MULTA PENAL

Paulo Gustavo Soares Gonçalves de Lima
(Aluno do 7º período da graduação em
Direito da UFPE, monitor da disciplina
Direito Civil 5)

Sumário: 1. Considerações introdutórias; 2. Natureza jurídica; 3. Competência e Legitimidade *ad causam* ativa; 4. Procedimento; 5. Inscrição em dívida ativa; 6. Intervenção do Ministério Público; 7. Processos de valores antieconômicos; 8. Conclusão; 9. Bibliografia.

1. Considerações introdutórias

Preceituava o art. 51 do Código Penal Brasileiro que a pena de multa seria substituída pela privativa de liberdade (detenção) quando o condenado solvente deixasse de quitá-la ou frustrasse sua execução. Esta norma consagrou a influência do *regime misto alemão*, técnica de indução compulsória à satisfação da dívida, em que o executado é instado ao desembolso de uma quantia em dinheiro e, para o caso desta não se mostrar cobrável, ameaçado de prisão.

Sofreu duras críticas o dispositivo, entre outras razões, porque o condenado a multa era punido por um fato superveniente (o inadimplemento), que funcionava como um pressuposto mais severo do que o próprio delito objeto da sentença condenatória. Eliminava-se da punição um de seus traços fundamentais: a relação de proporcionalidade entre a gravidade do ilícito e a carga da pena aplicada.

O preceito ofendia ainda a garantia constitucional conferida ao indivíduo, constante no art. 5º, LXVII, de não sofrer a prisão civil por dívida, exceto nas duas situações especificadas – do devedor de alimentos e do depositário infiel. Como a norma constitucional não qualifica o gênero de dívida, entende-se englobada pelo direito fundamental dela vertente, qualquer modalidade de dívida, inclusive a decorrente de sentença penal. Não obstante em descompasso com a Carta Magna, continuava sendo aplicada.

1 ASSIS, Araken de. *Manual do Processo de Execução*. 6 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 113.

Atendendo aos anseios da doutrina pátria, a Lei 9.268/96 revogou os parágrafos do artigo em questão, modificando-lhe o *caput*, que passou a ter a seguinte dicção: "*Art. 51. Transitada em julgado a sentença condenatória, a multa será considerada dívida de valor, aplicando-se-lhe as normas de legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição.*"

A modificação legislativa, ao excluir do ordenamento criminal a possibilidade da conversão da pena de multa em privativa de liberdade e as conseqüentes distorções a ela inerentes, proporcionou um avanço no sistema de distribuição da justiça penal.

Entretanto, se a extirpação da norma revogada granjeou os aplausos dos juristas nacionais, o mesmo não aconteceu em relação à redação da norma revogadora. Ao passo que a inconversibilidade da pena de multa em pena privativa de liberdade sinalizou um progresso em matéria de direitos do apenado, a solução produzida acarretou questionamentos, principalmente de ordem processual. Com efeito, a atribuição de um rito cível (legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública) para a satisfação de um crédito proveniente de condenação penal, e cuja cobrança judicial representa a execução de uma pena, conduziu a um inusitado conúbio. A inovação legislativa repercutiu na proliferação de diversas indagações, que revelaram distintas correntes na doutrina e na jurisprudência.

O objetivo do presente trabalho é enfrentar tais questões, ora propondo soluções, ora produzindo novas indagações. Entre as questões a serem discutidas, encontram-se: 1) o significado da expressão "dívida de valor"; 2) (a possibilidade de a multa, no momento da execução, adquirir caráter extrapenal) a multa, no momento da execução, adquire um caráter extrapenal?; 3) possibilidade de desoneração do bem dado em garantia após a morte do agente e antes do final da execução; 4) determinação do juízo competente para a execução e da legitimidade ativa para sua cobrança judicial; 5) aplicabilidade à espécie de todas as causas de suspensão de prescrição previstas na Lei 6.830/80; 6) necessidade de inscrição em dívida ativa do crédito decorrente da multa penal; 7) possibilidade de atuação do Ministério Público no trâmite executivo; 8) possibilidade de a limitação de valor para ajuizamento das execuções fiscais em geral se estender à execução da pena de multa.

2. Natureza jurídica

Em virtude da expressa previsão, constante do art. 51 do Código Penal, de aplicação das "normas de legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública", a execução judicial da multa penal passou a ser regida

pela Lei 6.830/80 (Lei de Execução Fiscal). Diante da inovação, consistente na tramitação da cobrança de crédito penal através de um rito civil, não foram poucos os que se arvoraram em excluir a sanção criminal de multa da província do Direito Penal, impingindo-lhe, ao revés, um nítido caráter extrapenal².

Não se trata de discussão meramente acadêmica, mas se reveste de importância, na medida em que permite determinar se são aplicáveis as normas penais remanescentes em matéria de execução da pena de multa. É o caso, a título de exemplo, do artigo 52 do Código Penal, que prevê a suspensão da execução da pena de multa, em caso de superveniência de doença mental ao executado. Estaria esta norma penal em sintonia com as demais causas de suspensão da execução previstas no estatuto processual fiscal? Caso se considere que a multa se converte em sanção extrapenal, a resposta há de ser negativa.

Na tarefa de analisar a natureza jurídica da multa penal, faz-se necessário preliminarmente precisar o significado da expressão "dívida de valor", encontrada no dispositivo penal sob comento. Este tipo de obrigação apresenta a peculiaridade de o dinheiro, padrão da prestação de dar ou pagar, funcionar como mero parâmetro quantitativo ou etapa inevitável da liquidação do débito no momento de seu adimplemento.

Arnoldo Wald³, em síntese feliz, leciona que as dívidas de valor são aquelas "em que o débito não é de certo número de unidades monetárias, mas do pagamento de uma soma correspondente a certo valor. A moeda, neste caso, não constitui o objeto da dívida, mas uma simples medida de valor. Na obrigação de reparar o dano causado ou de fornecer alimentos, por exemplo, o credor tem direito a uma quantia igual ao valor da coisa destruída ou ao valor necessário para que o beneficiário da pensão alimentar possa levar certo tipo de vida de acordo com as suas necessidades e as possibilidades do devedor."

A caracterização da pena de multa como dívida de valor não visa a transformá-la em puro crédito de caráter patrimonial a abarrotar as arcas do Tesouro, como se fosse um imposto. Cumpre, antes, a função de manter a proporcionalidade da pena, evitando que seja o seu valor corroído pela

2 PROCESSUAL - PENA DE MULTA - EXIGÊNCIA DE CERTIDÃO DA DÍVIDA ATIVA - LEGITIMIDADE - FAZENDA PÚBLICA. Com o advento da Lei nº 9268/96 que deu nova redação ao art. 51 do Código Penal, a multa passou a ser considerada dívida de valor e a ter caráter extrapenal. Sua execução passou a ser regulada pela Lei nº 6830/80, necessitando da respectiva inscrição na dívida ativa e sendo ajuizada pela Fazenda Pública. Recurso improvido. (STJ - RESP 175909/SP - 1ª Turma - Rel. Min. Garcia Vieira - DJU 21.09.1998 - pg. 99)

3 WALD, Arnold. *Direito das Obrigações*. Editora Lux Ltda, 1962, p. 42.

inflação e pelas contingências de variação monetária, preservando na pena o seu pendor punitivo.

A conversão da multa penal em dívida de valor atende, pois, a uma dupla função: para o Estado, garante a preservação do valor monetário da pena pecuniária, ao mesmo tempo em que, para o réu, preserva o seu cunho penitencial. Em outros termos, alia-se a repressão, como meio de restabelecer o equilíbrio rompido pelo ato delituoso, à captação dos recursos destinados ao Fundo Penitenciário Nacional.

A natureza penal da multa é estabelecida pelo texto constitucional e pelo Código Penal, que, (pode colocar uma , aqui?) no art. 5º, XLVI e no art. 32, respectivamente, incluem a multa entre as espécies de sanção penal. Inadmitte-se, outrossim, que o autor de um crime seja sujeito a uma sanção que não de natureza penal. Damásio de Jesus esclarece que “a multa permanece com sua natureza penal, subsistindo os efeitos penais da sentença condenatória que a impôs.” A execução é que, ao abandonar a regulação do art. 164 e seguintes da Lei de Execução Penal, deixando de ser atribuição do Ministério Público, e adotar a legislação de execução fiscal, procede-se em termos extrapenais. Alterar o trâmite de cobrança da multa não visa, assim, a transformar-lhe a natureza, mas dotar sua persecução judicial de expedientes mais eficazes.

Por outro lado, admitir a transmutação da multa penal em dívida civil permitiria que o cumprimento da obrigação recaísse no patrimônio dos herdeiros do condenado, o que configura franca agressão a outro preceito constitucional, constante do art. 5º, XLV, conforme o qual “nenhuma pena passará da pessoa do condenado”. A pena é personalíssima, e como tal, apenas deve atingir o autor do crime.

Do caráter personalíssimo da pena, decorre, como corolário, o princípio *mors omnia solvit* (a morte tudo apaga), tornando-se intolerável o prosseguimento da ação penal após a morte do réu, restando ao ofendido unicamente a pretensão ao ressarcimento civil do dano contra os herdeiros do autor. Não é à toa que o Código Penal, nos termos do *art. 107, I*, elenca entre as hipóteses de extinção de punibilidade a morte do agente. Impossível, neste sentido, a cobrança de multa contra o espólio.

Ainda quando o réu falecer após a sentença condenatória definitiva a pena de multa, não caberá cobrança contra os herdeiros. Questão mais intrincada é seguinte: o que acontece com os bens oferecidos em garantia, se no curso da execução da pena de multa, o condenado/executado morre ?

4 FRANCO, Alberto Silva ... | et al. | *Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial: Parte Geral*. Vol. 1, tomo 1: 6 cd., rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 861.

5 JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal*. Vol 1: 21 cd. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 533.

A solução há de ser semelhante; se a morte extingue a punibilidade, desaparece a pretensão punitiva estatal e, em conseqüência, desincumbe-se o falecido. Os herdeiros, que já não eram obrigados, permanecem sem responsabilidade pelo pagamento. Tranca-se a relação processual através da extinção do executivo fiscal. Antes disto, deve ser, mediante ordem judicial, oficiado o cartório competente, a fim de ser averbada a remoção da penhora que gravava o bem, impedindo-se, assim, que seja levado a leilão.

3. Competência e legitimidade *ad causam* ativa

A modificação no art. 51 do Código Penal acarretou questionamentos em relação à competência de juízo e à titularidade para ajuizamento da execução da multa penal.

Afirma Cezar Roberto Bitencourt que “a opção do legislador em considerar a multa penal como ‘dívida de valor’ não altera a sua natureza de sanção criminal, que continua limitada pelo princípio da personalidade da pena.” Em virtude da permanência da índole criminal da sanção, termina por concluir que o Ministério Público conserva a legitimidade para o aforamento da execução da pena de multa, bem como permanece a competência judicial com o Juízo das Execuções Penais. A única alteração, portanto, seria a aplicação do estatuto processual fiscal (Lei 6.830/80), em vez da Lei de Execução Penal.

Trata-se de um típico caso de silogismo mal realizado: as premissas estão corretas, mas a conclusão, equivocada.

A discussão concernente à natureza jurídica da multa já foi enfrentada *supra*, restando pacificada o seu inegável caráter penal, posição esta com respaldo no texto constitucional, assim como assentado o princípio da personalidade da pena.

No entanto, se a multa mantém seu caráter penal, o mesmo não ocorreu com trâmite de sua cobrança, que assumiu um rito civil. Trata-se de aplicação do princípio da incomunicabilidade entre o direito material e o direito processual, segundo o qual as modificações neste operadas não repercutem na relação jurídica material. Com efeito, a “civilização” do processo não induz necessariamente à “civilização” da pena pecuniária.

Enquanto a execução de um crédito tributário visa a fornecer receita para que o Estado atenda às necessidades públicas, a execução da multa

6 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal*. 4 cd. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 523.

colima, primordialmente, tornar concreta a punição judicialmente determinada. As finalidades são diversas, não resta dúvida. Mas, o processo apresenta caráter instrumental, não existindo como um fim em si mesmo, mas como veículo de atuação do direito material. Nada impede, pois, que a técnica ou instrumental utilizados para o alcance das finalidades distintas sejam os mesmos.

Reconhecendo esta realidade, o legislador determinou que o rito de execução da multa passasse a ser o mesmo dos créditos tributários, destacando o caráter extrapenal da cobrança. Apesar das críticas generalizadas da doutrina pátria, é bastante louvável o espírito pragmático do referido preceito. Isto porque embora a satisfação da multa represente o cumprimento de uma condenação penal, inexistente qualquer fundamento razoável para o procedimento de excussão de bens do patrimônio do executado penal diferir de qualquer processo de execução civil contra devedor solvente. Sob o aspecto objetivo, a execução em ambos representa a expropriação de bens do patrimônio do executado. Vedada a possibilidade de conversão da pena de multa em privativa de liberdade, os atos executivos (penhora, arresto, leilão) são os mesmos do processo civil.

Ora, se sob o aspecto externo o processo de execução da multa iguala-se ao da execução fiscal, não há porque confiar a legitimidade judicial daquela a pessoa diversa desta. O mesmo pode ser dito em relação à competência de juízo, que deve ser a mesma dos que julgam os demais executivos fiscais. A mudança na legislação processual forçou, pois, uma mutação da legitimidade *ad causam* ativa e da competência judicial. Esposando esta tese, a maioria doutrinária e jurisprudencial⁷ defende que passa a pertencer às Procuradorias da Fazenda Pública a legitimidade ativa e a competência do juízo é transferida da Vara Criminal para o Juízo Privativo perante o qual aquelas atuam, qual seja, o da Vara da Fazenda Pública ou da Vara das Execuções Fiscais, nas comarcas em que existam.

7 PENAL. EXECUÇÃO PENAL. CONDENAÇÃO. PENA PECUNIÁRIA. COBRANÇA. LEGITIMIDADE. CP, ART. 51. LEI Nº 9.268/96.

- A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que após a edição da Lei nº 9.268/96, que modificou a redação do art. 51, do Código Penal, a execução das penas criminais pecuniárias foi transferida para a competência da Procuradoria da Fazenda Pública, ficando afastada a legitimidade do Ministério Público.

- Precedentes. Recurso especial conhecido e desprovido. (STJ - RESP 189653/SP - 6ª Turma - Rel. Min. Vicente Leal - DJ 11.09.2000 - pg. 297)

8 "De consequência, a execução dos valores das multas passou para a competência das Varas da Fazenda Pública, inclusive no tocante à legitimidade para promover a ação respectiva, a cargo das Procuradorias da Fazenda Pública." (Trecho do Voto do Relator Vicente Leal no mesmo Resp 189653/SP)

4. Procedimento

Atendendo ao disposto no artigo 50, do Código Penal⁹, após o trânsito em julgado da sentença condenatória, ainda no Juízo de Execuções Penais competente, deverá ser intimado o executado para, no prazo de dez dias, proceder ao pagamento da multa imposta. Adimplindo a prestação, extingue-se a obrigação emergente da sentença e, conseqüentemente, será extinto o feito sem necessidade de posterior execução. Como bem argumenta o Dr. Miguel Guskow, Procurador da República, em processo que originou o Conflito de Competência nº 29.520/RJ, “outro não pode ser o procedimento em face mesmo do princípio da economia processual, visto que configuraria um dispêndio imenso remeter o condenado a outro juízo, diverso do das execuções penais para exercer o seu direito de adimplemento voluntário da sua pena pecuniária.”

Entretanto, não efetuado o pagamento, o Juízo das Execuções Penais deve comunicar o fato à Fazenda Pública, encaminhando-lhe cópias das seguintes peças necessárias para a inscrição em dívida ativa: sentença, certidão do trânsito em julgado, certidão ou mandado de intimação para o pagamento em dez dias e certidão do decurso de prazo sem o pagamento.

Nas palavras de Luiz Flávio Gomes¹⁰, a partir do momento em que o condenado, intimado para pagar, não o faz, a multa “deixa de ser um assunto penal e passa a ser um assunto fiscal (...)”.

A multa, qualificada como dívida de valor desde o trânsito em julgado da sentença penal, será executada como dívida ativa não-tributária da Fazenda Pública, de acordo com a Lei 6.830/80. Despachada a inicial, o executado será citado para pagar o débito ou garantir a execução no prazo de 5 (cinco) dias, sob pena de penhora de bens de sua propriedade.

Entretanto, é preciso atentar que a persecução civil de uma sanção penal exige soluções conciliadoras. A aplicação radical da legislação processual tributária tende a fomentar injustiças, pois eliminaria as garantias legais conferidas ao condenado penal. Neste sentido, é que se propugna a ressalva de não aplicação de determinadas normas da Lei Fiscal que conflitem com as referidas garantias. É o caso do art. 4º da Lei 6.830/80, cuja aplicação para a execução da multa penal há de ser restritiva, em respeito ao princípio da personalidade da pena, para o fim de excluir do rol dos legitimados passivos todos aqueles que não o próprio agente criminoso (ex.: fiador, espólio, sucessores).

9 “Art. 50. A multa deve ser paga dentro de 10 (dez) dias depois de transitada em julgado a sentença. A requerimento do condenado e conforme as circunstâncias, o juiz pode permitir que o pagamento se realize em parcelas mensais.”

10 IOB, n.º 10/96, p. 180.

Restrição semelhante pode ser oposta ao art. 40¹¹ da mesma lei, que trata da suspensão do prazo prescricional, prescrevendo o sobrestamento do processo executivo enquanto não forem encontrados bens do devedor aptos à satisfação do débito. De fato, não se coaduna com a persecução penal a suspensão indefinida do prazo prescricional. Apesar de o art. 51, do Código Penal assegurar expressamente a aplicação da Lei Fiscal também “às causas interruptivas e suspensivas da prescrição”, é inaplicável o referido art. 40 à cobrança de multa, pois nenhuma ameaça de sanção penal pode pairar perpetuamente sobre o condenado. Do contrário, o instituto da prescrição, consolidada técnica geradora de paz social e estabilidade jurídica, estaria profligando sua primitiva função.

Solução contrária, contudo, deve ser adotada para os arts. 2º, §3º e 8º, §2º, da Lei 6.830/80. Estes dispositivos, constantes de lei ordinária, revelam-se inconstitucionais, quando aplicados à matéria tributária, tendo em vista que ao avançarem em disciplina reservada a Lei Complementar, afrontam o art. 146, III, b, da Constituição Federal. A vedação quanto à aplicação dos preceitos aos créditos tributários não se estende aos créditos não tributários, já que apenas em relação àqueles a matéria prescricional deve ser tratada em Lei Complementar. Gozam ambos os preceitos, portanto, de plena aplicação na execução da pena de multa. Desta forma, a interrupção da prescrição operar-se-á já no despacho inicial, e não na citação conforme determina o art. 219, do CPC.

5. Inscrição em dívida ativa

É motivo de contenda doutrinária a exigência de inscrição em dívida ativa do crédito decorrente do trânsito em julgado da sentença condenatória de multa penal. Os partidários da ilegalidade da exigência proclamam que ela subtrai da sentença penal condenatória a sua força natural de valer como título executivo judicial. Condicionar a execução do título executivo judicial (sentença condenatória) a um ato posterior de natureza administrativa seria transformá-lo em título extrajudicial. Não faria sentido a criação de novo título – a Certidão de Dívida Ativa – quando já existe um outro plenamente hábil à instrução da Inicial do processo executivo. Atenta

11 “Art. 40. O juiz suspenderá o curso da execução, enquanto não for localizado o devedor ou encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora, e, nesses casos, não correrá o prazo de prescrição.

§ 2.º Decorrido o prazo máximo de 1 (um) ano, sem que seja localizado o devedor ou encontrados bens penhoráveis, o juiz ordenará o arquivamento dos autos.

§ 3.º Encontrados que sejam, a qualquer tempo, o devedor ou os bens, serão desarquivados os autos para prosseguimento da execução.”

a exigência, afirmam, contra a processualística brasileira, que esposou a clássica doutrina da tripartição do processo, emasculando a distinção entre as eficácias condenatória e executiva da sentença judicial.

Assevera-se ainda que a exigência propicia uma invasão de competências, pois, sendo a inscrição em dívida ativa um procedimento administrativo de controle de legalidade, permite o controle dos atos judiciais pelo Poder Executivo. Como se sabe, cabe ao Executivo cumprir as determinações judiciais e não submetê-las a um juízo acerca da sua higidez.

As críticas não se sustentam.

Cumprir lembrar que é o próprio art. 51, do Código Penal que manda, após o trânsito em julgado da sentença condenatória de multa, a aplicação das “normas de legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública”. A cobrança judicial da dívida ativa das Fazendas Públicas regula-se pela Lei 6.830/80 (Lei de Execução Fiscal), que preceitua a inscrição em dívida ativa para os créditos tributários e *não-tributários*, sem qualquer ressalva. Portanto, encontra arrimo legal a exigência.

Também não se pode falar de ingerência de um poder estatal sobre o outro. A inscrição em dívida ativa não tem o fito de controlar a legalidade do ato que deu origem ao crédito; tal função é de outro procedimento administrativo, o lançamento fiscal. O art. 2º, §3º da Lei 6.830/80 confundiu lançamento com inscrição em dívida ativa. Sobre a distinção de finalidades entre a inscrição e o lançamento, esclarece Araken de Assis, *verbis*: “Realmente, o controle da legalidade se efetiva através do lançamento (art. 142, *caput* do CTN), no qual se apura o *an* e o *quantum debeatur*. Quando muito, a inscrição representa um controle suplementar, restrito a aspectos formais.”¹²

A primeira argumentação contrária à exigência – a sentença condenatória estaria perdendo sua força de título executivo – igualmente não prospera. Não colima a inscrição, no caso particular da condenação penal, a produção de um novo título executivo. Quem isto afirma desconhece as funções financeira e contábil da inscrição em dívida ativa. Com efeito, a inscrição funciona como uma instância adicional de controle de arrecadação, possibilitando a inserção do débito eventualmente não pago em determinado exercício, na previsão de receita orçamentária do exercício financeiro seguinte.

12 ASSIS, Araken de. *Manual do Processo de Execução*. 6 cd. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000, p. 810.

Ratifica este entendimento a situação da decisão do Tribunal de Contas que imputa débito ou multa, a qual representa título executivo extrajudicial (art. 71, §3º, da Constituição Federal) e, ainda assim, exige-se para sua cobrança judicial a respectiva inscrição em dívida ativa.

Finalmente, a jurisprudência¹³ do Superior Tribunal de Justiça é iterativa a favor da formalidade da inscrição em dívida ativa antes da execução da multa penal.

6. Intervenção do Ministério Público

Assentada a falta de legitimidade ativa do Ministério Público para o ajuizamento da execução da multa pecuniária, resta indagar da legitimidade do *Parquet* para atuar como fiscal da lei durante a fase executória da pena de multa.

Preliminarmente, cumpre fixar que a Jurisprudência¹⁴, em sua maioria, pronuncia-se contra a intervenção do Ministério Público nos executivos fiscais de créditos tributários, visto que estes ostentam caráter puramente patrimonial, falecendo-lhes o interesse público exigido pelo artigo 82, III. A simples presença do ente político ou das entidades da administração indireta na lide, todas com regalias processuais próprias, não configura, por si, o interesse público. Outrossim, inexistem nos executivos fiscais a presença dos interesses sociais e individuais indisponíveis, requisitos da atuação do Ministério Público. Robustece o entendimento o fato de as

13 PROCESSUAL CIVIL - PROCESSUAL PENAL - EXECUÇÃO DE PENA DE MULTA IMPOSTA EM PROCESSO CRIMINAL - COBRANÇA - LEGITIMIDADE DA FAZENDA PÚBLICA - ILEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO - INSCRIÇÃO DA MULTA NA DÍVIDA ATIVA DA FAZENDA - NECESSIDADE - CÓDIGO PENAL, ART. 51 - LEI 9.268, DE 1996 - PRECEDENTES.

Após o advento da Lei 9.268, de 1996 a legitimidade para propor a EXECUÇÃO da pena de multa, imposta em processo criminal é da Fazenda Pública e, não do MINISTÉRIO PÚBLICO. - Sendo a multa imposta em sentença penal condenatória considerada dívida de valor, impõe-se a sua inscrição em dívida ativa e será reclamada via Execução Fiscal movida pela Fazenda Pública. - Recurso não conhecido. (STJ - Resp. 151307 - 2ª Turma - Rel. Francisco Peçanha Martins - dj. 13.03.2000 pg. 170)

14 PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. INTERVENÇÃO DO M. PÚBLICO. DESNECESSIDADE.

Consoante entendimento assente nesta Corte, o interesse a justificar a intervenção do Ministério Público no processo (art. 82, III, do CPC) não se identifica com o da Fazenda Pública, que é representada por procurador e é beneficiada pelo duplo grau de jurisdição, necessariamente (art. 475, III, do CPC). A lei de execução fiscal é silente acerca da obrigatoriedade do M. Público, no processo de execução fiscal, tendo o STJ, em ocasiões repetidas, reconhecido a desnecessidade. Recurso provido. Decisão unânime. (STJ - RESP 47006/PR - 1ª Turma - Rel. Min. DEMÓCRITO REINALDO - DJ 06.05.1996 - pg. 14373)

Fazendas Públicas disporem de Procuradorias próprias estruturadas para defesa judicial de seus interesses. A possibilidade de o Ministério Público Estadual, nas causas de natureza fiscal e através de delegação da Procuradoria da Fazenda Nacional, patrocinar judicialmente os interesses da União esgotou-se, de acordo com o art. 29, §5º, da ADCT, com a edição da Lei Complementar nº 73, de 10.02.1993.

Solução discrepante deve ser alvitrada para a execução da multa penal. Posto siga a mesma legislação, a multa constitui dívida ativa não-tributária de índole penal, exigindo para a pessoa do condenado direitos cujo cumprimento cabe ao Ministério Público fiscalizar. Nestas situações, em que as garantias conferidas ao condenado estejam em discussão, não só é desejável a oitiva do Órgão Ministerial, como é obrigatória, sob pena de nulidade do ato judicial.

7. Processos de valores antieconômicos

A medida provisória 1.110, que foi continuamente reeditada, dispõe, em seu art. 20, que: "serão arquivados, sem baixa na distribuição, os autos das execuções fiscais de débitos inscritos como Dívida Ativa da União pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional ou por ela cobrados, de valor consolidado igual ou inferior a mil Unidades Fiscais de Referência, salvo se contra o mesmo devedor existirem outras execuções de débitos que, somados, ultrapassem o referido valor."

Leis estaduais com disposições semelhantes vêm sendo promulgadas para estender o limite de cobrança para as respectivas Procuradorias. É o caso da lei nº 11.687/99 que, em seu art. 1º, preceitua: "Fica o Estado de Pernambuco autorizado a não ajuizar execução fiscal, cujo valor do débito, na data de sua inscrição, seja equivalente ou inferior a 1000 UFIRS".

Tais dispositivos representam uma tentativa de enfrentar o problema dos processos de execução fiscal de valor antieconômico¹⁵, ou seja, aqueles cujo gasto efetuado com a cobrança excede o valor do crédito executado. Inúmeros executivos fiscais de créditos com cifra irrisória abarrotam os cartórios judiciais, enquanto créditos de valor estratosférico terminam por ser negligenciados. Apresenta caráter instrumental as aludidas normas, pois possibilitam à Fazenda Pública, diante da quantidade imensa de créditos fiscais, perseguir aqueles valores que se mostram mais vultosos.

Discute-se se tais normas aplicam-se também à execução da pena de

15 BOTTESINI, Maury Ângelo ... | et al]. *Lei de Execução Fiscal Comentada e Anotada*. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 54-55.

multa ou apenas aos créditos fiscais.

Com relação aos créditos tributários justifica-se a medida. A limitação para cobrança conforma-se ao cânone do Estado Social-Fiscal, albergado pela Constituição Federal de 1988, que contempla programaticamente os objetivos de reduzir a pobreza e as desigualdades, necessitando para tanto de receitas oriundas dos tributos. Não se trata aqui de discutir se a receita dos impostos, de fato, é utilizada exclusivamente para promover os fins públicos. O que importa é a dependência do Estado da arrecadação tributária, ao mesmo tempo em que a evasão fiscal ganha vulto. Nesse contexto, pronuncia-se Lenio Luiz Streck, "o nível de sonegação de tributos é escandaloso, beirando o surrealismo. Diversas legislações objetiva(r)a(m) combater essa sangria. O êxito é quase zero. Urgia que o Estado buscasse novas fórmulas para combater a sonegação. É, pois, obrigação precípua do Estado."¹⁶

Daí ser fundamental favorecer o mecanismo arrecadador estatal de maior flexibilidade para combater a sonegação. Vem ao encontro deste desiderato a restrição do ajuizamento das execuções fiscais de pequeno valor. Ademais, cabe lembrar que a introdução no ordenamento jurídico da limitação obedeceu ao princípio da legalidade, viga-mestra do direito público.

É oportuno alertar que não foi violado o princípio da indisponibilidade dos bens públicos, pois não trata o instituto ora comentado de perdão, remissão ou anistia do crédito tributário. O direito material continua a existir, enquanto não prescrito. Se o devedor voluntariamente pagar, não terá direito à repetição. Prova disto é que, como dispõe a lei, se surgirem outros créditos "que, somados, ultrapassem o referido valor" a Fazenda estará apta a desarquivar a execução então extinta. A lei utiliza-se de expediente tipicamente processual, tendo em vista que direito material ao crédito não é atingido. O montante mínimo do crédito funciona como uma condição de procedibilidade que, uma vez presente, permite o desenvolvimento do processo executivo; ausente, suscita o seu arquivamento temporário.

A mesma providência, entretanto, não é de ser aplicada à pena de multa.

Uma das características da sanção penal é a inderrogabilidade, ou seja, a certeza de sua aplicação. Uma vez condenado e não concorrendo qualquer causa extintiva da punibilidade, o ato punitivo deve ser inevitavelmente levado a efeito. Não se pode permitir que uma norma de

16 STRECK, Lenio Luiz. *O dever fundamental de pagar impostos*. *Jornal do Brasil*. 21 de fevereiro de 2001, p. 9.

processo civil, com claro objetivo estratégico-fiscal e cujos destinatários principais são órgãos internos da Fazenda Pública, tenha alcance penal tão relevante. De fato, admitir o contrário seria instituir indiretamente uma nova causa de extinção da punibilidade, fora do Código Penal, e aplicável unicamente às multas, baseada não em motivações penais, mas em conveniências de Tesouraria, o que seria um disparate.

Cumpra lembrar que, por motivos formais, a lei estadual não pode ser aplicada para impedir a execução da pena de multa, tendo em vista que a Constituição, art. 22, I, confere competência privativa da União para legislar sobre direito penal. Embora a lei não trate especificamente de matéria criminal, a sua aplicação às multas invadiria a senda penal, representando evidente inconstitucionalidade.

Finalmente razões de ordem prática impedem a aplicação da limitação à sanção penal. A maioria das multas atingem valor inferior ao limite legal de 1000 (mil) UFIRs, desse modo, caso tivesse aplicação a lei, nenhum condenado a pena de multa poderia ser executado. A sentença condenatória surgiria já desfalcada de sua força executória, representando um incentivo, oriundo do próprio ordenamento, à impunidade.

8. Conclusão

Em suma, o que aqui se defendeu pode ser assim sucintamente elencado:

1. A qualificação da multa como "dívida de valor" objetiva propiciar a correção monetária da dívida como contrapeso ao desgaste da moeda, tornando incólume o seu valor real e, em última instância, garante a proporcionalidade da pena. A transformação em dívida de valor não pode ser usada, portanto, como argumento para esposar a tese da conversão da multa em crédito de natureza patrimonial;
2. A multa preserva o caráter penal, a teor do art. 5º, XLVI, da Constituição Federal e do art. 32, do Código Penal. A alteração legislativa não visou suprimir da multa o necessário teor de reprimenda criminal, mas dotar a cobrança judicial de um trâmite mais adequado, possibilitando o aproveitamento da já relativamente estruturada máquina de arrecadação fiscal. Daí, a execução da multa deixou de ter seu procedimento previsto na Lei de Execução Penal, passando a assumir um rito civil, previsto na Lei 6.830/80;

3. Do caráter personalíssimo da pena, decorre que se o executado morrer, após oferecer bem em garantia e antes do fim do processo de excussão, deve ser procedida a remoção da penhora, e extinta a execução. Isto porque a morte é causa de extinção da punibilidade, não se admitindo a transferência do encargo penal ao espólio e isentando de responsabilidade os herdeiros do executado, em respeito ao referido princípio constitucional indeclinável da personalidade da pena;
4. A legitimidade ativa *ad causam* para a execução da pena de multa pertence às Procuradorias da Fazenda Pública, e não ao Ministério Público, tendo em vista que o procedimento é o mesmo da execução puramente fiscal. Inexiste razão plausível para o Ministério Público, titular de tão nobres e relevantes atribuições constitucionais, insistir na cobrança judicial de um crédito submetido às regras da execução fiscal. Pelas semelhantes razões, a competência é do juízo das execuções fiscais, e não da vara criminal, que deve remeter ao titular da ação (Procuradoria da Fazenda) as peças necessárias para o aforamento do processo executivo;
5. Não se aplica à execução da pena de multa o art. 40, da Lei de Execução Fiscal, pois não convivem sob o mesmo teto a persecução penal e a suspensão indefinida do prazo prescricional. Os arts. 2º, §3º e 8º, §2º da Lei de Execução Fiscal, embora sejam de constitucionalidade duvidosa (art. 146, III, b da Constituição Federal) em matéria de execução de créditos tributários, em se tratando de créditos não tributários (é o caso da multa penal), devem ser aplicados, pois não existe restrição constitucional;
6. A inscrição em dívida ativa da multa é necessária, não para criação de novo título executivo, mas para fins de inclusão do crédito na previsão de receita orçamentária. A exigência não ignora a força executiva da sanção penal, nem promove invasão de competência;
7. O Ministério Público não deve intervir nas Execuções Fiscais de créditos tributários, pois estes tendo cunho meramente patrimonial, subtraem àquele o interesse no feito; entretanto, em se tratando de execução de multa, deve o *Parquet* intervir sempre que estiverem em discussão o interesse público caracterizador da execução da sanção penal, sob pena de nulidade, total ou parcial, do processo;

8. A restrição para ajuizamento de processos fiscais de valores antieconômicos não se estende à execução da multa, tendo em vista a inderrogabilidade da aplicação da sanção penal. As causas de extinção da punibilidade são taxativamente previstas no Código Penal. Outrossim, a legislação estadual estaria adentrando disciplina criminal, o que não é permitido pela Constituição, que resguarda matéria de direito penal à competência legislativa privativa da União. A interpretação conciliadora, portanto, deve limitar a aplicação da legislação restritiva mencionada aos créditos de natureza patrimonial.

9. Bibliografia

LIVROS

1. ASSIS, Araken de. *Manual do processo de execução*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.
2. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal*. 4. ed. revista, atualizada e ampliada pelas Leis 9.099/95, 9.268/96 e 9.271/96, do livro *Lições de Direito Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.
3. BOTTESINI, Maury Ângelo ... | et al|. *Lei de Execução Fiscal comentada e anotada*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.
4. FRANCO, Alberto Silva ... | et al. | *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*. Vol. 1, Tomo 1: parte geral. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.
5. JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal*. Vol. 1. 21. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998.
6. MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código de processo penal interpretado: referências doutrinárias, indicações legais, resenha jurisprudencial*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2000.
7. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 21. ed. rev. E atual.. São Paulo: Saraiva, 1999.
8. WALD, Arnold. *Direito das obrigações*. Editora Lux Ltda, 1962.

ARTIGOS

1. MELO, Renata Andréa Carvalho de. *Legitimidade "ad causam" na execução da multa penal*. <http://www.jusnavigandi.com.br/doutrina/exemulta.html>. 04 de janeiro de 2001.

2. MOREIRA, Rômulo de Andrade. *A execução da pena de multa*. <http://www.iusnavigandi.com.br/doutrina/execmult.html>. 04 de janeiro de 2001.
3. STRECK, Lenio Luiz. *O dever fundamental de pagar impostos*. *Jornal do Brasil*. 21 de fevereiro de 2001. p. 9.

DOS DIREITOS TRABALHISTAS INDIVIDUAIS

Sâmyla Clair Mendonça Oliveira (aluna do 9º período da graduação em Direito pela UFPE)

Sumário: 1. Intervenção Estatal: Fim à exploração da classe trabalhista; 2. O trabalho como direito social: previsões constitucionais; 3. Bibliografia.

1. Intervenção estatal: Fim à exploração da classe trabalhista

A fim de preservar a dignidade humana do trabalhador e promover a justiça distributiva, o Estado limita a autonomia da vontade nas relações contratuais de trabalho. Nesse sentido, foram criadas normas estabelecendo o direito do empregado a um salário mínimo, a uma jornada máxima, a condições mínimas de trabalho, etc. Normas essas de ordem pública, imperativas, cogentes e inderrogáveis, que podem ser complementadas ou suplementadas pelos instrumentos da negociação coletiva, por laudos arbitrais ou decisões normativas da justiça do trabalho e pelos próprios protagonistas da relação de emprego, admitindo-se pela via negocial individual apenas a estipulação de condições que beneficiem o empregado, vedada a pactuação em níveis menos vantajosos ao hipossuficiente.

A legislação do trabalho nasceu intervencionista, como reação aos postulados da Revolução Francesa (1789), os quais, assegurando a autonomia da vontade nas relações do trabalho (*laissez faire*), permitiram a exploração do trabalhador. Devido à política não intervencionista do Estado Liberal, à enorme força econômica do empregador e à grande oferta de mão de obra em relação ao número de postos de trabalhos disponíveis, a exploração da classe trabalhadora era praticamente inevitável, cujos integrantes eram obrigados a aceitar as normas ditadas unilateralmente pelas entidades patronais, pois a única opção do trabalhador era entre o desemprego e as condições desumanas de trabalho impostas pela maioria dos empregadores. É oportuno lembrar aqui a observação de GEORGES

1 TEXEIRA, Sérgio Torres. Evolução no modelo brasileiro de proteção à relação de emprego: Proibição à despedida abusiva, p. 46.

RIPERT em seu livro *Instituciones de Derecho Del Trabajo*: “A experiência demonstra que a liberdade não basta para assegurar a igualdade, pois os mais fortes depressa se tornam opressores”.

Ao perceber a falha do sistema liberal através do não-intervencionismo, o Estado neoliberal passou a intervir diretamente nas relações trabalhistas, estabelecendo regras de proteção mínima destinadas a assegurar melhores condições laborais ao trabalhador e diminuir as mazelas da Questão Social.

A fim de proteger o prestador de serviços, que se encontra em clara desvantagem em relação ao empregador, o Estado visa criar uma situação de igualdade proporcional entre ambos, equilibrando o vínculo mediante instrumentos legais limitativos da vontade das partes. O princípio da proteção do trabalhador resulta das normas imperativas e, portanto, de ordem pública, que caracterizam a intervenção básica do Estado nas relações de trabalho, visando a opor obstáculos à autonomia da vontade. Essas regras cogentes formam a base do contrato de trabalho, constituindo-se numa linha divisória entre a vontade do Estado, manifestada pelos poderes competentes, e a dos contratantes. Estes podem complementar ou suplementar o mínimo de proteção legal. Daí decorre o princípio da irrenunciabilidade, que é intenso na formação e no curso da relação de emprego, e que não se confunde com a transação, quando há *res dúbia* ou *res litigiosa* no momento ou após a cessação do contrato de trabalho.

Portanto, é impossível não se pensar na intervenção básica do Estado, sobre diversos aspectos, nas relações de trabalho, impondo condições mínimas de proteção ao trabalhador e estabelecendo a base legal do contrato, sem a qual, a exploração do homem pelo homem seria inevitável. O responsável natural por esse intervencionismo básico é a Justiça do Trabalho, que representa valioso instrumento de equidade social num país desigualmente desenvolvido.

2. O Trabalho como Direito Social: Previsões Constitucionais

Entende-se por Direitos Sociais, aqueles direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras *liberdades positivas*, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria das condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social.

2 SÜSSEKIND, Arnaldo. *Instituições de Direito do Trabalho*, p. 134.

3 SÜSSEKIND, Arnaldo. *Op cit.*, p. 133.

4 MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*, p. 191.

Os direitos dos trabalhadores, em suas relações individuais de trabalho, estão tratados no artigo 7º, da Constituição Federal de 1988, que estipula a gama de direitos trabalhistas urbanos e rurais, visando à melhoria das condições sociais dos mesmos. Os trabalhadores domésticos, ou seja, aqueles que prestam serviços auxiliares de administração residencial de natureza não lucrativa, também são beneficiados pelo citado artigo, porém seus direitos são mais limitados, pois, de acordo com o parágrafo único do dispositivo mencionado, só se aplicam a essa espécie de trabalhadores as disposições contidas nos incisos IV, VI, VIII, XV, XVII, XVIII, XIX, XXI e XXIV.

A maioria das normas de Direito do Trabalho tem como finalidade impor limites à autonomia da vontade. Grande parte dos incisos, do artigo em comento, possuem aplicabilidade imediata, só encontrando barreiras no direito adquirido, no ato jurídico perfeito e na coisa julgada. Entretanto, existem alguns que não são imediatamente aplicáveis e dependem de lei para sua efetivação prática, ou seja, para determinar os limites dessa aplicabilidade.

Um dos aspectos da relação de emprego que mereceu um tratamento especial do legislador foi o chamado princípio da continuidade da relação de emprego. Inicialmente foram estabelecidas regras que proibiam a realização de contratos de longo prazo, sendo inclusive vedada a pactuação por um período de tempo indeterminado, pois se entendia que a contratação por longa duração aproximava a relação à já inaceitável escravidão. No entanto, posteriormente, entendeu-se que é de interesse de ambas as partes contratantes, bem como da sociedade em geral, o prosseguimento da relação de trabalho. O empregado tem interesse na conservação da relação, pois sua subsistência vem da fonte de trabalho e, a manutenção do vínculo gera um sentimento de segurança e tranqüilidade que não existiria sem tal manutenção. O empregador também se beneficia com o prosseguimento do vínculo, pois, através dos anos a produtividade é melhor devido ao aprimoramento da capacidade laborativa e, os riscos decorrentes da inexperiência funcional diminuem, contribuindo para integração do trabalhador na instituição patronal. A sociedade em geral também é beneficiada com a manutenção do contrato, pois implica a satisfação de um dos objetivos do Estado moderno, que é assegurar uma ocupação para todos, consagrando o direito ao trabalho. Assim, as normas trabalhistas passaram a prever os contratos por tempo indeterminado como regra e, o pacto por prazo determinado, como exceção.

5 TEXEIRA, Sérgio Torres. *Op cit.*, p. 47.

A despedida é considerada uma forma anormal de terminação de contrato, contrária às diretrizes favoráveis à conservação do elo de emprego, por isso enfrenta uma resistência normativa imposta pelo Estado, efetivada através de instrumentos criados pelo legislador com o objetivo de evitar – ou ao menos desestimular – a despedida sem causa justificadora, assegurando assim uma maior durabilidade da relação de emprego. Na lição de De Page, o que caracteriza, *prima facie*, a rescisão contratual é o acordo da partes. A rescisão unilateral constitui exceção ao princípio da força obrigatória dos contratos e só é permitida quando a lei o autorize. Por outro lado, a rescisão, seja por mútuo acordo, seja pela vontade unilateral, constitui sempre uma causa anormal de extinção do contrato. Existe um conjunto de institutos disciplinadores para proteger a relação de emprego da rescisão contratual por unilateral do empregador; são as chamadas medidas inibitórias, que criam obstáculos para a dissolução contratual por iniciativa do empregador, quando a dispensa é sem justa causa; visam a dificultar, porém, não impedem o distrato unilateral por ato patronal. Assim, as medidas inibitórias tornam onerosas as despedidas sem justa causa ou praticadas de forma arbitrária, aplicando sanções pecuniárias a fim de proteger o empregado hipossuficiente e atender às diretrizes do princípio da continuidade da relação de emprego. Dentre essas medidas, destaca-se o instituto da indenização compensatória, que é o ressarcimento devido ao empregado em face de dispensa arbitrária ou sem justa causa, ou seja, sem uma causa reconhecida legalmente como legítima, não considerada pela lei como capaz de justificar a rescisão contratual. Tal instituto foi consagrado pela nossa atual Constituição como o principal instrumento de proteção ao empregado.

O que protegerá o empregado em caso de desemprego involuntário é o seguro desemprego⁶ previsto no inciso II, do art. 7º, da CF/88. A matéria está tratada na lei 7.998, de 11/01/90, que tem como finalidade dar assistência temporária ao trabalhador despedido sem justa causa, ou por paralisação, total ou parcial, das atividades do empregador, auxiliando ou mesmo na busca de um novo emprego para promover sua reciclagem profissional. A citada lei fixa exigências, estabelece prazos e determina condições que devem ser seguidas para que o trabalhador possa usufruir desse direito.

O fundo de garantia por tempo de serviço é previsto como um direito autônomo, é uma espécie de patrimônio individual do trabalhador, que tem

6 SÜSSEKIND, Arnaldo. *Op. cit.*, p. 235.

7 AFONSO DA SILVA, José. Curso de Direito Constitucional Positivo, p. 283.

como escopo suprir despesas extraordinárias para as quais apenas o salário não seria suficiente. No caso de desemprego involuntário, o seguro desemprego será financiado pelo Programa Integração Social e Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público – PIS/PASEP.⁸

Embora a Constituição não seja lugar para se estabelecer condições das relações de trabalho, ela o faz a fim de proteger o trabalhador, quanto a valores mínimos e algumas condições de salário.

Se de um lado existe a obrigação do trabalhador em prestar os seus serviços pessoalmente, por outro tem o empregador de lhe pagar o salário. O dever de trabalhar corresponde ao dever de pagar uma remuneração que se chama salário. AMAURI MASCARO NASCIMENTO adverte que geralmente os termos salário e remuneração são empregados como sinônimos, porém remuneração é a totalidade dos pagamentos efetuados ao empregado, incluindo comissões, gratificações, adicionais, prêmios e até mesmo os que provem de terceiros, como a gorjeta. Salário também é o pagamento periódico e habitual,¹⁰ entretanto se baseia no critério tempo, obra ou nos dois conjuntamente.

Nas sociedades antigas não havia preocupação em se fixar um salário. Já em épocas mais próximas do século XX o salário deveria ficar sujeito à lei da oferta e da procura. Segundo COBDEN, “o salário sobe, se dois patrões procuram um empregado, e diminui, se dois empregados procuram um patrão”.¹¹ Felizmente, hoje, o salário mínimo é fixado em lei e nacionalmente unificado, o que já é um avanço, muito embora, os seus propósitos de atender às necessidades vitais e básicas de uma família – garantindo-lhes moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social – ainda é pura ilusão, pois o valor fixado do salário mínimo é vergonhoso, mal sendo suficiente para suprir as “necessidades vitais”, ou seja, garantir a sobrevivência dos que dele depende.

A Constituição também trata do piso salarial, sendo resultado das vontades das partes e, designa a menor remuneração permitida em uma determinada categoria profissional. Inova, garantindo a irredutibilidade do salário, elevando a hierarquia maior, só permitindo o arbitramento por convenção ou acordo coletivo. Assegura ao trabalhador uma remuneração nunca inferior ao salário mínimo, mesmo que este não possua um salário fixo. Estipula um 13º salário com base na remuneração integral ou no valor

8 AFONSO DA SILVA, José. Idem, ibidem.

9 AFONSO DA SILVA, José. Idem, p. 284.

10 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*, p. 568.

11 Apud ARNALDO SÜSSEKIND. *Direitos Sociais na Constituinte*, p. 62.

da aposentadoria. Estabelece uma remuneração superior para o trabalho noturno, que terá um acréscimo de pelo menos 20% sobre a hora diurna para os trabalhadores urbanos e de 25% para os rurais. Considera crime a retenção dolosa do salário, que é irrenunciável, impenhorável e constitui crédito privilegiado na falência e concordata do empregador. Tal retenção se caracteriza como apropriação indébita.¹² Contudo, se o 13º salário já tiver sido pago e funcionário for despedido por justa causa, é permitido ao empregador descontar os salários correspondentes ao prazo respectivo ao aviso prévio, que é de no mínimo trinta dias.

O inciso XI mantém a participação do trabalhador nos lucros das empresas, já prevista na Constituição de 1946, porém nunca aplicado por falta de uma lei que o complementasse. Seu único resultado prático foi a criação do PIS para o setor privado e do PASEP para o setor público. Não se trata propriamente de participação nos lucros das empresas, mas uma forma participativa num fundo geral.

Alguns direitos dos trabalhadores são destinados a seus dependentes, como é o caso do salário-família, que entra no campo do direito ao salário, mas só para o trabalhador que possua dependentes. Mais importante socialmente é o direito previsto no inciso XXV, que assegura assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até os 6 anos de idade em creches e pré-escolas. Realmente este é um dever do Estado no que toca à educação, contudo – como muito outros deveres que não são cumpridos – o presente inciso chega a beirar o ridículo, uma vez que milhares de mães ficam impedidas de trabalhar porque não têm onde deixar seus filhos. Mas, como precisam trabalhar, vez que essa é a única forma de sobreviverem, deixam as crianças sós em casa ou com pessoas incapazes de prestar uma assistência devida.

O objetivo dos trabalhadores é constituir condições dignas de trabalho, a fim de melhorar o padrão social de todos. O repouso do trabalhador é um dos elementos capazes de manter essas condições dignas do trabalho. Os incisos XIII ao XVII tratam exatamente da proteção física ao esforço desempenhado pelo trabalhador para o cumprimento de suas tarefas, neles se fixa o teto máximo de horas diárias e semanais de trabalho, regula-se sobre jornada de trabalho, repouso semanal, remuneração de hora-extra e gozo de férias anuais.

Os incisos XVIII e XIX suspendem temporariamente a relação de emprego, permanecendo a percepção de salário sem obrigação à prestação laborial. De acordo com eles a mãe tem uma licença de 120 dias após o parto e o pai, uma de 5 dias, nos termos fixados em lei. O inciso XX é

12 AFONSO DA SILVA, José. *Op. cit.*, p. 285.

bastante interessante, pois estabelece uma distinção favorável à mulher, protegendo seu mercado de trabalho mediante incentivos específicos. Tal inciso tem como finalidade dar à mulher condições de competitividade, sem discriminações, pois pesquisas, estudos e inúmeras reuniões internacionais revelam que se elevou a participação da mulher no mercado de trabalho, inclusive da mulher casada. Mas se evidenciou, igualmente, que ainda é ampla a discriminação contra o trabalho feminino, a refletir-se principalmente no valor dos salários, na seleção de trabalhadores para admissão e, na dispensa do emprego.¹³ O citado inciso visa justamente amenizar tais diferenças, a fim de alcançar a igualdade de oportunidades e de tratamento para ambos os sexos.

Sobre os incisos XXII e XIII, PEDRO PAULO TEIXEIRA MANUS é elucidador ao afirmar que com a união de tais incisos é provável que tenhamos efetivas melhorias em nível das condições de saúde, higiene e segurança do trabalho, pois a par da amplitude do direito assegurado, além de onerar o empregador que permite e até estimula o trabalho em tais condições¹⁴, como visto, há determinação de redução dos riscos trabalhistas. É verdade que sempre teremos trabalho penoso, insalubre ou perigoso, que necessitará ser executado, o que exige a instituição de adicionais para indenizar o trabalho em situações mais adversas, mas, sem dúvida, ideal que se limite ao máximo o trabalho nestas condições.

Os trabalhadores também possuem direito a aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, aposentadoria, reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho, proteção em face da automação (pois, diante do avanço tecnológico, há uma ameaça de substituição de mão-de-obra humana por robôs), seguro contra acidente de trabalho e, ainda, nesse último caso, indenização caso haja dolo ou culpa.

Quando se trata do direito de ação – quanto a créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional variável de acordo com a natureza urbana ou rural do trabalhador – chega-se ao texto mais polêmico ao lado do inciso I, em relação aos direitos trabalhistas na Constituição. É válido lembrar que foi a primeira vez que a prescrição trabalhista foi elevada a nível constitucional e, devido ao pouco tempo de vigência da atual Constituição, é mister uma verdadeira interpretação-criação para se alcançar o sentido correto do novo prazo prescricional no que concerne ao trabalhador urbano, não podendo desrespeitar-se o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.¹⁵ Muitos autores asseguram que a

13 OLIVEIRA, Luciano. *Conflitos coletivos e acesso à justiça*, p. 32.

14 Apud IVO DANTAS. *Constituição Federal: Teoria e Prática*, p. 337.

15 DANTAS, Ivo. *Op. cit.*, p. 341.

prescrição, tanto em relação ao trabalhador urbano como ao rural, só deveria começar a fluir com o término da relação de emprego. Existe, pois, muita discussão a respeito desse tema, sobre o qual ainda não se chegou a uma posição pacífica. Alongar-se muito no assunto seria dar margem a uma discussão ainda maior, sem no entanto chegar a um resultado satisfatório.

Os incisos XXX, XXXI, XXXII e XXXIII formam um conjunto que se refere às cláusulas proibitivas e, qualquer regulamentação em contrário deve ser revogada.¹⁶ Estes visam a garantir a isonomia material e não discriminação, além de possuírem uma dimensão protetora do trabalhador. Porém, mesmo havendo tais cláusulas proibitivas, a distinção, exclusão de preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, idade, origem social ou estado civil, subsistem de forma cruel e desumana. Os portadores de deficiência, embora a lei lhes reserve um percentual dos cargos e empregos públicos, também são vítimas de notória discriminação, bastando, para perceber isso, observar quão poucos os lugares que possuem uma estrutura adequada para recebê-los e acomodá-los. A proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual, ou entre os profissionais respectivos, não significa estabelecer isonomia salarial entre as pessoas dos três tipos de profissões, pois tal igualdade tem como pressuposto a identidade de funções.¹⁷ O último inciso do conjunto proíbe o trabalho noturno perigoso ou insalubre aos menores de 18 e, de qualquer trabalho, a menores de 16 anos, salvo na condição de aprendiz. Tal cláusula não condiz com a realidade observada no Brasil, onde milhões de menores trabalham, sistemática ou interpoladamente, antes da idade mínima fixada para o trabalho, prejudicando ou impedindo sua formação escolar e, em alguns casos, colocando em risco a saúde e a vida dos mesmos. Essa busca do trabalho antes da idade legal se dá pela enorme pobreza em que se encontra milhares de famílias brasileiras, vinculada à falta de desenvolvimento no nosso país.

Finalmente, o último inciso do artigo 7º, também insiste no princípio da isonomia, desta vez para assegurar igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso, o que constitui uma novidade constitucional. Segundo lição de ARNALDO SÜSSEKIND, trabalhador avulso é aquele que presta serviços, na orla marítima, trabalhando, sem vínculo empregatício, para várias empresas (tomadoras de serviço), que requisitam esse à entidade fornecedora de mão de obra.¹⁸ Seu trabalho é constante, há uma relação de trabalho permanente

16 DANTAS, Ivo. *Idem*, p. 345.

17 AMAURI MASCARO NASCIMENTO, apud IVO DANTAS. *Idem*, *ibidem*.

18 SÜSSEKIND, Arnaldo. *Op. cit.*, p. 306.

e posto de trabalho fixo, o trabalhador avulso apenas espera ser destacado pelo seu sindicato, tendo que estar disponível e não podendo recusar o trabalho. O parágrafo único desse artigo trata dos direitos assegurados aos empregados domésticos, assunto que já foi esclarecido anteriormente.

Embora as disposições dos trinta e quatro incisos do art. 7º da CF/88 constituam um grande avanço nas regulações dos direitos trabalhistas em suas relações individuais, a maioria deles são totalmente descumpridos, como se tais regulamentações não existissem. Para que o trabalho alcance o seu objetivo de Direito social, como condição de efetividade de existência decente e da dignidade da pessoa humana, faz-se necessário que as disposições de todos os incisos sejam respeitadas e se façam valer com legítima força obrigatória.

3. Bibliografia

1. AFONSO DA SILVA, José. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 1994.
2. DANTAS, Ivo. *Constituição Federal: teoria e prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.
3. MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2000.
4. NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 1997.
5. OLIVEIRA, Luciano. *Conflitos Coletivos e acesso à justiça*. Recife: FUNDAJ, Editora Massagana, 1988.
6. SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direitos Sociais na Constituinte*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986.
7. _____. *Instituições de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTR, 1996.
8. TEXEIRA, Sérgio Torres. *Evolução no Modelo Brasileiro de Proteção à Relação de Emprego: Proibição à despedida abusiva* *Revista da Amatra*. Recife: ano 1, n. 1, 1997, p. 46-58.

WHEREAS, the State of Texas has a certain tract of land...

and the same is now being offered for sale...

and the same is now being offered for sale...

and the same is now being offered for sale...

and the same is now being offered for sale...

and the same is now being offered for sale...

and the same is now being offered for sale...

and the same is now being offered for sale...

and the same is now being offered for sale...

and the same is now being offered for sale...

and the same is now being offered for sale...

and the same is now being offered for sale...

A FACULDADE, O DIREITO E O NOSSO TEMPO¹

Lúís Fernando Lima de Oliveira²

Saudações,

Antes de tudo, é necessário exprimir a imensa felicidade de ocupar hoje esta tribuna. De todas as responsabilidades estudantis que me foram atribuídas, esta é certamente a que mais gerou expectativas. E por dois motivos: primeiramente a generosidade e o carinho que vocês amigos souberam transmitir nestes cinco anos, como também pelo personagem que empresta nome à Turma. Um homem comum, como todos nós, que dedicou a própria vida para exercer seu ofício da maneira corajosa e necessária: Pedro Jorge de Melo e Silva.

"Faculdade de Direito do Recife: foi aqui, e não em outro lugar, que eu construí a minha vida". Como não citar as palavras do mestre Lourival Vilanova. Esta frase ecoa na mente de todos estudantes desta Casa.

De fato, não é este outro lugar que não o verdadeiro templo consagrado ao Direito, à Justiça e à Liberdade. Direito como força motriz da coletividade; Justiça como sentimento polar de garantia da paz social; e *"Liberdade para pensar e dizer o que se pensa"*, segundo Tobias Barreto.

Atualmente, de nada adianta ressaltar nossa Faculdade e seu passado glorioso apartados de uma visão crítica. Pouco vale adorá-la como a um museu, pelo que foi. Nossa herança deve servir de esteio para os tempos futuros, pois a eles pertencemos. O lente Clóvis Beviláqua afirmou certa vez que a História seria a reconstrução do passado. Embebido de espírito questionador, ousou discordar dessas palavras, e afirmou: a história não é senão o futuro e o presente que construímos.

Assim, ao mencionar nossa Casa, desloque-se a lanterna da proa do pretérito para a popa dos novos mares. Chega de dizer que a Faculdade de Direito do Recife foi o maior centro irradiador de cultura do país; que produziu líderes conscientes de seu papel social; que levantou importan-

1 Discurso de Colação de Grau da Turma Procurador Pedro Jorge de Melo e Silva, dos concluintes de 2001.1 do curso de graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco, proferido no Teatro do Centro de Convenções da UFPE no dia 18 de julho de 2001.

2 Orador da Turma.

tes bandeiras de lutas, como o abolicionismo ou o fim do Estado Novo. Estes verbos devem ser conjugados sempre no presente.

Hoje, a FDR se encontra em uma encruzilhada. Sua estrutura física já não comporta de modo adequado os estudantes; suas instalações não permitem o acesso de deficientes físicos; sua velha Biblioteca encontra-se desatualizada, sem condições de conservar seus exemplares raros e sequer está informatizada; os professores substitutos, sem liberdade de cátedra, já são quase a maioria do corpo docente.

As relações de nosso Centro com a Reitoria são marcadas pela ambigüidade. A UFPE é filha legítima de sua centenária Faculdade de Direito. Qualquer instituição gostaria de ter nascido sob o manto de tal lastro. E, no entanto, não recebemos o apoio devido, proporcional a nossas necessidades. A Faculdade também erra, ao subestimar sua força, deixando de exercitar seu poder de pressão. A atual situação exige uma mudança de postura de seus dirigentes.

Não obstante suas peculiaridades, este ocaso reflete um contexto nacional de equivocada desvalorização do ensino público superior. Assistimos ao desmonte de toda uma estrutura para entregá-la à iniciativa privada, quando se sabe que por vezes a pesquisa e a extensão não se coadunam com a busca exclusiva do lucro. E mais ainda, quando a universidade brasileira já demonstrou sua capacidade de responder aos desafios do nosso povo. A própria UFPE serve de exemplo em áreas como informática e física avançada. Ameaçar este patrimônio é abdicar de um modelo autônomo de construção de um país.

E acima dos problemas, podemos exaltar ser este o melhor curso de Direito do Estado. E por um motivo fundamental: a qualidade de seus estudantes. Somos nós que conseguimos ultrapassar as dificuldades; superar a visão anacrônica de uma graduação que sequer possui um projeto de orientação pedagógica. Somos nós que elaboramos projetos para reestruturação física da Faculdade, como seu Museu, sua Videoteca e Biblioteca e nos destacamos nos concursos públicos e provas de admissão na Ordem dos Advogados. São os estudantes o diferencial deste curso, e é com seu entusiasmo que a Faculdade de Direito sempre poderá contar.

Prezados professores, interpretem com maturidade minhas palavras. Tradicionalmente, o orador desta tribuna buscava desmoralizar a Congregação. Mas outro é meu objetivo. Busco seu fortalecimento. Pois foi justamente na época em que a Faculdade sofria as críticas mais contundentes que melhor conseguiu demonstrar sua pujança.

Senhoras e senhores, vivemos uma era de crise das instituições. Nestas ocasiões, podemos perceber com maior clarividência o distanciamento daquilo que nos foi ensinado para a realidade social.

Aprendemos que a República Federativa do Brasil fundamenta-se na cidadania e na dignidade da pessoa humana; todavia, nosso país aponta uma das maiores concentrações de renda do mundo e sua população sofre chagas medievais. Aprendemos que o Presidente da República deve assegurar o cumprimento das leis e da Constituição; e assistimos embasbacados à sucessão de emendas atentatórias aos princípios da Carta de 88. Aprendemos que o Estado deve oferecer segurança e, no entanto, vivemos trancafiados em nossas casas, enquanto o sistema penitenciário não demonstra condições de ressocializar o preso e se vê refém da própria rede de condenados que abriga. Aprendemos também que aos menores de 18 anos devem ser garantidas as condições para o desenvolvimento físico, mental e social; e, não obstante, o Estatuto da Criança e do Adolescente morre de velhice antes dos 20, por ter trabalhado anos seguidos nas indústrias de carvão ou se prostitui aos 13, nas avenidas da zona sul da cidade, sob nosso olhar complacente.

A separação dos Poderes é também princípio fundamental. Mas o que presenciamos é o Executivo legislando; enquanto o Legislativo julga, em intermináveis CPI's. O Poder Judiciário não escapa desta crise. O Supremo Tribunal Federal, guardião de nossa Lei Maior, encontra-se atado pela submissão, a ponto de um de seus ministros ser intitulado 'líder do governo'. O Superior Tribunal de Justiça não está em posição melhor. Muitos de seus membros são indicados por meras razões políticas, muitas vezes sem observância dos requisitos basilares de notável saber jurídico e reputação ilibada, inclusive com vergonhosas contribuições pernambucanas. Os Tribunais de Justiça já não são visualizados de baixo para cima, pelas denúncias de esquemas de corrupção e favorecimento.

Colegas, de todos, o curso que ora concluímos é o único que prepara seus alunos para o exercício de um Poder: o Poder Judiciário. Este talvez seja o único que não emana do povo. Tal posição faz cegar de vaidade determinados magistrados, que não se atentam à responsabilidade do cargo.

Todos os anos, convivemos com a entrada de novos bacharéis disputando o mercado de trabalho. A quantidade excessiva de profissionais, a maioria sem o devido preparo, originada da mercantilização do ensino, não fez somente aumentar a já forte concorrência. Outrossim, vem corroendo a solidariedade da classe dos advogados que começa aos poucos a perder seu *status*. A busca de honorários tem exposto clientes a verdadeiras aventuras jurídicas. Estes, por sua vez, passam a exigir resultados a qualquer preço, mesmo que às custas de uma mínima conduta ética.

Toda esta lamentável situação faz crer que a pior de todas as nossas

crises é a crise moral. Mas os tempos de crise são também tempos de mudança. Precisamos superar este paradigma, *devemos ser esta mudança*.³

Na verdade, a sociedade brasileira já está mudando. Hoje, não admitimos tão passivamente a figura do político desonesto. A atuação de uma imprensa livre e investigativa tem mostrado capacidade de intimidar os dirigentes e pôe a nu sua atuação. O Ministério Público tem exercitado cada vez com maior dignidade seu papel de fiscal da lei. As entidades do chamado Terceiro Setor constituem forma profícua de participação coletiva, contribuindo na construção de políticas públicas.

E estamos mudando de maneira uniforme. Abandona-se a tradição personalista e busca-se um ideal conjunto. Nossa democracia caminha para uma gestão participativa, com a sociedade mais mobilizada. Estes fatos provam que não precisamos mais de salvadores da pátria. Precisamos de nós mesmos!

Para tanto, devemos repensar este país. E logo pergunto: qual Estado da Federação que mais reúne condições de apresentar este novo modelo? A resposta é óbvia: Pernambuco. Nenhuma outra terra possui nossa tradição de civismo e formação de líderes com preocupações nacionais. Nenhum outro Estado foi mais aguerrido nas lutas democráticas, nem demonstra tamanha diversidade cultural. Nestes tempos de reengenharia político-social e incertezas da conjuntura internacional, cabe ao povo pernambucano servirmos de guia para um desenvolvimento adequado à nossa realidade, sem trasladar modelos importados.

Devemos recuperar nossa auto-estima e pararmos de rir quando vemos à nossa frente objetivos tão elevados. O vencedor só é vitorioso por pecar com a ignorância de que seus planos eram impossíveis. Temos o maior patrimônio que se pode possuir: a força de nossa gente. Estamos aptos para liderar este desenvolvimento mais humano, pois conforme prelecionou o pernambucano cidadão do mundo, Josué de Castro: "*Só há um tipo de verdadeiro desenvolvimento: o desenvolvimento do homem. O homem, fator de desenvolvimento, o homem beneficiário do desenvolvimento. É o cérebro do homem a fábrica de desenvolvimento. É a vida do homem que deve desabrochar pela utilização dos produtos postos à sua disposição pelo desenvolvimento*".

Que esta nova mentalidade aconteça. E que surja de onde tudo começou: a Faculdade de Direito do Recife.

Amigos, nossa Turma de bacharéis inaugura o milênio. Simbolicamente, iniciamos uma nova era. As dificuldades que hoje nos atemorizam

3 Alusão à célebre frase atribuída a Mahatma Gandhi: "*Devemos ser a mudança que queremos ver no mundo*".

não devem ser maiores que nossa força de vontade de superá-las. Tenho profunda confiança na capacidade de vocês para tanto. Permitam-me quebrar ligeiramente o protocolo, mas foram os membros desta Turma que, nos momentos mais difíceis da minha vida acadêmica, souberam transmitir serenidade e bom senso, além de uma amizade sólida e um raro entusiasmo. Firmemos um pacto de união em torno desses objetivos em comum. Sim, nós podemos. Que o exemplo de Pedro Jorge nos sirva de sustentação moral nas adversidades. Assim, todos juntos escreveremos com a pena da coragem e a tinta da esperança uma nova história.

Neste momento, não poderia me furtar a fazer, em nome de todos bacharelados, determinados agradecimentos. Primeiramente aos pais, pela dedicação, pela fé e pela vida. Por sempre representarem uma mão segura nas incertezas do mundo, mesmo aqueles não mais presentes fisicamente, é também de vocês esta conquista.

Aos maridos, esposas, namorados e namoradas, agradeço por terem compreendido que a ausência foi por vezes imprescindível para se tecer este momento.

Agradeço, igualmente, aos verdadeiros mestres que estiveram presentes conosco na Faculdade. Não só os justamente homenageados, mas todos que contribuíram de maneira séria para nossa formação. Vocês certamente não ajudaram a formar apenas bacharéis; mas, sobretudo, homens e mulheres.

Para exercer os cargos de Patrono, Mestre-amigo e Paraninfo foram escolhidos três filhos da nossa mesma Faculdade. Este reconhecimento não foi por acaso.

Nosso patrono demonstra a consciência, enquanto presidente da FIEPE, da responsabilidade social e ambiental que se exige do empresariado moderno, bem como a vontade de auxiliar a retomada do crescimento do Estado. Como parlamentar de laboriosa atuação, torna evidente que a vida política, independentemente da posição ideológica, deve se pautar pelo respeito à moralidade.

O Desembargador Macêdo Malta, orador da Aula da Saudade, mostrou mais do que os percalços do Processo Civil. Mostra, a cada dia, que é possível atuar no Tribunal sem utilizá-lo como cabide de emprego para os familiares. E que o Judiciário muito mais fará para a sociedade se conseguir prestar um serviço célere e íntegro, sem precisar de assistencialismos que fogem de sua alçada.

Paraninfando a Turma, encontramos o Prof. Dr. Maurício Rands, estimado amigo. Suas aulas de Direito do Trabalho nos ensinaram a importância da consciência político-social dos operadores do Direito; expuseram que a lei não é fato isolado, mas fruto dos homens, e para o bem

deles que se deve dirigir. Hoje, encontra-se temporariamente afastado das bancas, realizando um outro sonho. Todavia, seu exemplo de engajamento social reflete-se nesta nova geração.

Aos servidores e demais prestadores de serviço, nosso muito obrigado. A atenção e os préstimos de vocês foram sem dúvida fundamentais em nosso dia-a-dia.

Meus queridos amigos, senhoras e senhores. Chegamos ao momento final. Estamos abandonando definitivamente aquilo que se convencionou chamar - e aqui me permitam o inescapável lugar-comum - de melhor fase de nossas vidas.

Já não somos os mesmos da chegada. Tantos desencontros; tantos tiveram que antecipar esta despedida; tantos ainda a esperam. Nós mesmos estamos diferentes, melhores e mais adultos neste momento.

Encerramos a convivência cotidiana. As conversas nos corredores, as provas, as competições da briosa equipe d'Os Cangaceiros, eternamente campeã. Fomos a última Turma de um hoje velho currículo da graduação em Direito desta Universidade e mesmo sem a exigência curricular, seus membros se destacaram em atividades como monitoria, pesquisa científica e movimento estudantil.

Alguns de nós partirão para outras cidades. Uma parte buscará a magistratura; outros, o Ministério Público. Ainda há os que ingressarão na advocacia, no magistério e mesmo na política.

Serão caminhos diferentes, mas que certamente se cruzarão por toda nossa vida. A Faculdade de Direito servirá sempre como marco zero desta nova fase. O tempo e a distância não diminuirão a calidez do abraço fecho no momento do reencontro, nem da lembrança fraterna.

A Bíblia nos ensina que para tudo há um tempo debaixo do sol. Se isto for verdade, como piamente acredito, há o tempo de plantar e o de colher; há o tempo de enfrentar o futuro de frente e sem medo; há o tempo de resistir às tentações dos caminhos fáceis e crescer com dignidade e a consciência tranqüila; há o tempo de se indignar com as desigualdades e buscar diuturnamente sua superação; há, por fim, o tempo de caminhar-mos de mãos dadas para sermos um instrumento da justiça.

E para nós, amigos, este tempo começa agora!

Boa sorte a todos!

Muito obrigado.

APOIO CULTURAL:

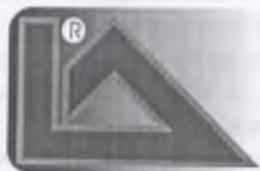
**TABELIONATO FIGUEIREDO
8º OFÍCIO DE NOTAS DO RECIFE**

Ivanildo de Figueiredo Andrade de Oliveira Filho
Tabelião Público



**SERVIÇOS NOTARIAIS COM ESPECIALIZAÇÃO E
SEGURANÇA JURÍDICA**

ESCRITURAS PÚBLICAS - TESTAMENTOS - PROCURAÇÕES PÚBLICAS -
RECONHECIMENTO DE FIRMAS - AUTENTICAÇÃO DE DOCUMENTOS



LIVRARIA AMERICANA

A Sua Melhor Opção em Livros Jurídicos

José Ivan Mendonça Jorge

Insc. Est. N.º 18.6.001.0244400-5

CNPJ 40.875.965/0001-42

Rua Afonso Pena, n.º 79 – Santo Amaro – Recife

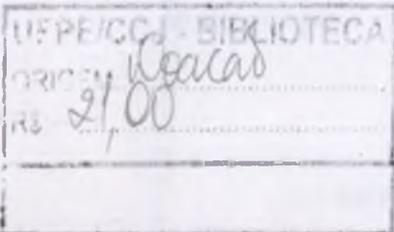
CEP: 500501.130

Fone/fax: 3423-9711 / 3222-4946/ 3074-0038/Cel 9974-6125



MM eira

advogados associados e consultoria





agt.

Imo. / 2019

LIVRARIA
AMERICANA

Docad - 2004
Piot: Luciana de Melo
Vice-Diretora - FDA.

NÃO PODE SAIR
DA BIBLIOTECA



pela excelente qualidade dos artigos e pelo trabalho do Conselho Editorial (do qual, orgulhosamente, faço parte), mas também por ser a retomada de revistas que existiram na Faculdade de Direito no início do Século XX.

Curiosamente, apesar de estar no oitavo número, a *Revista Estudantes Caderno Acadêmico* foi, em muitos casos, o periódico que publicou os primeiros artigos dos alunos de iniciação científica e de vários discentes que hoje são acadêmicos de nossos cursos de mestrado e doutorado. E hoje, em plena era do desmonte do ensino público promovido por uma política que privilegia o mercado em detrimento da formação acadêmica, a *Revista Estudantes Caderno Acadêmico* é uma demonstração cabal de que é possível, sim, a existência de uma Universidade pública nos moldes como queremos. Os estudantes, como vemos nessas páginas que se seguem, fizeram e fazem a sua parte. Que nossos governantes possam seguir o mesmo exemplo. Parabéns a todos os que conseguiram publicar seus artigos (após a rígida análise do Conselho Editorial) e meu abraço aos que fazem o NEA, por mostrarem ao Brasil que a Faculdade de Direito tem idéias e produz conhecimento, apesar dos pesares.

Prof. Dr. Alexandre da Maia
Mestre e doutor em Filosofia e Teoria
Geral do Direito pela UFPE, onde leciona
nos cursos de graduação e pós-graduação
lato sensu em direito.

