ESTUDANTES

ISSN 1519-7905

Caderno Acadêmico

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

Esta Revista representa mais do que uma esperança, uma realidade extremamente importante e positiva, inserida num contexto de tantas dificuldades pelas quais passam nossa Academia. Universidades mal aparelhadas, professores e servidores pessimamente remunerados e sem condições de trabalho, desenham um quadro que para os pessimistas é muito mais do que o prenúncio do caos.

Contudo, e com todos esses reveses, é possível ser otimista. E eu o sou. Esta Revista é mais um dos motivos para que se acredite que as coisas podem e vão mudar para melhor. Nossa dura realidade social mostra, felizmente, que nosso destino depende de nós. Podemos, ainda, construí-lo de modo correto.

Alunos estudiosos, sem qualquer obrigação curricular, se dispõem a analisar temas importantes do Direito e sobre eles emitem opiniões dotadas de abalizado fundamento jurídico: não há dúvidas de que merecem nosso respeito e nossos aplausos.

Neste momento em que se valoriza sobremaneira e quase que com exclusividade a vida profissional, época em que ser um profissional bem sucedido é, senão o único, o principal objetivo de muitos, o resgate cultural que os alunos desta Faculdade de Direito do Recife empreendem através desta Revista deve ser posto em relevo.

Parabenizo os discentes desta Escola e ao mesmo tempo, se tanto me é permitido, faço um pedido e dou um conselho. O pedido é para que esta iniciativa seja levada adiante e que sempre sejam removidos todos os obstáculos que um dia possam a vir a atrapalhar os sucessivos lançamentos deste Caderno Acadêmico.

ESTUDANTES
CADERNO ACADÊMICO

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 06 – Número 9
Julho a Dezembro de 2002

2002
175 anos da Faculdade de Direito do Recife

CONSELHO EDITORIAL

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

SUMÁRIO

Apresentação (9)

Edital nº. 01/2003 (11)

- *Teoria Geral do Direito e do Estado*

Crise e Reforma do Estado: as bases estruturantes do Novo Modelo
Maria Carolina Miranda Jucá (13)

- *Direito Civil*

Parâmetros legais informadores do Dano Moral e limites do *quantum* indenizável: uma abordagem critica do projeto de lei (substitutivo) do senado federal nº 150/1999
Paulo Rosenblatt (29)

- *Direito Constitucional*

Mandado de Injunção: "Poder Normativo dos Juízes?"
Flavianne Fernanda Bitencourt Nóbrega (45)

A Medida Provisória antes e após a Emenda Constitucional nº 32/01
Manuella de Oliveira Gonçalves (59)

- *Direito Administrativo*

Concessão de Rodovias no Brasil: breve análise das fontes de receitas das concessionárias
Márcio Blanc Mendes (77)

Contrato de gestão: possibilidades legais e natureza jurídica
Ana Monteiro de Almeida Santos (95)

- *Direito Tributário*

O princípio constitucional tributário da não-confiscatoriedade
Marcelo Casseb Continentino (113)

O sigilo bancário e a lei complementar nº 105/01
Mariana Cavalcanti de Souza (135)

- *Direito da Informática*

A tributação do comércio eletrônico: limites e possibilidades da fiscalização da administração tributária no ambiente virtual
Diego Fernando Vila Nova de Moraes (149)

Aspectos tributários dos sites: uma análise à luz da comparação entre estabelecimento comercial clássico, o virtual e o mencionado na legislação fiscal
Lucas Leonardo Feitosa Batista (163)

- *Direito Penal*

Lei nº 8.072 de 1990 (lei dos crimes hediondos): questões polêmicas acerca de sua aplicabilidade
José Ricardo do Nascimento Varejão (179)

Aplicabilidade da Lei nº 10.259/01 em face da Lei nº 9.099/95: uma nova visão acerca do conceito de infrações de menor potencial ofensivo
Eloyse Silvestre Teixeira e Renata Barbosa Golçalves (195)

- *Direito Processual Civil*

Remédios cabíveis contra a liminar concedida em mandado de segurança
Cecília de Melo Lopes Guimarães e Cristiane Cavalcanti B. Campello (213)

A problemática dos precatórios da execução contra a Fazenda Pública e as novas perspectivas com o advento das EC 30 e 37
Desirée Cristina Rodrigues Vasconcelos (229)

O abuso no direito de recorrer sob a ótica da retórica aristotélica
Gabriela Tavares Miranda Maciel (245)

Abuso do direito de defesa na tutela antecipada
Paula Albuquerque Armstrong (259)

A inversão do ônus da prova na relação processual de consumo
Jayana Freitas Poggi de Carvalho (271)

O protocolo de las leñas c/ paradigma das cartas rogatórias executórias e da eficácia extraterritorial das sentenças proferidas nos países do mercosul
Rodrigo Vasconcelos Coelho de Araújo (283)

- *Direito Previdenciário*

Aposentadoria por idade: requisitos constitucionais e legais
Fábio Luiz de Oliveira Bezerra (295)

- *Direito Ambiental*

Natureza jurídica do meio ambiente e a proteção especial do art. 225, § 4º da CF/88
Luciana Santos Pontes de Miranda (309)

APRESENTAÇÃO

É com grande alegria que o Núcleo de Estudos Acadêmicos (NEA) da Faculdade de Direito do Recife apresenta o nono número da *Revista Estudantes – Caderno Acadêmico*. Não apenas um lançamento, mas uma edição comemorativa dos 175 anos da Casa de Tobias, para que não seja esquecida sua história e que, olhando para o passado, possamos caminhar em direção ao futuro.

Com uma intensa trajetória desde seu relançamento na década de 90, a *Revista*, popularmente chamada de *Acadêmica* por grande parte dos alunos, serve não apenas como um canal de expressão e difusão das pesquisas e estudos desenvolvidos em nossa Faculdade. Bem mais que isso, é a prova viva de que a dedicação, o empenho e a vontade de produzir e refletir sobre novas idéias e conhecimentos leva os estudantes da FDR a enfrentarem as adversidades e enfrentarem a onda de marasmo e sucateamento que ameaça a Universidade Pública brasileira.

Hoje, com a consolidação da *Revista*, reconhecida pela classificação do ISSN – Biblioteca Nacional e sob a avaliação de um Conselho Editorial de renomados docentes, o NEA está preparado para este grande desafio de oferecer resistência à estagnação no campo acadêmico. Queremos dar voz e vez à inovação, à pesquisa, aos novos rumos do pensamento jurídico e social que é produzido na UFPE. Só com a união e integração dos estudantes poderemos transformar o meio universitário num ambiente de intenso debate, criticando com coerência e tentando sempre enxergar além dos manuais e clássicos jurídicos. Conhecimento profundo e plural, engajado e renovador.

Não poderia ser diferente. O atual panorama jurídico e político do Brasil exige isso de nós, estudantes. Com o novo governo, está sendo anunciada a possibilidade de reformas nos campos tributário, previdenciário e trabalhista. Além disso, vivemos sob a égide de um Novo Código Civil, que merece uma análise aprofundada por trazer diversas alterações, em especial no direito de família. Mais ainda, o *boom* do crime organizado nas grandes cidades e na grande mídia vem trazendo a discussão sobre direitos fundamentais e mudanças na legislação penal e

processual penal para a sociedade civil, o que representa um grande desafio para todos os pensadores e estudiosos do Direito.

Nesta edição, a *Revista* traz 20 artigos produzidos exclusivamente pelos alunos. Salientamos que o processo de seleção tem primado pela imparcialidade e por critérios absolutamente técnicos, haja vista ser a escolha dos textos publicados de inteira responsabilidade dos professores do Conselho Editorial, não tendo estes acesso ao nome ou dados pessoais dos autores. Infelizmente, pelo espaço reduzido, torna-se impossível a publicação de todos os artigos apresentados, um problema que vem sendo administrado com zelo e atenção pelos colegas do Conselho Diretor.

Não poderíamos deixar de, ao entregar mais um número da *Estudantes – Caderno Acadêmico* à comunidade universitária, agradecer a todas as entidades, professores, alunos e amigos, em especial aos funcionários da Biblioteca, que nos ajudaram nesta árdua mas gratificante tarefa. Ao DADSF – Diretório Acadêmico Demócrito de Souza Filho, novamente agradecemos pela contribuição financeira. Aos Professores Alexandre da Maia, Artur Stamford, Ivanildo Figueiredo e Nilcea Maggi, pelo incentivo, auxílio material e apoio inestimáveis, sem os quais esta *Revista* não poderia ser publicada.

Por fim, é também um prazer apresentar os novos membros do NEA, e parabenizá-los pela vontade e coragem de levar esta idéia à frente com tamanha competência. A Alfredo Carlos, Adriana Albuquerque, José Bartolomeu Jr., Eduardo Souza, Flavianne Nóbrega e Marcos Toscano, nossas sinceras homenagens. Aos demais colegas, nosso agradecimento pela atenção e o convite para participarem, junto conosco, na construção de um Núcleo de Estudos Acadêmicos e uma *Revista Estudantes – Caderno Acadêmico* cada vez melhores.

Saudações fraternas dos que fazem o NEA,

João Chaves
Secretário-Geral do NEA

EDITAL N.º 01/2003

O Núcleo de Estudos Acadêmicos da Faculdade do Direito do Recife faz saber que se encontra aberto o prazo para recebimento de trabalhos para publicação no periódico *Estudantes - Caderno Acadêmico.*

Os trabalhos deverão ser entregues até **30 de junho de 2003** 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, que poderão remeter artigos até a data da colação de grau.

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; Mediatriz: 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.
14. Os autores que tiverem seus artigos selecionados para a publicação deste periódico ficam cientes que a *ESTUDANTES-CADERNO ACADÊMICO* poderá, a depender de seu interesse e garantindo a vinculação da autoria, disponibilizar os respectivos textos por outros meios de divulgação.

Luciana Leal Brayner
Núcleo de Estudos Acadêmicos

CRISE E REFORMA DO ESTADO: AS BASES ESTRUTURANTES DO NOVO MODELO

Maria Carolina Miranda Jucá
(Aluna do 9º período da Graduação em Direito da UFPE; Ex-Monitora de Direito Civil I e Direito Processual Civil I e II)

Sumário: 1. Intróito; 2. Evolução e Crise do Estado Contemporâneo; 3. A Reforma do Estado; 3.1. Governabilidade e Reforma Política; 3.2. Governança e Reforma Administrativa; 4. As Três Formas de Administração Pública; 4.1. A Administração Gerencial; 5. A Reforma Administrativa do Estado Brasileiro; 6. Conclusão; 7. Bibliografia.

1. Intróito

O Estado assume, ao longo da história, as mais variadas feições, num processo de transformação constante, para que possa se conformar à dinâmica social. Nesse contexto de permanente mudança, o Estado Moderno, ao longo de sua evolução, foi levado a rever, por mais de uma vez, sua forma de intervenção na sociedade.

Disso resultou uma repetição monótona de processos de reforma e contra-reforma do Estado, em movimentos pendulares que o conduzem ora à centralização administrativa, identificando-o com o tradicional Estado social-burocrático, ora a uma tendência descentralizadora, marcada por maior flexibilização da estrutura administrativa, com a redução do tamanho do Estado.

O Brasil, como não poderia deixar de ser, não ficou alheio a todo esse processo de mudança, vindo a empreender, ao longo do século passado, algumas alterações fundamentais no modo de se estruturar, o que culminou, em meados da década de 90, com a implantação de um novo modelo de administrar, a saber, a administração gerencial.

O presente estudo se propõe a desenhar todo o quadro histórico desse processo cíclico de evolução estatal, avaliando os fatores determinantes dos movimentos reformistas das duas últimas décadas do século XX, no intuito de extrair as bases do novo modelo de Estado.

2. Evolução e Crise do Estado Contemporâneo

Ao longo do século XVIII, pôde-se notar a estruturação do *Estado liberal*, caracterizado pela adoção de uma postura de mero guardião da ordem e segurança nacionais, reduzindo sua atuação ao pequeno núcleo estratégico, correspondente, sobretudo, à defesa nacional, arrecadação e diplomacia. Era o Estado mínimo, alheio à área social e ao domínio econômico, os quais ficavam ao sabor das próprias forças sociais.

O modelo de Estado modesto começa a decair após a Primeira Guerra Mundial e a Revolução Russa, ruindo definitivamente na década de 30 do século passado. Isso porque o mercado livre e a inexistência de uma política social levaram as economias capitalistas à insuficiência de demanda agregada, ensejando uma crise generalizada que abriu espaço para a emergência do *Estado Social-Burocrático*, de cunho intervencionista.

A nova visão do Estado reconhecia seu papel complementar nos âmbitos econômico e social. Isso significava, para o Estado intervencionista, a assunção da prestação de serviços sociais fundamentais, além do disciplinamento da ordem econômica, seja para limitá-la e permitir sua compatibilização com o interesse coletivo, seja para estimulá-la através da concessão de apoio financeiro, creditício e de infra-estrutura, ou ainda, através de sua atuação direta na prestação de atividades econômicas.

Surgiram, nessa nova realidade, o Estado do Bem-Estar Social *(Welfare State)*, nos países desenvolvidos, em especial na Europa; o Estado Desenvolvimentista e protecionista nos países em desenvolvimento do chamado Terceiro Mundo; e os Estados Comunistas do bloco soviético.

Aos poucos, a própria estrutura do Estado intervencionista, voltada para conformá-lo ao papel de um verdadeiro **demiurgo social**[1], na expressão de Bresser Pereira, tornou-o incapaz de desenvolver a contento todas as atividades que tinha assumido, induzindo a um processo descentralizante, tanto no que se referia à prestação de serviços públicos, quanto no tocante à realização, por interposta pessoa, de atividades econômicas.

Todo esse processo se efetivava graças aos métodos administrativos da desconcentração e da descentralização. No primeiro, concedia-se autonomia de gestão a unidades formadas nos limites de uma determinada pessoa jurídica, distribuindo-se atividades segundo uma subordinação hierárquica. O segundo, implicava a técnica de transferência de atribuições a outro ente administrativo integrante da burocracia estatal, dotado de personalidade própria e de capacidade de se autogovernar, e sujeito, apenas, à tutela e vigilância da entidade criadora.

Nasceram, nesse último caso, as entidades da administração indireta (autarquias e empresas públicas), da mesma forma que se verificou uma crescente tendência à associação do Estado com o capital privado, através das sociedades de economia mista e de institutos como as concessões, permissões e autorizações de serviços públicos.

Contrariamente ao esperado, essa onda descentralizante não conseguiu superar os problemas do Estado intervencionista. Pelo contrário, o Estado hipertrofiado e super desenvolvido, ensejou uma queda ainda maior em seu grau de eficiência na prestação de serviços sociais e regulação econômica.

Nas palavras de Roberto Ribeiro Bazilli: *"Esse gigantismo, em aparente contradição, leva o Estado intervencionista a se esgotar; sobrecarrega o Estado com tarefas dispensáveis e que são melhores desempenhadas pela iniciativa privada; dificulta a adequada realização das atividades essenciais do Estado; a eficiência diminui bem como acarreta a insuficiência de recursos(...)"*[2]

Paralelamente, ao agigantamento do Estado, e contribuindo para o colapso do mesmo, verificou-se, a partir da segunda metade do século XX, uma profunda alteração no sistema econômico mundial,

---

[1] PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *A Reforma do Estado dos anos 90: Lógica e Mecanismos de Controle*. Brasília: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1997. p.11.

[2] BAZILLI, Roberto Ribeiro. *Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público: Nova Modalidade de Parceria*. Revista dos Tribunais. 89º ano, v. 779, set./2000, p.82

mudança essa capitaneada, sobretudo, pela aceleração do desenvolvimento tecnológico e pela redução dos custos de transportes e comunicações, fatos que conduziram a uma nova dinâmica do capitalismo internacional, correspondente à globalização, com a conseqüente integração das economias e dos mercados, rompimento de barreiras e acirramento da competição.

A globalização impôs uma dupla pressão sobre os Estados: por um lado cresceu o desafio estatal em proteger os seus cidadãos, dado que a lógica do mercado, privilegiado pela economia neoliberal, é favorável aos mais fortes e capazes e induz ao aumento da concentração de renda; de outro, exigiu do Estado maior eficiência na realização das tarefas públicas, de modo a aliviar as pressões sobre as empresas nacionais e facilitar sua concorrência frente ao mercado internacional.

Nesse novo contexto, de economia globalizada, intensa competição e reorganização da produção em escala mundial, a crise do Estado acabou por se configurar em três diferentes vertentes: *crise fiscal*, caracterizada pela crescente perda de crédito por parte do Estado e pela poupança negativa, tornando-o incapaz de realizar as políticas públicas; *crise do modo estatizante de intervenção do Estado,* o que significa o esgotamento do *Welfare State* e dos países comunistas*; e crise do modelo burocrático de gestão pública,* marcado pelos altos custos e baixa qualidade dos serviços púbicos.

Assim, o Estado Intervencionista, que no início do século passado foi apontado como fator de desenvolvimento, transformou-se em obstáculo ao crescimento econômico e social, e toda a crise estrutural descrita acabou por demandar imediatas alterações no seu modelo. Tal fato conduziu, na década de 80, a um movimento geral de reformas do Estado.

3. A Reforma do Estado

Consoante se demonstrou, o impacto da globalização promoveu o esgotamento do modelo de Estado Intervencionista, megalômano e onipresente, tanto no plano jurídico- institucional, como nos planos econômico, social e político. Tal crise, de proporções mundiais, exigiu que o papel do Estado fosse repensado, sendo imprescindível imediato reconhecimento dos núcleos em que o mesmo deveria atuar.

Em face dessa necessidade de redefinição do papel do Estado como meio de organização social, emergiu o *princípio da subsidiariedade*, que possibilita aprofundar a relação entre Estado e Sociedade, na medida em que se acomete aos corpos sociais uma participação ativa na realização do interesse público, numa espécie de **delegação social,** efetuada por meio do que Diogo de Figueiredo Moreira Neto denomina de **entidades de colaboração** e de **cooperação.**[3]

A idéia de subsidiariedade devolveu à sociedade organizada as atividades que, inobstante envolvam claro interesse público, prescindem da atuação direta do Estado, relegando ao mesmo o papel de fomentador, controlador e coordenador da atuação social. O Poder Público se retrai um pouco e é direcionado apenas às atividades que demandem, efetivamente, o emprego do aparelho coercitivo estatal.

Destarte, o Estado, nessa nova ótica, reduz seu papel de executor ou prestador direto de serviços para assumir o caráter de regulador, indutor e mobilizador dos agentes econômicos e sociais, cuja principal função seria simples-mente promover a coordenação estratégica do desenvolvimento, da integração regional e da inserção no mercado internacional, evitando, assim, a precarização dos serviços públicos e uma maior exclusão social.

Nesse sentido, uma das primeiras alternativas apontadas para a superação da crise do Estado Intervencionista foi o estabelecimento de parcerias entre o setor público e o privado, o que conduz ao crescimento do chamado setor público não-estatal.

Outro ponto que deve ser levado em conta, quando se fala em Reforma do Estado,é o anacronismo existente entre o Estado centralizador, produtor, prestador de serviços e excessivamente burocratizado, e a nova dinâmica do capitalismo internacional. De fato, em termos jurídico-institucionais, não se pode negar a premência de se adaptar o arcabouço normativo então em vigor à nova realidade.

Daí porque, segundo Bresser Perreira[4], outra forma de conceber a reforma do Estado é entendê-la como um processo de criação e transformação de instituições com o intuito de solucionar os problemas de **governabilidade** e **governança,** dois conceitos de extrema

---

[3] MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. *Organizações Sociais de Colaboração (Descentralização Social e Administração Pública Não-Estatal.* Revista de Direito Administrativo, v.210, out./dez., 1997, pp.186 e 188.

[4] PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Ob cit. p. 19.

importância dentro da lógica da reforma, uma vez que correspondem às dimensões política e administrativa da mesma.

3.1. Governabilidade e Reforma Política

Quando se fala em governabilidade, o que se põe em jogo é a capacidade política de governar, ou seja, a relação de legitimidade do Estado e de seu governo, perante à sociedade. A idéia de governabilidade está muito ligada ao apoio que um governo detém de sua população.

Durante muito tempo, diversos Estados latino-americanos, inclusive o Brasil, enfrentaram crises políticas, que nada mais eram que verdadeiras crises de governabilidade. Isso porque os processos de seleção e escolha de seus governantes careciam de legitimidade, haja vista que, na maioria das vezes, não eram implantados de forma democrática.

Nesse contexto, a falta de credibilidade constituía-se no verdadeiro óbice à implantação das reformas estruturais que se faziam necessárias e, por conseguinte, impedia a formação de um indispensável comprometimento social para o sucesso das mudanças a serem implementadas. O avanço gradual nos processos de democratização ocasionou, feliz-mente, a superação parcial da crise política, ao menos sob essa perspectiva.

Com efeito, a partir do final da década de 80, o problema da governabilidade, acabou por se deslocar para uma outra vertente, qual seja, a necessidade de adequação das instituições políticas estatais ao efetivo interesse público.

Assim, hodiernamente, a governabilidade nos regimes democráticos depende, em grande parte, de uma melhor intermediação dos diversos interesses do Estado e da sociedade em geral; da capacidade da sociedade em limitar suas demandas e da capacidade do governo de efetivamente atendê-las.

Mais do que isso e primordialmente, a Reforma do Estado, do ponto de vista da governabilidade, envolve a criação de mecanismos de responsabilização (ou *accountability*, isto é, dever de prestar contas e assumir responsabilidades perante os cidadãos) dos políticos e burocratas, ou dos gestores públicos em geral, pelos resultados de suas ações, evitando-se, assim, que se dê a vitória da cultura de prevalência dos interesses privados sobre o interesse público (cultura do *rent-seeking*, ou busca pelo lucro).

3.2. Governança e Reforma Administrativa

Enquanto a governabilidade deriva da legitimidade do Estado ou de seus dirigentes em face da sociedade governada, ou seja, vincula-se, fundamentalmente, à capa-cidade política estatal, a governança pode ser definida como a capacidade financeira e administrativa para pôr em prática, de forma eficiente, as decisões governamentais.

A crise fiscal dos anos 70 e 80, caracterizada pela incapacidade do Estado em superar o problema da poupança pública negativa e pela falta de recursos para a introdução e desenvolvimento de novas políticas governamentais, nada mais representou senão uma crise de governança, na medida em que imobilizava o Poder Público, obstando-o de cumprir seus deveres sociais e contribuindo ainda mais para a precarização dos serviços públicos.

Essa crise de governança, aliada à rigidez e ineficiência da máquina administrativa, tornou premente a implantação de um novo modelo de administração pública, capaz de melhor atender as demandas sociais. É aí que resurge o tema da Reforma Administrativa.

De fato, como se viu, a reforma administrativa é um assunto recorrente na história da administração pública, dado que ao longo de toda sua evolução e em quase todos os governos, fala-se da necessidade de uma administração mais moderna e eficiente, num embate constante de duas forças opostas: a burocracia formalista, ritualística e centralizadora, e as correntes modernizantes, contrárias à burocracia tradicional.

A prevalência de uma ou de outra dá-se de forma cíclica. Em um determinado momento, diante do colapso do modelo mais rígido, exsurgem os defensores da modernização do aparelho estatal, apelando pela descentralização, autonomia e liberdade de operação por parte das organizações públicas.

Algum tempo depois, o mesmo sistema que apareceu como resposta à ineficiência burocrática acaba por resvalar para a criação de privilégios corporativistas, favorecimento, clientelismo e corrupção. Assim é que renasce novamente, em face desse quadro, a proposta tradicional e centralizadora, subjugando o modelo anterior, sob o argumento da restauração da moralidade e probidade administrativas.

Não é de se espantar que no contexto de ruína do Estado Intervencionista e ascensão do Estado neoliberal, uma dessas formas de Administração Pública tenha sido suplantada pela outra.

Especificamente nesse momento histórico, vislumbrou-se a tomada de posição da administração gerencial, em detrimento do tradicionalismo burocrático. Desse modo, conclui-se que a realização dos objetivos da Reforma do Estado passa, impreterivelmente, pela reforma do modo de administrá-lo e pelo questionamento do paradigma burocrático vigente até então.

4. As Três Formas de Administração Pública

A administração pública burocrática teve origem na segunda metade do século XIX, como forma de combate aos excessos do modelo anterior, patrimonialista, que não resistiu ao desenvolvimento do capitalismo e da democracia, e ao fortalecimento da sociedade civil.

O *Estado patrimonialista* era marcado pela confusão entre os interesses públicos e privados, uma vez que o aparelho estatal nada mais era que uma extensão do poder do soberano, não havendo distinção entre a coisa pública e os bens da realeza. Como conseqüência, a corrupção, o clientelismo e nepotismo avultavam.

Superada a lógica patrimonialista, começaram a ser difundidas as idéias weberianas de administração racional-legal, ou administração burocrática, mais conformes com a sociedade capitalista.

O caráter racional apontado por Weber se consubstanciava na escolha dos meios mais adequados (ou eficientes) para a realização dos fins visados. O legalismo, por sua vez, ficava consignado na medida em que a escolha desses meios e fins era pautada rigidamente em regras, estatutos, regulamentos, enfim, na lei em sentido lato.

O novo modelo de administrar consagrava a impessoalidade, o formalismo, a divisão do trabalho, a hierarquia funcional, a competência técnica baseada em um sistema de mérito e ainda de um rígido controle *a priori* dos procedimentos (meios) adotados pelo administrador público, tudo na tentativa de frear a excessiva corrupção que tomava conta do sistema anterior.

Na segunda metade do século XX, diante do ritmo acelerado que se imprimiu às relações sociais e econômicas, a ineficiência desse tipo de administração mostrou-se patente. Isso porque o modelo burocrático é dominado pelo determinismo e linearidade, pela obediência cega à lei, sendo, em razão disso, mais conforme com um ambiente relativamente estável, de poucas transformações, ou de mudanças razoavelmente previsíveis.

Nessa perspectiva, o rigor do cumprimento do ritual burocrático não conseguiu sobreviver aos avanços tecnológicos e ao mundo globalizado, de mudanças constantes e imprevisíveis. A gestão da coisa pública passou a exigir uma forma de administrar mais ágil, descentralizada, e mais voltada para o controle dos resultados que dos procedimentos. É nesse contexto que surge a chamada *administração gerencial*.

4.1. A Administração Gerencial

A Administração Pública Gerencial constitui, de certa forma, um rompimento com o sistema burocrático tradicional, sem, no entanto, negá-lo *in totum*, uma vez que esse novo modelo tem muitos de seus princípios fundamentais derivados do anterior, tais como a admissão segundo rígidos critérios de mérito, avaliação de desempenho, sistema de carreiras, profissionalismo e impessoalidade. As semelhanças, porém, não vão muito além disso.

Com efeito, enquanto a administração tradicional, burocrática, é mais voltada para si mesma, identificando, com freqüência, o interesse público com os interesses do próprio Estado e direcionando os recursos públicos para o atendimento das necessidades da própria burocracia e do aparato estatal, a administração gerencial relaciona sua atuação ao interesse da coletividade, sob a ótica do **cidadão-cliente**, ou **cidadão-usuário**.

Nesse sentido, na administração gerencial o foco deixa de ser a própria administração pública para tornar-se a satisfação do cidadão. Cabe ao Estado assegurar, no interesse desse cidadão-usuário, a maior **eficiência** e qualidade dos serviços públicos, e não apenas verificar o cumprimento da legislação em vigor.

Destarte, se no sistema anterior a avaliação do servidores integrantes da burocracia estatal privilegiava critérios como assiduidade, disciplina e tempo de serviço, em detrimento do efetivo atendimento das necessidades sociais, no novo sistema esse tipo de conduta é inaceitável.

Paralela a essa nova visão de interesse público, está a derrocada do sistema de controles formais e legais, típicos da administração burocrática, e a ascensão dos controles de produtividade, economicidade e eficiência, vale dizer, do controle *a posteriori* de resultados.

Em busca da maior eficiência administrativa e melhor gestão da coisa pública, são tomadas diversas medidas, sobretudo quanto à forma de organizar-se o aparato estatal e quanto à política de pessoal.

Entre essas providências, podem ser citadas: a transferência de funções do poder central para entes intermediários e locais, o fortalecimento de técnicas de coordenação de serviços e atividades entre as diferentes esferas políticas (como consórcios intergovernamentais, acordos-programas e convênios), o aumento da autonomia de entidades da administração indireta, a capacitação dos dirigentes e a criação de carreiras específicas para os altos gestores, além da valorização do servidor, visando a criar condições objetivas para o desenvolvimento dos responsáveis em pôr em prática a reforma planejada.

Assim, reduz-se o formalismo, flexibiliza-se o modo de administrar e de implementar as políticas públicas, desburocratiza-se e descentraliza-se a administração (lançando-se mão, p.ex. de instituições como as agências executivas e celebração de contratos de gestão).

Em conformidade com todas essas mudanças, algumas das atividades estatais (de cunho não monopolista e caráter competitivo, a exemplo dos serviços de saúde, educação, pesquisa, limpeza urbana, entre outros), passam a ser compartilhadas com a sociedade civil, para garantir a melhor prestação dos serviços públicos.

O modelo gerencial consagra ainda, nesse último ponto, relativo à maior participação dos agentes privados e/ou da sociedade civil na prestação dos serviços públicos, o princípio da **competição administrativa,** citado por Marcos Alonso Nunes[5].

Segundo esse princípio, a forma mais duradoura de se atingir eficiência no serviço público é instituir um mecanismo para estimular a prestação dos mesmos. Essa competição envolveria entidades estatais, entidades privadas e públicas não-estatais, e levaria em conta não o sistema de preços, como ocorre no mercado privado, mas a redução de custos operacionais, aumento de qualidade, atingimento de metas e outros indicadores do desempenho institucional.

Tecidas essas considerações, é possível relacionar aquelas que, segundo Bresser Pereira[6] são as principais características do modelo de administração gerencial:

---

[5] NUNES, Marcos Alonso. *Agências Executivas: Estratégias de Reforma Administrativa.* Brasília: Ministério da Administração e Reforma do Estado, 1997. p. 8.
[6] PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Ob.cit. p.42.

a) "orientação do Estado para o cidadão usuário ou cidadão-cliente;
b) ênfase no controle dos resultados, através de contratos de gestão (ao invés de controle de procedimentos);
c) fortalecimento e aumento da autonomia da burocracia estatal, organizada em carreiras ou "corpos" de Estado, e valorização de seu trabalho técnico e político de participar, juntamente com os políticos e a sociedade, da formulação das políticas públicas;
d) separação entre as secretarias formuladoras de políticas públicas, de caráter centralizado, e as unidades descentralizadas, executoras dessas políticas;
e) distinção entre dois tipos de unidades descentralizadas: as agências executivas, que realizam atividades exclusivas do Estado, por definição monopolistas, e os serviços sociais e científicos de caráter competitivo, em que o poder do Estado não está envolvido;
f) transferência para o setor público não-estatal dos serviços sociais e científicos competitivos;
g) adoção cumulativa, para controlar as unidades descentralizadas, dos mecanismos (1) de controle social direto, (2) do contrato de gestão em que os indicadores de desempenho sejam claramente definidos e os resultados medidos, e (3) da formação de quase- mercados em que ocorre a competição administrativa;
h) terceirização das atividades auxiliares ou de apoio, que passam a ser licitadas competitivamente no mercado".

5. A Reforma Administrativa do Estado Brasileiro

Até o século XIX, o Estado Brasileiro era, fundamentalmente, um Estado patrimonialista clássico, que pouco se voltava para o desenvolvimento econômico e social. Mesmo após a proclamação da República e tomada de poder pelas oligarquias locais, não se verificaram alterações substanciais no modo de administrar.

A primeira experiência efetiva de reforma do Estado brasileiro dá-se a partir de 1930, momento em que o mesmo passa por mudanças profundas, em face da aceleração do processo de industrialização nacional. No governo Getúlio Vargas, então, emergem as primeiras

características de um Estado Intervencionista, expandindo-se as idéias weberianas.

Paralelo ao crescimento das atribuições do Estado, exsurgiu o modelo racional-legalista das organizações burocráticas, ampliou-se o funcionalismo público e universalizou-se o sistema de mérito, impessoalidade, centralização e hierarquia. Para implementar todas essas mudanças foi criado, em 1936, o Departamento de Administração do Serviço Público – DASP.

Os sinais de disfuncionalidade do sistema rapidamente começaram a aparecer, tanto que, pouco tempo após a introdução do mesmo, criou-se a primeira autarquia, a partir da idéia de descentralização e flexibilidade dos serviços públicos. Esse fato já correspondia, para alguns, a um primeiro indício da administração gerencial.

Na verdade, porém, a administração pública burocrática predominou até a década de 60 do século passado, quando ocorreu a primeira real tentativa de redução da rigidez burocrática e implantação de algumas vertentes do modelo gerencial, através do Decreto-Lei nº 200, de 1967.

Mediante o Decreto-Lei 200/67 foi implantada uma filosofia de descentralização e delegação de competências, privilegiando-se a administração indireta por meio da criação de autarquias, fundações, sociedades de economia mista e empresas públicas. Nesse setor indireto, foram reduzidos os controles meramente formais, flexibilizando-se a gerência de recursos públicos.

As alterações administrativas introduzidas pelo Decreto-lei 200/67 trouxeram, no entanto, algumas conseqüências negativas. Isso porque a possibilidade de contratação de funcionários sem prévio concurso público acabou por estimular o patrimonialismo e o clientelismo, com a nomeação, em muitos casos, segundo critérios exclusivamente políticos.

Outrossim, a não institucionalização de instrumentos de controle para os órgãos da administração indireta contribuiu para o seu desvirtuamento, haja vista que tais órgãos acabaram por se curvar aos interesses privados. Com o uso indevido da flexibilidade e autonomia do sistema, proliferaram-se os entes indiretos, fragilizando-se o núcleo central de políticas públicas.

Essas falhas do sistema introduzido pelo mencionado diploma legislativo foram postas em discussão na década de 80, diante da crise que tomava o país e do processo de redemocratização.

Como reação ao patrimonialismo e clientelismo verificados na administração indireta, tidos como resultados da excessiva autonomia de seus entes, os constituintes de 1988, retiraram dos mesmos sua flexibilidade operacional, submetendo-os a normas de funcionamento semelhantes às das entidades da administração direta.

Tal empreendimento foi apontado pelo PDRE como um **retrocesso burocrático**[7], promovendo um engessamento do aparelho estatal, com o retorno a muitos dos paradigmas do modelo de administração burocrática, a exemplo do controle rígido de processos, dificuldades na contratação de pessoal, na execução de compras e manejo dos recursos orçamentários.

Dado esse diagnóstico, a partir de 1995, começou a se defender uma nova reforma da administração pública brasileira, integrada a um abrangente processo de Reforma do Estado. Em decorrência disso, transformou-se a então Secretaria da Administração Federal - SAF - no novo Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado - MARE.

O MARE passou a desenvolver uma nova política de organização do Estado, que pode ser identificada em oito princípios fundamentais: 1) desburocratização (por meio de flexibilização administrativa e eliminação de procedimentos operacionais desnecessários); 2) descentralização (delegação de competências dentro da estrutura do Estado e estabelecimento de parcerias com a sociedade); 3) transparência (maior publicidade das ações governamentais, possibilitando o controle social); 4) *accountability*; 5) ética; 6) profissionalismo; 7) competitividade; e 8) enfoque no cidadão (como principal usuário dos serviços públicos)[8].

As referidas propostas foram posteriormente consolidadas no Plano Diretor da Reforma do Estado - PDRE -, e com base nelas iniciou-se todo o processo de Reforma do Estado que vem sendo gradativamente implantado no Brasil.

---

[7] MINISTÉRIO DA ADMINISTRAÇÃO FEDERAL E REFORMA DO ESTADO. *Plano Diretor da Reforma do Estado.* www.planejamento.gov.br, 12 de janeiro de 2001, p.7.

[8] PIMENTA, Carlos César. *A Reforma Gerencial do Estado Brasileiro no Contexto das grandes tendências mundiais.* Revista de Administração Pública. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, v. 35, n.5, set./out., 1998. p.181/183.

6. Conclusão

Ao fim e a cabo dessa exposição, analisados os movimentos de reforma e contra-reforma empreendidos ao longo dos dois últimos séculos, e todo o contexto em que foi desenvolvida a Reforma dos Estados em geral, e do Brasileiro em particular, já é possível traçar os principais elementos caracterizadores da nova concepção do Estado, e que servirão, a partir do final do século XX, de diretrizes fundamentais para sua estruturação. Em síntese apertada, são essas as novas bases estruturantes do Estado Contemporâneo:

a) delimitação das funções do Estado, com a redução do seu tamanho por meio, principalmente, de programas de privatização, terceirização e publicização;
b) redução da interferência do Estado ao plano de atividades em que haja real necessidade de sua intervenção, através de programas de desregulação que possibilitem maior controle via mercado, passando o Estado a ser promotor da capacidade de intervenção do país, e não protetor da economia nacional frente à competição externa;
c) aumento da governança do Estado;
d) aumento da governabilidade, graças a instituições políticas que garantam uma melhor intermediação de interesses sociais, com maior controle social e democracia direta;
e) implantação do modelo de administração gerencial, o qual teria repercussões nos âmbitos econômico (pela diminuição do déficit público, ampliação da capacidade financeira do Estado para concentrar recursos em áreas em que é indispensável sua atuação direta), social (aumento da eficiência dos serviços públicos, sejam eles prestados diretamente pelo Estado ou não, havendo melhor socialização dos mesmos) e político (pela melhor intermediação de interesses públicos e privados, assegurando um caráter mais democrático da gestão pública).

7. Bibliografia

BAZILLI, Roberto Ribeiro. *Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público: Nova Modalidade de Parceria*. Revista dos Tribunais. São Paulo: v. 779, p. 79-92, set. 2000.

CASTOR, Belmiro Valverde Jobim, JOSÉ, Herbert Antonio Age. *Reforma e Contra-Reforma: A perversa Dinâmica da Administração Pública Brasileira*. Revista de Administração Pública. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, v. 32, n. 6, p. 97-111, nov./dez. 1998.

FERREIRA, Caio Márcio Marini. *Crise e Reforma do Estado: uma Questão de Cidadania e Valorização do Servidor*. Revista do Serviço Público. Brasília: ENAP, v. 120, n. 3, p. 5-32, set./dez. 1996.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MINISTÉRIO DA ADMINISTRAÇÃO FEDERAL E REFORMA DO ESTADO. *Plano Diretor da Reforma do Estado*. Disponível na internet: www.planejamento.gov.br, 12.01.2002.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Organizações Sociais de Colaboração (Descentralização Social e Administração Pública Não-Estatal)*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, n. 210, p. 183-194, out./dez. 1997.

NUNES, Marcos Alonso. *Agências Executivas: Estratégias de Reforma Administrativa*. Brasília: Ministério da Administração e Reforma do Estado, 1997.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *A reforma do Estado dos Anos 90: Lógica e Mecanismos de Controle*. Brasília: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1997, 58 p.

PIMENTA, Carlos César. *A Reforma Gerencial do Estado Brasileiro no Contexto das Grandes Tendências Mundiais*. Revista de Administracão Pública. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, v. 32, n. 5, p. 173-199, set./out., 1998.

PARÂMETROS LEGAIS INFORMADORES DO DANO MORAL E LIMITES AO *QUANTUM* INDENIZÁVEL: UMA ABORDAGEM CRÍTICA DO PROJETO DE LEI (SUBSTITUTIVO) DO SENADO FEDERAL Nº 150/1999.

Paulo Rosenblatt
(Aluno do 9º período da Graduação em Direito da UFPE; Ex-Monitor das disciplinas de Introdução ao Estudo do Direito I e II; Pesquisador bolsista do CNPq).

Sumário: 1. Introdução; 2. Compensação *versus* Reparação: o "Tabelamento" dos Danos Morais; 3. Considerações Dogmáticas ao PLS nº 150/1999; 4. Critérios Informadores para a Avaliação do Dano Moral; 5. A Adoção do Caráter Punitivo na Indenização; 6. A Fixação de um "Teto" Legal para as Indenizações; 7. A Inconstitucionalidade do Tarifamento dos Danos Morais; 8. Conclusão; 9. Bibliografia; 10. Anexo: Projeto de Lei do Senado nº 150 (substitutivo), de 1999.

1. Introdução

Ao passo que a Constituição Federal de 1988 solucionou o debate doutrinário e jurisprudencial acerca do cabimento de indenização por danos morais, o problema da quantificação desses danos continua inquietando, não apenas os estudiosos e operadores do direito, mas toda a sociedade. Além do mais, esse problema não está restrito somente ao Brasil, mas é questão presente em inúmeros ordenamentos que consagram o direito à indenização por danos morais.

A ausência de parâmetros para arbitrar o *quantum* indenizatório, e a imprevisibilidade das condenações em danos morais, destarte,

significam uma perda de segurança jurídica, que é um dos pilares do direito moderno[1].

Ante a instabilidade jurídica decorrente da disparidade de valores nas diversas condenações em Juízo, algumas vozes soaram exigindo uma solução legislativa para o problema. Sensível a isto, alguns projetos de lei foram apresentados nas Casas do Congresso Nacional, dentre os quais, o Projeto de Lei do Senado Federal nº 150, de 1999, da autoria do Senador Antônio Carlos Valadares, objeto de estudo do presente artigo. A opção por este projeto se dá porquanto este já foi aprovado pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, com o substitutivo do Relator Senador Pedro Simon[2], está há um passo na frente dos demais, aguardando a votação na Câmara dos Deputados e, sobretudo, por abordar uma série de pontos controversos sobre o tema. Ademais, este projeto serve como crítica para qualquer tentativa legislativa que tenha por objetivo tarifar os danos morais.

A proposição em foco visa regular o art. 5º, incisos V e X da CF/88, disciplinando o instituto do dano moral, oferecendo parâmetros ao juiz para a fixação do *quantum* indenizatório e, principalmente, estabelecendo limites míni- mos e máximos em níveis para os valores das condenações.

Não obstante os nobres motivos que impulsionaram os congressistas a se debruçarem sobre este problema, e com o devido respeito aos insignes juristas que opinaram favoravelmente à proposição em debate e com ela colaboraram, a exemplo do Professor Ovídio A. Baptista da Silva, cuja contribuição é citada no parecer do Relator, o projeto, além de pretensioso, vez que tem por objeto pôr fim a um das questões jurídicas atuais mais tormentosas, está equivocado em diversos pontos.

Não apenas a lei, na qual o projeto venha a se converter, será insuficiente para solucionar a ausência de parâmetros para a aferição do *quantum* indenizatório dos danos morais, como poderá criar tantos outros

---

[1] A respeito dos pressupostos diferenciadores do direito moderno, c.f. ADEODATO, João Maurício Leitão. *Modernidade e Direito. In*: Revista da ESMAPE, vol. 2, n. 6, out./dez., Recife: ESMAPE, 1997. pp. 255-274.

[2] Ofício nº CCJ/061/02-Presidência/CCJ, do Presidente da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, comunicando a aprovação definitiva em turno suplementar do Substitutivo ao Projeto, em reunião realizada em 5 de junho de 2002, nos termos do art. 284, do R.I.S.F.

desvios na sua fixação pelo Judiciário. É fundamental, assim, fazer uma análise pormenorizada da lei, a fim de evidenciar que o projeto não tem o condão de conferir certeza às decisões, mas tão somente confirmar o casuísmo e o subjetivismo delas.

2. Compensação *versus* Reparação: o "Tabelamento" dos Danos Morais

Em primeira leitura, a ementa anuncia que o projeto "*dispõe sobre danos morais e sua reparação*". Assim, antes mesmo da parte dispositiva, desponta a impropriedade do projeto. Ocorre que o fundamento dos danos morais não é a reparação dos danos, mas sim a sua compensação.

A observação acima não é meramente terminológica e desprovida de importância prática, como pode parecer. Ao contrário, este é o equívoco central do projeto e que contamina toda a sua redação. É que o seu alicerce está na idéia de "tabelamento" dos danos morais, ou melhor, na equivalência entre danos morais e reparação em dinheiro. O ponto nevrálgico da lei é, pois, a fixação de limites aos danos morais, através do estabelecimento de níveis de gravidade das lesões, conforme nos deteremos mais adiante.

Em princípio, entendia-se que o dano moral não poderia ser reparado em dinheiro, na medida em que a "dor não tem preço"[3]. A questão girava no equívoco de que toda indenização deveria se fundamentar na idéia de reparação e que todo o dano deveria ter um substrato econômico. No caso do dano moral, este é uma espécie de dano irressarsível, no sentido de que não se pode retornar ao *status quo ante* ao evento lesivo, nem muito menos arbitrar uma equivalência numérica entre o dano e a reparação pretendida.

Embora não seja ou não possa ser expresso em dinheiro, a indenização em pecúnia exerce um papel de satisfação para o lesado diante da sensação de perda. A dificuldade de avaliação do dano não é capaz de excluir, sob esse pretexto, o direito à prestação jurisdicional;

[3] CAHALI, Yussef Said. *Dano Moral*. 2. ed. São Paulo: RT, 1998. p. 18.

mesmo o caráter inestimável do dano moral não pode suprimir a proteção ao ofendido[4], porque "toda lesão, a qualquer direito, tem como conseqüência a obrigação de indenizar"[5].

Note-se que o próprio termo indenização tem o sentido de reparação e equivalência, mas por ordem prática continua sendo utilizado também para se referir à compensação dos danos morais[6].

Assim, mesmo que não seja passível de absoluta precisão, a indenização por dano moral deve ser convertida pecuniariamente, por possuir natureza de "satisfação compensatória", na medida em que visa atenuar o sofrimento do lesado e, ainda que não contemple uma situação de equivalência, possa reconduzir a vítima a um estado de normalidade e equilíbrio[7].

Segundo Clayton Reis, a indenização por dano moral tem a finalidade de "aplacar o natural espírito de vingança presente em todas as vítimas oriundas de ações delituosas"[8]. É a "Lei do Talião moderna"[9]. É por esta razão que, ao substituir o cidadão e vedar a vingança privada ou autotutela, o Estado deve exercer o seu poder para que a vítima seja compensada pelos danos morais. "Foi o sentimento legalista", leciona José de Aguiar Dias[10], "que transformou a vingança privada nos institutos da pena e da reparação dos danos".

3. Considerações Dogmáticas ao PLS nº 150/1999

O PLS (substitutivo) nº 150/1999 inicia com a difícil tarefa da definição, embora seja muito mais pertinente ao direito limitar-se a regular comportamentos do que definir conceitos. De qualquer modo, o art. 1º do projeto define dano moral como "*ação ou omissão que ofenda o*

---

[4] BITTAR, Carlos Alberto. *O Direito Civil na Constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais,1991. pp. 100-103.

[5] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p. 61.

[6] NUNES, Luiz Antonio Rizzatto, e CALDEIRA, Mirella D'Angelo. *O Dano Moral e sua Interpretação Jurisprudencial*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 1.

[7] MENDES, Robinson Bogue. *Dano Moral e Obrigação de Indenizar: Critérios de fixação do quantum*. Mato Grosso do Sul: UCDB, 2000. pp. 156-158.

[8] REIS, Clayton. *Avaliação do Dano Moral*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 23.

[9] REIS, Clayton. *Idem*. p. 105.

[10] DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 728.

patrimônio moral da pessoa física ou jurídica, e dos entes políticos, ainda que não atinja o seu conceito na coletividade".

Por um lado, ao se referir expressamente às pessoas jurídicas e entes políticos, ao lado das pessoas físicas, como sujeitas tanto ativas, quanto passivas dos danos morais, o projeto está atendendo ao entendimento dominante doutrinário e jurisprudencial. Note-se, neste sentido, que esta norma é meramente interpretativa, posto que, não havendo, na Carta Política de 1988, referência alguma aos sujeitos de direito desses danos, qualquer restrição seria flagrantemente inconstitucional.

Noutro giro, como qualquer definição, esta também comporta críticas, notadamente por tratar de "patrimônio moral", o que pode causar equívocos, já que a expressão "dano moral" é utilizada para se contrapor, não a dano físico, mas a patrimonial[11]; daí ser muito comum referir-se a "dano extrapatrimonial", posto que o agravo sofrido não repercute no patrimônio do ofendido, mas na sua esfera íntima. Luiz Antônio Rizzatto Nunes prefere falar em "patrimônio ideal", o que também é impreciso[12]. De toda sorte, este é mais um sinal da equívoca noção de indenização igualada à reparação.

Em seguida, os arts. 2º e 3º estabelecem os bens juridicamente tutelados pelo instituto do dano moral, respectivamente em relação à pessoa física e jurídica. Contudo, compartilhando da lição de Yussef Said Cahali[13] de que não é possível enumerar exaustivamente os danos morais, os bens arrolados nestes artigos devem ser interpretados de forma exemplificativa, e não como *numerus clausus*, sob pena de se suprimirem indevidamente tantas outras hipóteses conhecidas da doutrina e da jurisprudência. A CF/88 estabeleceu o mínimo, elegendo algumas hipóteses nas alíneas do art. 5º, que não são as únicas. Outrossim, "esses direitos não podem ser reduzidos por via legislativa, porque estão inscritos como direitos fundamentais. Podem, contudo, ser ampliados pela legislatura ordinária, como ainda receber extensão por via da interpretação"[14].

Curiosamente, embora tenha deixado de mencionar tantos bens importantes (por exemplo, dor, angústia, traumas emocionais,

---

[11] CAHALI, Yussef Said. *Op. cit.* p. 22.
[12] NUNES, Luiz Antonio Rizzato, e CALDEIRA, Mirella D'Angelo. *Op. cit.* p. 1.
[13] CAHALI, Yussef Said. *Op. Cit.* p. 20.
[14] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. Cit.* p. 65.

constrangimentos, e ate mesmo a redução da capacidade laborativa), o projeto substitutivo manteve a "liberdade de ação" como bem juridicamente tutelado por esta lei, sem que esta aparentemente se configure como dano moral. Inclusive, desta hipótese não cogita a doutrina nem há sinal na jurisprudência.

O art. 4º estabelece a solidariedade proporcional daqueles que concorrerem para o ato lesivo (comissivo ou omissivo); o art. 5º trata da faculdade de cumulação de pedidos por danos material e moral oriundos do mesmo fato, hipótese que hoje é objeto da Súmula 37 do Superior Tribunal de Justiça[15]. O § 1º do art. 5º contém norma processual expressa para que o juiz, na sentença, discrimine os danos patrimoniais dos morais, e o § 2º, de forma óbvia, diz que a avaliação dos danos materiais não refletem na aferição dos morais. O art. 6º, por seu turno, reforça a responsabilidade objetiva do Estado assente no art. 37, § 6º, esclarecendo que a indenização será devida ainda que o agente ou preposto da Administração Pública esteja irregular.

O art. 7º e seus parágrafos dizem respeito à fixação do *quantum* indenizatório, que será discutido adiante e de forma esmiuçada. O art. 8º estabelece a prescrição do direito à indenização por danos morais em seis meses a contar da data do fato, e o art. 9º diz que não se aplicam as regras do Código Civil de 1916, artigo desnecessário, já que o legislador do início do século se preocupou apenas com danos materiais e, mesmo que houvesse tratado dos danos morais, prevaleceria a regra de que "*lex posterior derrogat priori*", ou mesmo com o advento do Novo Código Civil, preponderará a norma especial sobre a geral.

4. Critérios Informadores para a Avaliação do Dano Moral

O *caput* do art. 7º, completado pelo § 2º - este parágrafo poderia ser suprimido e seu texto inserido na redação do próprio *caput* -, estabelece quais os critérios que devem ser levados em conta pelo juiz na análise do pedido de dano moral, quais sejam: o teor do bem jurídico tutelado, os reflexos pessoais e sociais da ação ou omissão, a possibilidade de superação física ou psicológica, assim como a extensão e duração dos efeitos da ofensa, a situação social, política e econômica das pessoas envolvidas, as condições em que ocorreu a ofensa ou o prejuízo

[15] Súmula 37 do STJ: "São cumuláveis as indenizações por dano material e moral oriundos do mesmo fato".

moral, a intensidade do sofrimento ou humilhação, o grau de dolo ou culpa, a existência de retratação espontânea, o esforço efetivo para minimizar a ofensa ou lesão e o perdão, tácito ou expresso.

Os critérios apresentados, dado o numeroso elenco, correspondem aproximadamente aos que a doutrina apresenta como essenciais, embora possa divergir num ou noutro critérios, bem como na sua redação. Trata-se de uma regra importante. Porém, apesar de o Senador Pedro Simon (PMDB/RS) afirmar, em seu relatório, que o disposto vem a "transformar uma situação de total subjetivismo na fixação dos valores das indenizações por danos morais a uma nova ordem com certas regras definidas"[16], isto não ocorre, no entanto.

O rol de critérios acima apontado, é inegável, auxilia o juiz na fixação dos danos morais, mas em momento algum afasta o subjetivismo das decisões. Antes leva à valoração subjetiva de cada um desses elementos. A sua contribuição, por sinal, a verdadeiramente mais importante desta lei, é a de obrigar o juiz a fundamentar a sua decisão conforme esses critérios. E é esta fundamentação que pode aproximar as decisões, na medida em que os Tribunais, em sede recursal, irão uniformizar o entendimento de cada um desses elementos nas várias hipóteses levadas a Juízo.

O equivoco é acreditar que os critérios abstratos contidos nesta lista possam conduzir de forma silogística a decisões uniformes em matéria de indenizações por danos morais.

5. A Adoção do Caráter Punitivo na Indenização

Uma regra de fundamental importância desta lei está inserida no § 3º do art. 7º, que assim versa: "*A capacidade financeira do causador do dano, por si só, não autoriza a fixação da indenização em valor que propicie o enriquecimento sem causa, ou desproporcional, da vítima ou de terceiro interessado*". Assim, por um lado, a indenização por danos morais não pode ser tão elevada que venha a gerar enriquecimento sem causa do ofendido, e por outro, que venha a comprometer a subsistência da pessoa física ou as finanças da pessoa jurídica, ou ainda tão irrisória que não compense os danos.

Este dispositivo tem por escopo afastar o temor do exemplo norte-americano de indenizações em valores "astronômicos", na medida

[16] Parecer nº 657-CCJ. Relator Senador Pedro Simon.

em que a capacidade financeira do agente não basta em si para autorizar uma indenização em um montante superior.

Contudo, o efeito poderá ser o inverso, na medida em que este projeto pretende inserir nas indenizações por danos morais o caráter punitivo, típico dos E.U.A., no direito brasileiro. Isto se verifica no § 4º deste artigo, conforme o qual, nas hipóteses de reincidência ou de indiferença do ofensor diante do ofendido, o juiz poderá elevar ao triplo o valor da indenização. Em direito, a indenização em dinheiro pode ter três funções: a de equivalência, a de satisfação e a de penalidade[17]. Desta forma, afastada a noção de reparação discutida *supra*, o projeto concilia a natureza compensatória do dano moral com o caráter punitivo da norma sancionadora (no sentido de desestímulo ao ilícito), independentemente de ser esta a intenção do legislador.

Trata-se um grande equívoco crer que o direito brasileiro esteja rumando no sentido dos julgados das cortes dos E.U.A., onde a indenização por dano moral não tem a intenção apenas de satisfazer o autor da ação e, eventualmente, punir o agressor, mas também a de levá-lo à exposição e execração públicas. Com efeito, o direito brasileiro não se presta a isso, nem isto faz parte da cultura nacional. Aliás, não há razão para a preocupação de que este modelo venha a ser copiado aqui, porque as diferenças entre a sociedade brasileira e a norte-americana, e entre os sistemas continental e o consuetudinário são enormes[18].

No que pese às agravantes, a caracterização de cada uma é um trabalho complexo. Em primeiro lugar, o que se deve entender por reincidência? Não existe previsão legal de uma reincidência civil. Se esta disser respeito à reincidência do campo penal, só poderá se configurar quando houver sentença penal condenatória anterior transitada em julgado e, desde que, entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior não tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, nos termos dos art. 63 e 64 do Código Penal. Cumpre salientar que esta será mais uma hipótese legal de influência da sentença penal na seara cível, cujos efeitos são personalíssimos e, portanto, só poderá ser considerada quando a responsabilidade civil for direta e subjetiva, o que afasta, senão todos, a maioria dos casos de responsabilidade presumida ou objetiva.

[17] BITTAR, Carlos Alberto. *Op. cit.* p. 100.
[18] Neste sentido, c.f. REIS, Clayton. *Op. cit.* pp. 42-45.

Em segundo lugar, a caracterização do que seja indiferença é uma tarefa muito mais difícil e que envolve um grau bem maior de subjetividade do juiz. Enquanto a reincidência é um critério técnico jurídico, a indiferença é uma palavra de uso comum. Como se percebe, o projeto de lei se afasta cada vez mais do ideal de certeza a que se propõe.

6. A Fixação de um "Teto" Legal para as Indenizações

O ponto crítico do projeto de lei em comento, sem dúvida, está no § 1º do art. 7º, que estabelece limites nivelados em razão da gravidade da lesão. Conforme o disposto, se a ofensa for julgada de natureza leve, a indenização terá o limite de vinte mil reais; se média, poderá variar de vinte mil reais a noventa mil reais; e se a ofensa for de natureza grave, de noventa mil reais a cento e oitenta mil reais.

O teto para danos morais é, portanto, de cento e oitenta mil reais. Chega-se à conclusão absurda de que o preço da dor (*pretium doloris*) no caso da perda de um ente querido falecido de forma brutal, ou ainda, o próprio preço da vida humana está legalmente fixado, independentemente das circunstâncias previstas no art. 7º *caput* e § 2º indicarem um valor maior. A vida humana, na lição de José Afonso da Silva[19], não é apenas um conjunto de elementos materiais, pois integram-na também valores imateriais, como os morais; por esta razão, não pode ser fixado taxativamente um valor que exprima a dimensão humana.

Surge ainda a questão de se no caso de reincidência ou de indiferença, do § 4º, o valor possa vir a ser triplicado, ultrapassando este teto. Se isto for possível, aí o valor da vida seria arbitrado em, no máximo, quinhentos e quarenta mil reais.

No Relatório do Senador, contudo, a única preocupação parece ser a da fixação do *quantum* tendo em vista a disparidade de valores para casos análogos, para evitar a exorbitância das indenizações à semelhança dos E.U.A. O propósito da lei, ao que parece, sugere muito mais uma proteção ao ofensor de valores indenizatórios exorbitantes do que a do ofendido. Não que o ofensor também não mereça proteção, muito pelo contrário, mas é que não há qualquer menção aos bens para a fixação desses limites.

---

[19] SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 204.

Este é o cerne da questão do "tabelamento" do dano moral, pois certos bens, como a vida, não podem ficar adstritos a limites pré-fixados. Ademais, em um país com as dimensões territoriais e a diversidade econômica, social e cultural do Brasil, é impossível criar uma pauta adequada e universal de valores para danos morais.

A regra proposta tem nítida inspiração da pena-base penal, com limites máximos e mínimos[20]. Ocorre que isto não implica em maior segurança, nem para o ofensor, nem para o ofendido. Tanto a nova lei pode elevar valores das indenizações, por conta dos níveis estabelecidos, como pode diminuir condenações que seriam mais altas pela mesma razão. Nada faz crer, portanto, que o nivelamento irá satisfazer qualquer dos sujeitos da relação jurídica da responsabilidade civil por danos morais.

Em todo caso, cumpre ratificar que esse "tabela-mento" não retira a subjetividade da fixação do *quantum* indenizável, nem afasta as distorções. Em casos análogos (fatos e circunstâncias semelhantes), tanto juízes distintos podem enquadrar a ofensa ou lesão em níveis diferentes, quanto nivelá-los dentro de um mesmo nível, variando, porém, quanto ao valor das condenações. É dizer, o escalonamento não evita que um juiz interprete um fato de natureza leve como grave, e outro grave como de natureza leve, ou média, ou que em casos semelhantes, um juiz arbitre o mínimo admitido, e outro o máximo, ambos no mesmo nível, o que manterá as distorções já existentes. Os fatos jurídicos são únicos e irrepetíveis, mas as interpretações quanto a um mesmo fato podem se multiplicar infinitamente. E o Relator do projeto é o próprio exemplo disso, na medida em que, ao elevar os valores antes estabelecidos pelo Autor do projeto, e de suprimir o nível de ofensa gravíssimo, demonstra a sua própria subjetividade ao avaliar o dano moral.

Não tem razão o eminente Relator do PLS em questão, com o devido respeito, ao afirmar que a falta da fixação de um valor máximo deixaria a proposição sem sentido. Conforme dito oportunamente, algumas das regras estabelecidas são de suma importância para a evolução das indenizações por danos morais no país. Por outro lado, o mesmo Relator diz que, mediante estudo da jurisprudência do Superior

[20] REIS, Clayton. *Op. cit.* p. 103.

Tribunal de Justiça, o projeto fixou o teto no dobro do que a 4ª Turma deste Tribunal tem admitido como limite em matéria de dano moral. Se por um lado, a questão não está pacífica, visto que não há sequer súmula do STJ, por outro, mesmo que isso fosse verdade, então o teto estaria fora da realidade da jurisprudência pátria, e aí, sim, o PLS em foco perderia o seu sentido neste ponto[21].

7. A Inconstitucionalidade do Tarifamento dos Danos Morais

O *quantum* indenizatório do dano moral, conforme visto, não pode ser estabelecida *a priori*, posto que decorre diretamente dos casos concretos. Ao mesmo tempo, a constituição Federão de 1988 não prevê limites pré-fixados para o seu arbitramento.

Ensina Rizzatto Nunes[22] que, "se a Carta Magna estabelece uma razão de proporção entre o agravo e a indenização, sem limitá-la ou tarifá-la, não há como admitir que uma lei ordinária – infraconstitucional, portanto – imponha um valor econômico para ela, como ocorre com a Lei de Imprensa (lei nº 5.250/67) e com o Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei nº 4.117/62)".

A legislação esparsa anterior à Constituição Federal de 1988, nos dispositivos referentes à indenização por danos morais, especialmente quanto à fixação de limites, não foi recepcionada pelo novel texto constitucional. A jurisprudência, inclusive, tem entendido como inconstitucional qualquer limitação desta natureza. Neste sentido é o acórdão da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo[23], ao dizer que "toda limitação, prévia e abstrata, ao valor da indenização por dano moral, objeto do juízo de eqüidade, é incompatível com o alcance da indenizabilidade irrestrita assegurada pela Constituição da República".

É assim que, não só a Lei de Imprensa e o Código Brasileiro de Telecomunicações não foram recepcionados no atinente à limitação dos

[21] Pasme, o Relatório do Senador fundamenta a afirmação de que a 4ª Turma do STJ teria fixado um teto de 500 salários mínimos - R$90.000,00 -, com base na informação da revista Veja (edição nº 1722, p. 154, de 17 de outubro de 2001)!

[22] NUNES, Luiz Antonio Rizzato, e CALDEIRA, Mirella D'Angelo. *Op. cit.* p. 2.

[23] JTJ, Ed. Lex: 189:236.

danos morais pela CF/88, como qualquer norma infraconstitucional posterior estará eivada de inconstitucionalidade. É o caso, portanto, do § 1º, de art. 7º, que, no caso de o PSL nº 150/1999 vir a se transformar em lei, não poderá ser afastado do controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário.

8. Conclusão

O Projeto de Lei (Substitutivo) nº 150/1999 tem a finalidade de regular o instituto do dano moral previsto na CF/88, estabelecendo critérios informadores para a fixação das indenizações, bem como dispondo sobre prazo prescricional, solidariedade, responsabilidade objetiva, cumulação de pedidos, entre outros. Até aí está de acordo com o regular exercício da função legiferante do Poder Legislativo. Contudo, ao se elaborar uma lei desta estirpe, deve-se ter a ciência de que não adianta fixar critérios fixos e rígidos, como tabelas, cálculos e "tetos", diante do casuísmo do direito e do subjetivismo das decisões nos casos concretos.

Não se pretende aqui esvaziar o sentido da lei, na medida em que a sua importância é fundamental para a argumentação jurídica. É necessário, contudo, entender que o silogismo não é o meio adequado para exprimir as decisões jurídicas[24], ainda mas em questões que envolvem extremo subjetivismo, como os danos morais.

Em todo caso, qualquer tentativa de fixação de limites do *quantum* indenizatório por via legislativa ordinária irá afrontar o texto constitucional, sendo passível, pois, de controle de constitucionalidade.

Neste sentido, cabe ao Judiciário o papel principal no aprimoramento das indenizações por danos morais, pois segundo Clayton Reis, "é facilmente deduzível que a jurisprudência há que ser o elemento balizador na quantificação dos danos morais. Aliás, é desnecessário tecer considerações a respeito da importância representada pelas decisões firmadas pelos nossos tribunais, na construção de novas normas legislativas, bem como de padrões que se incorporam ao mundo jurídico.

[24] Neste sentido, c.f. ADEODATO, João Maurício. *O Silogismo (Entimema) na Argumentação Judicial*. In: Anuário dos Cursos de Pós Graduação em Direito. n. 9, Recife: UFPE, 1998. pp. 135-151.

(...) é inequívoco concluir que será através de uma postura adequada à realidade de cada caso, que os juízes e tribunais consolidarão uma orientação segura e adequada a respeito da reparação dos danos morais[25]".

Por outro lado, a preocupação em evitar as penas pecuniárias vultuosas do modelo norte-americano é infundada, conquanto o sistema consuetudinário, a industrialização avançada, a riqueza econômica da sociedade e, enfim, a cultura de exposição publica do ofensor são elementos próprios daquele sistema e estão distantes da realidade brasileira. A inserção do caráter punitivo nas indenizações por danos morais não é pacífica na doutrina e jurisprudência pátrias, e mesmo que esta orientação venha a ser positivada, caberá ao julgador apreciar as especificidades de cada caso. Uma vez adotado o caráter compensatório-punitivo da indenização por danos morais, poderá o Legislativo, alternativamente, fixar outras espécies de penas, como a contra-propaganda, a retratação em público, etc.

Isto posto, percebe-se que é apenas através do critério de razoabilidade que os juízes e tribunais brasileiros consolidarão uma postura adequada a respeito da compensação dos danos morais, corrigindo a disparidade entre as decisões. E mesmo que fossem adotados parâmetros flexíveis, ainda assim, a peculiaridade de cada situação só poderá ser valorada de forma subjetiva pelo Poder Judiciário.

A inquietação em relação às indenizações por danos extrapatrimoniais decorre, principalmente, em razão da Constituição Federal de 1988 ser muito recente e do instituto ainda não ter sido suficientemente explorado nos tribunais brasileiros. É necessário, outrossim, permitir que o próprio Judiciário possa amadurecer as decisões atinentes ao dano moral, pois somente este poderá equacionar os atos lesivos e convertê-los em termos pecuniários, atendendo às peculiaridades de cada caso.

[25] REIS, Clayton. *Op. cit.* p. 67.

9. Bibliografia

1. ADEODATO, João Maurício L. Modernidade e Direito. *In: Revisa da ESMAPE*, vol. 2, nº 6, out./dez., Recife: ESMAPE, 1997. pp. 255-274.

2. _____. O Silogismo (Entimema) na Argumentação Judicial. *In: Anuário dos Cursos de Pós Graduação em Direito*. N. 9, Recife: UFPE, 1998. pp. 135-151.

3. BITTAR, Carlos Alberto. *O Direito Civil na Constituição de 1988*. São Paulo: RT,1991. pp. 98-113.

4. CAHALI, Yussef Said. *Dano Moral*. 2ª ed. São Paulo: RT, 1998.

5. DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1994. pp. 728-764.

6. MENDES, Robinson Bogue. *Dano Moral e Obrigação de Indenizar: Critérios de fixação do quantum*. Campo Grande-MS: UCDB, 2000.

7. NUNES, Luiz Antonio Rizzato, e CALDEIRA, Mirella D'Angelo. *O Dano Moral e sua Interpretação Jurisprudencial*. São Paulo: Saraiva, 1999.

8. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p. 59 a 69.

9. REIS, Clayton. *Avaliação do Dano Moral*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

10. SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998. P. 204.

10. Anexo

PROJETO DE LEI DO SENADO Nº 150 (SUBSTITU-TIVO), DE 1999.

Dispõe sobre danos morais e sua reparação.

O CONGRESSO NACIONAL DECRETA:

Art. 1º. Constitui dano moral a ação ou omissão que ofenda o patrimônio moral da pessoa física ou jurídica, e dos entes políticos, ainda que não atinja o seu conceito na coletividade.

Art. 2º. São bens juridicamente tutelados por esta Lei inerentes à pessoa física: o nome, a honra, a fama, a imagem, a intimidade, a credibilidade, a respeitabilidade, a liberdade de ação, a auto-estima, o respeito próprio.

Art. 3º. São bens juridicamente tutelados por esta Lei inerentes à pessoa jurídica e aos entes políticos: a imagem, a marca, o símbolo, o prestígio, o nome e o sigilo da correspondência.

Art. 4º. São considerados responsáveis pelo dano moral todos os que tenham colaborado para a ofensa ao bem jurídico tutelado, na proporção da ação ou da omissão.

Art. 5º. A indenização por danos morais pode ser pedida cumulativamente com os danos materiais decorrentes do mesmo ato lesivo.

§ 1º. Se houver cumulação de pedidos de indenização, o juiz, ao exarar a sentença, discriminará os valores das indenizações a título de danos patrimoniais e de danos morais.

§ 2º. A composição das perdas e danos, assim compreendidos os lucros cessantes e os danos emergentes, não se reflete na avaliação dos danos morais.

Art. 6º. A situação de irregularidade do agente ou preposto da Administração não a isenta da responsabilidade objetiva de indenizar o dano moral, ressalvado o direito de regresso.

Art. 7º. Ao apreciar o pedido, o juiz considerará o teor do bem jurídico tutelado, os reflexos pessoais e sociais da ação ou omissão, a possibilidade de superação física ou psicológica, assim como a extensão e duração dos efeitos da ofensa.

§ 1°. Se julgar procedente o pedido, o juiz fixará a indenização a ser paga, a cada um dos ofendidos, em um dos seguintes níveis:
I - ofensa de natureza leve: até vinte mil reais;
II - ofensa de natureza média: de vinte mil reais a noventa mil reais;
III - ofensa de natureza grave: de noventa mil reais a cento e oitenta mil reais.
§ 2°. Na fixação do valor da indenização, o juiz levará em conta, ainda, a situação social, política e econômica das pessoas envolvidas, as condições em que ocorreu a ofensa ou o prejuízo moral, a intensidade do sofrimento ou humilhação, o grau de dolo ou culpa, a existência de retratação espontânea, o esforço efetivo para minimizar a ofensa ou lesão e o perdão, tácito ou expresso.
§ 3°. A capacidade financeira do causador do dano, por si só, não autoriza a fixação da indenização em valor que propicie o enriquecimento sem causa, ou desproporcional, da vítima ou de terceiro interessado.
§ 4°. Na reincidência, ou diante da indiferença do ofensor, o juiz poderá elevar ao triplo o valor da indenização.
Art. 8°. Prescreve em seis meses o prazo para o ajuizamento de ação indenizatória por danos morais, a contar da data do conhecimento do ato ou omissão lesivos ao patrimônio moral.
Art. 9°. Os arts. 159 e 1.518 da Lei n° 3.071, de 1° de janeiro de 1916 - Código Civil -, não se aplicam às ações de reparação de danos morais.
Art. 10°. Esta Lei entra em vigor em cento e vinte dias, a contar da data da sua publicação.

MANDADO DE INJUNÇÃO: "PODER NORMATIVO DOS JUÍZES"?

Flavianne Fernanda Bitencourt Nóbrega
(Aluna do 5º período em Direito pela UFPE; Pesquisadora-bolsista do programa PIBIC/CNPq; ex-monitora de Introdução ao Estudo do Direito II; monitora de Hermenêutica Jurídica)

Sumário: 1. Acesso ao tema; 2. O sentido das normas programáticas; 3. Densificação e concretização constitucional; 4. O juiz cria norma? 4.1. Evolução do pensamento jurídico quanto à competência normativa dos juízes; 4.2. (In)compatibilidade com o princípio da tripartição de poderes; 4.3. A proibição do *non liquet*; 4.4. Julgamento por eqüidade; 5. Conclusão; 6. Bibliografia.

1. Acesso ao tema

O Estado Social, concebido em sua perspectiva de provedor dos direitos sociais, afirmou-se com o advento das Constituições Dirigentes. Diferentemente do Estado Liberal, que salvaguardou a liberdade e direitos dos cidadãos passivamente através de Constituição Defensiva[1], o Estado Social se orientou numa postura ativa de implementador de políticas públicas, efetivador da transformação e justiça social.

A partir do estudo dos modelos de Estado, denota-se a feição peculiar de cada Constituição. O Estado Social caracterizado pela consagração dos direitos fundamentais prestacionais[2], foi marcado por

---

[1] PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra as omissões legislativas: Ação direta de inconstitucionaliddade por omissão e mandado de injunção*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. p.26.

[2] SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais*.2 ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001. p.266.

um sistema normativo dirigente, na qual a exigência de um direito corresponde à proibição de que este não se realize[3]. Isto significa que nas Constituições Dirigentes é defesa a omissão.

Como as Constituições surgidas nesse período apresentaram uma expansão das normas programáticas, evidenciou-se o problema da aplicabilidade e eficácia dos preceitos constitucionais e o questionamento acerca da existência ou não de direito subjetivo constitucional[4].

Para dirimir essa problemática, o instituto do Mandado de Injunção, inserido na carta constitucional de 1988, aparece como uma forma de manter firme a concepção dos direitos fundamentais como direitos dotados de força normativa autônoma[5] na ausência do legislador. O novel instituto reforça o caráter vinculativo das normas constitucionais de baixa densidade normativa.

Nesse sentido, o constituinte de 1988 para dotar de eficácia os preceitos programáticos da nova Constituição instituiu o Mandado de Injunção como instrumento a viabilizar a exeqüibilidade *in concreto* dos direitos nela conferidos. Superar, assim, a condição de "Constituição Simbólica"[6], para colocar o Estado vinculado, através de seus poderes, à realização dos direitos emanados de normas constitucionais. Esclareça-se que no constitucionalismo moderno se nega a identificação da carta constitucional como proclamação de intentos políticos-filosóficos[7]. A Constituição, ao se afirmar como verdadeira norma jurídica, é imperativa, e vincula o poder público - executivo, legislativo e judiciário - à execução dos preceitos nela estipulados.

---

[3] CANOTILHO. J.J. Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a compreesão das normas constitucionais programáticas*. 2 ed. Coimbra: Comibra Editora. 2001. p 443. Em termos lógicos deônticos o sistema da Constituição Dirigente é *O* (p) <-> *F* (~ p), o que significa que a exigência *O* (.) corresponde à proibição *F* (.) de omissão.

[4] HAGE, Jorge. *Omissão Inconstitucional e direito subjetivo*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.p.44

[5] CANOTILHO, J. J. Gomes. *Tomemos a Sério o Silêncio dos Poderes Públicos*. In: as garantias do Cidadão na Justiça (Sálvio de Figueiredo Teixeira, coordenador) *Apud* HAGE, Jorge. *Omissão Inconstitucional e direito subjetivo*. Brasília: ed. Brasília Jurídica, 1999.p.51

[6] NEVES, Marcelo. "Do pluralismo jurídico à miscelânea social: o problema da falta de identidade da(s) esfera(s) de juridicidade na modernidade periférica e suas implicações na América latina". Anuário do Mestrado em Direito .Recife:[s.n.].n.6,1997.p.312-247.

[7] CAPPELLETTI, Mauro. "Constitucionalismo Moderno e o papel do poder judiciário na sociedade contemporânea". Revista de Processo. São Paulo.a.15. n.60,1990. p.111-117.

O Mandado de Injunção correspondeu, assim, aos anseios da sociedade brasileira de encontrar um remédio para a tradicional e perniciosa inércia do legislador ordinário que tornava em "letra morta" normas promissoras.

A redação do referido instituto na atual Constituição é a seguinte:

"Art.5º- .....

LXXI – concerder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania".

Seguindo a linha de raciocínio de Calmon de Passos, o Mandado de Injunção " não é remédio certificador de direito, e sim de atuação de um direito já certificado. Seu objeto é exclusivamente definir a norma regulamentadora do preceito constitucional ao caso concreto, dada a omissão do poder constitucionalmente competente, originalmente, para isso. Age o Judiciário, substitutivamente, exercitando a função que seria do legislador, mas limitado ao caso concreto."[8]

A opção pelo conceito elaborado por Calmon de Passos ao Mandado de Injunção é intencional porque suscita a discussão sobre o que seria 'definir a norma regulamentadora do preceito constitucional ' e como 'o judiciário pode exercer a função do legislador'.

Quando o processualista fixa o objeto do Mandado de Injunção, não precisando o sentido e alcance da expressão 'o judiciário , substitutivamente, exercitando a função que seria do legislador', conduz o leitor à idéia de um judiciário usurpador da atividade legislativa, anunciador da 'ditadura dos juízes' e da temida 'crise da lei'[9].

Essa leitura acima exposta, constituiu, no entanto, o fundamento para a mutação que o STF , em especial no *leading case* MI

[8] PASSOS, José Joaquim Calmon. *Mandado de Segurança Coletivo, Mandado de Injunção, Habeas Data (Constituição e Processo)*.Rio de Janeiro: ed.Forense. 1989. Destaque-se que o presente trabalho não se coaduna com a concepção de Calmon de Passos de que para o indivíduo impetrar o Mandado de Injunção, ele deve aguardar a declaração de inconstitucionalidade por omissão do Supremo. Essa concepção esvazia o sentido de ser do Mandado de Injunção.

[9] HAGE, Jorge. *Omissão inconstitucional e Direito subjetivo*. Brasília: ed. Brasília Jurídica. 1999, p.19.

nº107, efetuou na própria natureza e razão de ser do Mandado de Injunção, igualando-o ao controle de inconstitucionalidade por omissão, resumindo sua função a dar ciência ao sujeito passivo (poder legiferante) para que este adotasse as providências necessárias.

A orientação jurisprudencial da corte constitucional está a traçar contornos ontológicos diversos do que o instituto deveria assumir, apesar de haver algumas poucas decisões isoladas em sentido contrário. Verifica-se, por exemplo, o resgate do instituto no Mandado de Injunção Coletivo impetrado pela Confederação dos Servidores Públicos do Brasil, a fim de viabilizar em concreto o exercício do direito de greve, com julgamento datado de 1994[10].

Partindo da leitura inicial dada pelo STF ao instituto, far-se-á uma revisão do sentido das normas programáticas e da força vinculativa dos preceitos constitucionais, assim como de conceitos como tripartição de poderes, no destaque do papel do judiciário no constitucionalismo moderno. Com essa incursão objetiva-se aprofundar na doutrina a fundamentação doutrinária do Mandado de Injunção demonstrando nos aspectos abordados sua compatibilidade com o ordenamento jurídico vigente.

2. O sentido das normas programáticas

A doutrina tradicional costuma classificar as normas constitucionais quanto a sua eficácia[11] em: normas de eficácia plena, normas de eficácia contida e normas de eficácia limitada. Nestas últimas é que estariam inseridas as normas programáticas das quais emanariam compromissos políticos cuja efetivação estaria subordinada a edição de lei que reconhecesse e viabilizasse determinado direito.

É pacífica na doutrina a convicção de que a norma programática produz uma situação subjetiva negativa, ou seja, uma lei infraconstitucional que atente contra um direito elencado naquele tipo de

[10] REIS, Antônio Carlos Palhares Moreira.. *Estudos de Direito Constitucional e Direito Administrativo*. Recife: Ed. Universitária, 2001. p. 106-107. Origem: Distrito Federal – TP – Tribunal Pleno – Relator: o ministro Celso de Mello. Votação: Por maioria. Resultado: deferido. Julgamento : 19/05/1994 DJ 22-11-96,p.45690.

[11] SILVA, José Afonso da Silva. *Curso de Direito Constitucional Positivo*.19ªed.São Paulo: Malheiros editores, 2001

norma é declarada inconstitucional. No que tange, no entanto, a situações subjetivas positivas há o entendimento majoritário de negá-las, considerando simples interesse ou expectativa de direito.

Desde o tempo de Crisafulli[12] , no entanto, encontra-se superada a concepção do preceito constitucional programático não considerado norma jurídica plena. A norma programática dispõe de juridicidade, sendo portanto obrigatória e vinculante, não se podendo negar o caráter normativo dessas disposições constitucionais. Melhor seria, como prega o constitucionalista português Canotilho de não se empregar o termo programática já que este enseja o entedimento de que seriam "simples programas", "promessas políticas", "declarações ao legislador" retirando desta sua própria condição de norma. Uma forma de identificá-las seria como normas-fim, normas-tarefa, normas-programa pois impõem uma atividade e dirigem materialmente a concretização constitucional.[13]

A norma jurídica programática tem valor jurídico idêntico às demais normas constitucionais, é jurídica como qualquer outra e confere ao cidadão um direito atual, independente da atuação legislativa.

A norma programática vincula, ainda, o legislador de forma permanente, como também estabelece vinculação *positiva* com todos os órgãos concretizadores (execução, legislação, jurisdição). Na omissão de um dos poderes , outro assume a concretização do direito em voga, como no caso do Judiciário ao aplicar o Mandado de Injunção, face à mora legislativa.

3. Densificação e concretização constitucional

O Mandado de Injunção não argúi uma demanda ao legislativo para que este integre o ordenamento jurídico-legal com lei específica (esse constitui objeto da inconstitucionalidade por omisssão). A falta da

[12] CRISAFULLI, Vezio. Stato, popolo, governo – ilusioni e delusioni costituzionali. Milão: Dott. A Giuffrè Editore, 1985. Apud. CLÈVE, Clémerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro.* São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1995. p. 22.

[13] CANOTILHO, Joaquim Gomes. *Direito Constitucional.* 6ª ed. Coimbra:Livraria Almedina, 1993, p.224

norma é vista pela perspectiva subjetiva do cidadão na impossibilidade de tornar concreto seu direito.

O judiciário por meio desse instituto realiza assim a densificação de um espaço normativo (lacuna jurídica), 'preenchendo' a norma, tornando ,dessa forma, possível a sua concretização e aplicação ao caso concreto.

A concretização[14] corresponde exatamente à construção de uma norma jurídica, resultado de um processo de densificação de regras e princípios constitucionais. É concretização um trabalho tecnico-jurídico que vai desde o texto da norma à norma de decisão. Destaque-se que esta norma de decisão não se vale da voluntariedade do sujeito concretizador (juiz), mas se reporta essencialmente a norma jurídica geral para que este possa proferir uma decisão solucionadora dos problemas concretos, depois , é claro, de se ter precisado (densificado) o espaço normativo do preceito constitucional.

Define-se também o Mandado de Injunção como instrumento processual de densificação normativa[15], vez que efetiva um direito fundamental densificando-o , não o aplicando apenas.

4. O juiz cria norma?

O Mandado de Injunção não autoriza , mas determina que o juiz, quando provocado pelo cidadão comum, crie uma norma para o caso *sub judice* (sentença) que permita direta e imediatamente o gozo do direito que ele já possui (e que está paralisado pela inércia do legislador ou administrador).

A Constituição teria assim consagrado uma 'nova' espécie de tarefa ao judiciário – o dever de criar o direito em moldes flexíveis até então inexistentes? Ou essa 'nova' tarefa é senão aquela mais típica, rotineira e legítima do Judiciário – julgar e dar solução aos casos concretos que lhe são expostos?

---

[14] CANOTILHO, J. J. Gomes. Op. cit., p. 202

[15] RIBEIRO, Ricardo Silveira. A Descaracterização Normativo-Significativa do Mandado de Injunção no Supremo Tribunal Federal. Recife :Tese de Mestrado – UFPE, 2000.p.48.

4.1 Evolução do pensamento jurídico quanto a competência normativa dos juízes

Pretendendo responder a indagação proposta, faz-se preliminarmente uma análise, segundo aponta o doutrinador belga Chaïm Perelman[16], da evolução do pensamento jurídico que segundo ele é marcado por 3 fases:

> 1) Fase anterior à Revolução Francesa quando o raciocínio judiciário, embora enfatizando o caráter justo da solução e não concedendo grande importância à motivação, era atado a regra de justiça, exigindo tratamento igual a casos semelhantes. Destaque-se a importância dada às regras consuetudinárias e aos procedentes.
> 2) Fase que vem com a Revolução Francesa marcada pelos valores "segurança jurídica" e "legalidade". Os juízes eram presos às leis e apenas as aplicavam. Havia completa subordinação do Judiciário ao Legislativo.
> 3) Fase posterior a II Guerra Mundial quando não se identifica mais o direito a lei. Abre-se espaço para a interpretação e a busca de uma solução mais justa para o caso concreto, o qual deve ser além de legal, eqüitativa, razoável e aceitável.

Segundo enumera Perelman somente na sociedade moderna é que se observou estar o juiz sempre a criar norma jurídica ao proferir uma sentença, uma vez recorrer a um método interpretativo, do qual jamais está isento. No dizer de Kelsen, a aplicação e produção do direito é simultânea. Assim, ao aplicar o direito o juiz está necessariamente criando uma norma jurídica[17].

---

[16] PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica: Nova Retórica.*Trad. Verginia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes; 1998,p.184

[17] KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito.* Trad João Baptista Machado. 6ªed. São Paulo: Martins Fontes, 1998,p.260.

Mauro Cappelletti afirma que quando se fala em juízes criadores se está diante de uma óbvia banalidade já que é natural que toda interpretação seja criativa e toda interpretação judiciária seja *law-making*.

Note-se que essa criação do direito se efetua dentro dos limites autorizados pelo ordenamento jurídico. O Mandado de Injunção pelo fato de aludir ao caso concreto não prega apologia a escola da Livre Descoberta do Direito. Porque se assim o fizesse estaria negando o poder vinculativo da norma jurídica constitucional, já que chegaria ao extremismo de apenas enxergar a natureza concreta dos problemas, olvidando as normas gerais que os regulam.

4.2 (In)compatibilidade com o princípio da tripartição dos poderes?

Compartilhando com a posição de Marcelo de Oliveira Santos[18] o instituto do Mandado de Injunção não subverteu o princípio da "Separação de Poderes", nem a substituição de um pelo outro pela inversão de tarefas do Legislativo pelo Judiciário.

No Mandado de Injunção, o juiz emite uma norma particular para garantir o exercício do direito naquele caso específico. Não tem o Judiciário a prerrogativa de emitir uma norma regulamentadora de caráter geral, abstrato e permanente, porque estaria assim editando lei, competência que o ordenamento constitucional nega ao juiz. Ademais, a promulgação de lei carrega o aspecto político que, pelo menos, em tese, se configura na legitimidade representativa do corpo parlamentar pelo voto.

Hodiernamente, no entanto, o Judiciário passa a ocupar um lugar que outrora lhe era estranho, vez que se encontrava subordinado ao Legislativo. No contexto da Revolução Francesa, para Montesquieu, o poder judiciário deveria permanecer nulo enquanto poder, devendo limitar-se à mecânica e inanimada aplicação da lei. Existiam apenas dois grandes gigantes, o 'colosso legislador' e o 'mastodonte da burocracia administrativa'[19]. O que se evidencia no constitucionalismo moderno é o crescimento de um terceiro gigante, numa evolução no papel dos juízes

---

[18] SANTOS, Marcelo de Oliveira Fausto Figueiredo. *O mandado de injunção e a inconstitucionalidade por omissão*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991, p. 66

[19] CAPPELLETTI, Mauro. "Constitucionalismo Moderno e o papel do poder judiciário na sociedade contemporânea". Revista de Processo. São Paulo. a.15, n. 60, 1990, p. 114

investidos no controle do poder 'mais perigoso', o gigante do poder político.

Assim, um fenômeno patente a impressionar os clássicos é a crescente importância que o judiciário vem adquirindo como sujeito concretizador constitucional. Resulta, senão de simples busca do seu espaço na sistemática de "freios e contrapesos", em que um órgão de poder há de ser fiscalizado e controlado por outro órgão de poder. As constituições que consagraram os direitos sociais fortaleceram esse poder em face de , confiar-lhes, em concreto, as novas proclamações dos direitos fundamentais.

4.3 A proibição do non liquet

O instituto do Mandado de Injunção está conjugado com a proibição do *non liquet* que impõe obrigatoriedade de decisão já que a jurisdição quando provocada tem o dever inescusável de tornar viável o exercício do direito obstado por falta de norma regulamentadora, diante da aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais.

O Código de Napoleão em seu art.4° já consagrava o princípio de que o juiz não podia eximir-se de sentenciar alegando lacuna ou obscuridade da lei. Posição adotada depois de revogado o dispositivo que enunciava ter o juiz que se dirigir ao legislativo sempre necessário que fosse a interpretação da lei. Essa "apelação ao legislativo"[20] ofendia o próprio princípio da separação de poderes porque seria o legislativo aquele que decidiria o litígio em curso, favorecendo uma das partes.

Esse contexto do Código de Napoleão[21] estudado por Perelman repete-se na realidade brasileira. O novo conteúdo que o STF vinculou ao Mandado de Injunção é que realmente está a descaracterizar o princípio da separação de poderes e permitir o *non liquet*. Isso porque, na atual prática jurisdicional, o Mandado de Injunção retira o poder de decisão dos juízes, limitando-os a comunicar ao legislativo a omissão para que este edite uma norma reguladora.

---

[20] PERELMAN, C.O p. cit., p. 34.

[21] Esse contexto corresponde ao art. 12 da lei de 16-24.8.1790 revogado do Código de Napoleão. Enunciava esse artigo que os tribunais não podiam fazer regulamentos, cabendo-lhe dirigir-se ao Legislativo sempre que fosse necessário interpretar uma lei ou fazer outra nova. Essa *référé obligatoire* (referencia obrigatória),apelação ao legislativo, atentava contra o princípio da separação dos poderes.

4.4 Julgamento por eqüidade

O inciso LXXI do art. 5º equipou o judiciário para decidir por eqüidade no caso concreto quando haja mora do legislador que prejudique a fruição de direito constitucionalmente garantido.

A eqüidade aqui destacada não deve ser confundida com a falsa eqüidade (cerebrina) carregada de sentimentalismo, sem caráter científico e até mesmo tirânica. O decidir por eqüidade não corresponde a projeções de critério avaliativo pessoal do juiz. A decisão judicial não pode ser incondicionada nem constituir uma licença para o arbítrio puro.

Apresenta-se a eqüidade como a capacidade que a norma tem de atenuar seu rigor, adaptando-se ao caso *sub judice*. Nesta acepção, a eqüidade não pretende quebrar a norma, mas amoldá-la às circunstâncias do caso concreto. Não se trata de corrigir a lei, mas de interpretá-la razoavelmente.

O juiz ao decidir por eqüidade se encontra vinculado à norma constitucional e às pautas axiológicas consagradas na ordem jurídica só que decidirá sob uma "lógica do razoável"[22], ou seja, de forma que o direito não se separe do campo do humano e do razoável e que atenda ao que é conveniente ao bem comum e aos fins sociais a que a norma legal se destina.

Através do Mandado de Injunção, vislumbra-se uma eqüjdade que se coaduna com a idéia de substituição da doutrina dos "direitos fundamentais dentro da reserva da lei", pela da "reserva da lei dentro dos direitos fundamentais", pregada pelo constitucionalista Canotilho.[23]

5. Conclusão

Das análises realizadas, destaque-se que o objeto do Mandado de Injunção não é a obtenção de norma (lei), mas a remoção desse obstáculo ao exercício de um direito. O direito subjetivo constitucional constitui o verdadeiro objeto do Mandado de Injunção que busca efetivação densificando o direito fundamental da norma geral. É um mecanismo processual que permite a concretização dos direitos constitucionais.

---

[22] SICHES, Luis Recasens. *Tratado General de Filosofia del Derecho*. Mexico: Ed. Porrua, 1970. p. 654.
[23] CANOTILHO, J. J. Gomes. Op. cit., p. 1090.

Ressalte-se que poder normativo dos juízes é algo inerente à própria atividade jurisdicional, já que o juiz não pode se eximir de emitir uma norma (solução) para o caso concreto. O STF nega o novo instituto temendo um fato que naturalmente ocorre. A Constituição de 1988 foi despida daquela natureza proclamatória político-filosófica presente na da 'Revolução burguesa', sua natureza é de verdadeira norma jurídica. Esse seu caráter de norma vinculativa se evidencia na existência de institutos, a exemplo do Mandado de Injunção.

O fato das normas programáticas serem dotadas de baixa densidade normativa tem levantado a discussão[24] de que o direito prescrito na carta constitucional só existiria quando da reivindicação popular. Constate-se que tal raciocínio é incompatível com a tese aqui desenvolvida, pois não há sentido em se falar de conquista de direitos já garantidos constitucionalmente, consoante o exposto no item 2 acerca da atualidade do direito. Essa questão aqui pontualmente abordada não se cinge a problema normativo, mas a sociológico. O enfoque correto para análise é o da luta política em se viabilizar a execução de direitos desde sempre existentes nas normas programáticas.

Observe-se que pela delimitação temática, estabelecida na introdução, o aspecto processual do Mandado de Injunção não foi explorado, mas uma breve referência se faz necessária a título de esclarecimento. O posicionamento adotado no presente trabalho é de que a legitimidade passiva do instituto deve recair sobre o ente cuja atuação é necessária para viabilizar o exercício do direito. Não devendo recair, portanto, na autoridade competente para elaborar a norma regulamentadora ausente, já que é o próprio poder juridicante que supre essa omissão, realizando a densificação do espaço normativo ao proferir uma decisão no caso concreto.

A compreensão do Mandado de Injunção em sua finalidade faz-se indispensável para que haja uma conscientização de que o novo instituto constitui um mecanismo realmente apto a contribuir com o processo de realização da igualdade material, impedindo que a falta de regulamentação legislativa permita o esvaziamento dos direitos fundamentais. Elucide-se que o Mandado de Injunção sozinho é incapaz de conduzir a uma revolução na realidade social, posto que atua incidental e subsidiariamente, representando, no entanto, um meio hábil

[24] GRAU, Eros Roberto. "A constituição brasileira e as normas programáticas". Revista de Direito Constitucional e Ciência Política. n. 4. Rio de Janeiro: Forense, p. 42-43.

ao resgate do poder normativo da Constituição para concretização dos direitos prestacionais.

Como destaca Hesse[25] para que a Constituição assuma seu poder normativo, faz-se necessário existir a disposição de orientar-se a conduta segundo a ordem estabelecida e identificar-se com a vontade de concretizar a ordem. Assim, lograr-se-á não só a vontade do poder, mas também a vontade da Constituição. É necessário aquilo que os romanos já chamavam de *constans voluntas*.

6. Bibliografia

BONAVIDES, Paulo.*Curso de Direito Constitucional*.10ª ed. São Paulo: Malheiros editores, 2000.

BOBBIO, Noberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 9ª ed. trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: editora Universidade de Brasília,1997.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

_____. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a compreesão das normas constitucionais programáticas*. 2 ed. Coimbra: Comibra Editora, 2001.

CAPPELLETTI, Mauro. "Constitucionalismo Moderno e o papel do poder judiciário na sociedade contemporânea". Revista de Processo. São Paulo. a. 15, n. 60, 1990, p. 111-117.

[25] KONRAD, Hesse. *A Força Normativa da Constituição*, trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991, p.19.

CLÈVE, Clémerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

FRANCISCO, Ivo Dantas Cavalcanti. *Mandado de injunção*.2ªed.Rio de Janeiro: Ed. Aide, 1994.

GRAU, Eros Roberto. "A constituição brasileira e as normas programáticas" . Revista de Direito Constitucional e Ciência Política, n. 4. Rio de Janeiro: Forense, p. 42-43.

HAGE, Jorge. *Omissão inconstitucional e Direito subjetivo*. Brasília: ed. Brasília Jurídica, 1999.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad João Baptista Machado.6ªed.São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KONRAD, Hesse. *A força Normativa da Constituição*, trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

LASSALLE, Ferdinand. *A essência da constituição*. trad. Aurélio Wander Bastos. 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 1998.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança, ação polpular, ação civil pública, mandado de injunção, habeas data*.20ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

NEVES, Marcelo. Do pluralismo jurídico à miscelânea social: o problema da falta de identidade da(s) esfera(s) de juridicidade na modernidade periférica e suas implicações na América latina. Anuário do Mestrado em Direito. Recife:[s.n.], n.6,1997,p.312-247.

PASSOS, José Joaquim Calmon. *Mandado de Segurança Coletivo, Mandado de Injunção, Habeas Data (Constituição e Processo)*. Rio de Janeiro: ed. Forense, 1989.

PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica: Nova Retórica*. Trad. Verginia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castelhanos. *Mandado de injunção*. São Paulo: Atlas,1999.

REIS, Antônio Carlos Palhares Moreira.. *Estudos de Direito Constitucional e Direito Administrativo*. Recife: Ed. Universitária, 2001.

RIBEIRO, Ricardo Silveira. A Descaracterização Normativo-Significativa do Mandado de Injunção no Supremo Tribunal Federal. Recife: Tese de Mestrado – UFPE, 2000.

SANTOS, Marcelo de Oliveira Fausto Figueredo. *O manda-do de injunção e a inconstitucionalidade por omissão*. São Paulo:Editora Revista dos Tribunais, 1991.

SICHES, Luis Recasens. *Tratado General de Filosofia del Derecho*. Mexico: Ed. Porrua, 1970.

SILVA, Volney Zawenhof de Oliveira.*Lineamentos do mandado de injunção*. São Paulo: Editora dos Tribunais, 1993.

SILVA, José Afonso da Silva. *Curso de Direito Constitucional Positivo*.19ªed.São Paulo: Malheiros editores, 2001.

SILVA, José Afonso da Silva. *Aplicabilidade das normas Constitucionais*.3ªed. São Paulo: Malheiros editores, 1999.

A MEDIDA PROVISÓRIA ANTES E APÓS A EMENDA CONSTITUCIONAL DE Nº 32/ 01

Manuela de Oliveira Gonçalves
(Aluna da graduação da UFPE e ex-monitora da cadeira de Constitucional I)

Sumário: 1. Introdução; 2. Breve histórico; 3. Natureza jurídica; 4. Pressupostos para a edição e o Controle Jurisdicional; 5. Matérias suscetíveis de regulação por medida provisória; 6. A reedição; 7. Poder de Emenda; 8. Outras modificações dadas pela EC 32/01; 9. Norma de Transição; 10. Medida provisória e decreto-legge; 11. Considerações finais; 12. Bibliografia.

1. Introdução

Nesse trabalho, buscaremos analisar o regime jurídico das medidas provisórias, dando um enfoque especial às mudanças ocorridas com a Emenda Constitucional de nº 32 - publicada no DO de 12.09.2001 – e, conseqüentemente, às suas vantagens e desvantagens.

Como sabido, dá a medida provisória a possibilidade ao Poder Executivo de exercer uma função típica do Legislativo – legislar. Entrementes, não é essa concessão desgovernada, sendo necessário que estejam presentes os requisitos de relevância e urgência, o que demonstra seu caráter excepcional.

Por muito tempo, determinado ato provisório, emergencial e excepcional, tornou-se permanente e corriqueiro, fazendo do Poder Executivo um verdadeiro legislador ordinário, afrontando, claramente, a Constituição Federal, que já consagrava o princípio da separação dos Poderes como alicerce do Estado Democrático de Direito. O desrespeito

era tão descarado, que o Presidente da República editou, nada mais nada menos, que vinte e uma medidas provisórias dez dias antes da publicação da emenda que teve por escopo a tentativa de dificultar a sua edição.

2. Breve Histórico

A medida provisória teve por base o decreto-legge italiano. Não são, porém, institutos idênticos. A Itália unificada teve apenas duas Constituições. A primeira desconhecia a medida provisória. Mesmo assim, em casos de emergência, o Governo editava decretos com força de lei, os quais, depois, eram submetidos à apreciação parlamentar. Foi a Lei n. 100, de 31 de janeiro de 1926 que conferiu, expressamente, ao Governo a competência para editar decretos-leis, os quais só eram possíveis nos casos de absoluta e urgência necessidade. Com a Lei n. 129, de 19 de janeiro de 1939, o legislador pretendeu desestimular o uso dessa espécie normativa, admitindo-a apenas em algumas hipóteses e especialmente para regular matérias urgentes de direito financeiro e tributário e no caso de estado de guerra. A Constituição italiana atual, de 1947, com o intuito de evitar a edição pelo Presidente de forma ilegítima, optou por conferir-lhe expressamente esse poder.

A Constituição brasileira atual regula a medida provisória, porém, nem sempre foi assim. As Constituições de 1824,1891,1934 e 1946 não conferiam ao Poder Executivo determinada competência. As de 1937, 1967 e 1969 regulavam o decreto-lei.

De acordo com a Constituição de 1967, o Presidente da República, em casos de urgência e interesse público relevante, estava autorizado a expedir decretos com força de lei em matéria de finanças públicas e de segurança nacional. Desse decreto com força de lei não poderia haver aumento de despesas. Esse ato produzia efeitos imediatos, cabendo ao Congresso aprová-lo ou rejeitá-lo no prazo de sessenta dias, sendo vedada emenda. No caso de inocorrência de deliberação do Congresso no prazo de sessenta dias, o texto era tido por aprovado.

A Emenda Constitucional n.1, de 1969, passou a se referir a decreto-lei em detrimento de decreto com força de lei, que tinha as

seguintes características: a) a urgência ou o interesse público relevante eram os pressupostos autorizadores para a sua edição; b) por expressa previsão legal, não era meio hábil para aumentar despesa; c) o prazo para aprovação era de sessenta dias; d) apenas eram permitidos nos casos de segurança nacional, finanças publicas, criação de cargos públicos e fixação de vencimentos. e) se não convertidos em lei no prazo estipulado, eram tidos por aprovados. f) era vedado emendá-los; g) no caso de rejeição, não cabia ao Congresso a regulamentação das relações jurídicas dele decorrentes, pois a perda de eficácia era *ex nunc*, diferente do que ocorre com a medida provisória, que perde eficácia ex-tunc, ressalvado o caso do art. 2º, implementado pela EC 32/01 – quando a perda da eficácia é *ex nunc*.

Michel Temer[1] lembra ainda que a expedição do decreto-lei só estava permitida ao Presidente da República. Diferente ocorre na atualidade, estando o Prefeito e o Governador autorizados a editar medida provisória desde que a Lei Orgânica e a Constituição Estadual assim prevejam.

3. Natureza Jurídica

Saber qual a natureza da medida provisória é uma questão controvertida. O principal problema é saber se ela é ou não um ato legislativo. Enquanto alguns defendem que, por integrar o rol do art. 59 da Constituição, o qual enumera as espécies normativas que passam pelo processo legislativo, e, por ter força de lei, seria ela um ato legislativo; outros, como Ivo Dantas[2] e Marco Aurélio Greco[3] defendem que norma jurídica com força de lei não é o mesmo que lei. Além disso, de acordo com a Constituição, a medida provisória pode ser convertida em lei, não tendo sentido converter em lei algo que já é.

Celso Antônio Bandeira de Mello[4] também faz parte da corrente que não a vê como lei. Elenca, então, em uma de suas obras, algumas

[1] TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: RT, 1990, p. 154.
[2] DANTAS, Ivo. *Aspectos Jurídicos da Medida Provisória*. Recife: Editora Ciências Jurídicas, 1991, p.70.
[3] GRECO, Marco Aurélio. *Medidas Provisórias*. São Paulo: RT, 1991, p. 14.
[4] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 76-77.

diferenças entre os dois atos normativos. Citaremos apenas três. As medidas provisórias, afirma ele, são formas excepcionais de regular determinados assuntos, enquanto que as leis são vias normais de discipliná-los. No caso de não conversão da medida provisória, a mesma perde sua eficácia ex tunc. A lei, em contra partida, nessas condições, perde sua eficácia *ex nunc*. As medidas provisórias só podem ser expedidas se estiverem presentes a urgência e a relevância. Para a produção de uma lei, determinados pressupostos não são uma condição.

Para Marco Aurélio[5], a medida provisória é um ato administrativo com força de lei. Segundo ele, esse ato não difere de um decreto, não tendo o Executivo, nesse caso, uma competência em sentido técnico. Se assim não fosse, no seu entender, haveria uma negação ao princípio da separação dos Poderes.

José Celso de Mello Filho[6] defende que a justificativa da medida provisória é a existência de um estado de necessidade. Há momentos em que é necessário adotar providências legislativas imediatas, inalcançáveis através do processo legislativo ordinário. É devido ao *periculum in mora*, ao perigo de grave lesão de difícil reparação ao interesse público, que a Constituição Federal teria concedido ao Presidente da República um poder de cautela.

Pontes de Miranda[7] é um dos que sustenta que a medida provisória é lei. Ensina ele que essa espécie normativa é uma espécie de lei sob condição resolutiva. José Afonso da Silva[8] parecia partilhar do mesmo entendimento, ao ter afirmado que as medidas provisórias podiam perder sua qualificação legal dentro de trinta dias[9].

4. Pressupostos para a edição e o controle jurisdicional

Como já citado, os pressupostos para que uma medida provisória seja editada são a relevância e a urgência. São conceitos

[5] GRECO, Marco Aurélio. *Op. cit.* p. 15.

[6] MELLO FILHO, José Celso de. *Considerações sobre as Medidas Provisórias*. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. São Paulo: [s.n], n. 33, p. 204-205, jun.1990.

[7] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967 com a emenda n. 1, de 1969*. T. III. 2 ed. São Paulo: RT, 1979, p.141-142.

[8] SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*.10. ed. São Paulo: Malheiros,1995, p.503.

[9] Perceba-se que esse posicionamento é anterior à Emenda aqui analisada

jurídicos indeterminados, subjetivos demais. Mesmo assim, alguns juristas tentam delimitá-lo.

No entender do eminente jurista Marco Aurélio Greco[10], o pressuposto relevância está presente quando é necessária uma norma de nível legal. Se um decreto, por exemplo, for suficiente para resolver o problema, o grau de relevância para a edição de medida provisória não teria sido atingido. Alguns autores afirmam ainda que relevância é sinônimo de interesse público. A urgência é mais concreta, e, ensina a doutrina que esse pressuposto está caracterizado quando é impossível se esperar o tempo do processo legislativo ordinário.

Com relação ao controle de constitucionalidade, já decidiu o Pretório Excelso que a medida provisória, como todas as leis e atos normativos, a ele está sujeita[11]. Diferente ocorre na Itália, onde só as leis de conversão é que se submetem a esse controle.

Questão a se saber é se os pressupostos para a edição também podem ser objeto do controle jurisdicional.

Embora a redação inicial do art. 62 e a EC 32/01 tenham se omitido sobre o assunto, muitos doutrinadores e o STF têm uma posição formada sobre a questão.

Celso Antônio Bandeira de Mello[12] ensina ser possível o controle jurisdicional dos pressupostos para edição de medida provisória, visto que a relevância e a urgência são requisitos de validade de determinado provimento normativo, cabendo ao Judiciário decidir se determinado comportamento fere ou não o Direito.

Ao seu ver, analisar a validade de um ato, desconsiderando uma parte do art. 62 - importantíssima, diga-se de passagem - é fazer tábula rasa da parte que traça os contornos de sua válida produção.

Para José Celso de Mello Filho[13], a simples possibilidade de arbitrariedade pelo Presidente no que diz respeito aos pressupostos, é suficiente para que se permita o controle jurisdicional.

A posição do STF, desde a época dos antigos decreto-leis é de inadmitir esse tipo de controle pelo judiciário, pois haveria invasão da

---

[10] GRECO, Marco Aurélio. *Op. cit.* p. 24

[11] ADIN 295-3/DF. Rel. Min. Paulo Brossard. Acórdão publicado no DJ 22.06.90.

[12] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Controle Jurisdicional dos Pressupostos de Validade das Medidas Provisórias.* Revista dos Tribunais. São Paulo: RT, v. 758, a.87, p.12, dez. 1998.

[13] MELLO FILHO, José Celso de. *As Medidas Provisórias no Sistema Constitucional Brasileiro.* Revista Jurídica de Osasco. São Paulo: [s.n], v. I, p. 9, julho, 1994.

esfera discricionária do Poder Executivo. Torna-o cabível, no entanto, nos casos de flagrante desvio de finalidade ou abuso de poder de legislar[14]

5. Matérias suscetíveis de regulação por medida provisória

A Emenda Constitucional 32/01 limitou as matérias passíveis de regulação por medida provisória. Por não ter o Constituinte Originário as especificado, muitos autores, como Szklarowsky[15], sustentavam que o intérprete não deveria restringir, quanto à matéria, o seu alcance.

Em contrapartida, havia outros que limitavam as matérias suscetíveis de regulação por determinado ato normativo. Discorreremos a seguir sobre algumas das limitações sustentadas por esses autores e sobre as restrições materiais introduzidas pela EC que veio para detalhar determinado ato emergencial.

Embora não esteja expresso no art. 62 da Constituição Federal, é evidente que não podem ser disciplinadas por medida provisória as matérias vedadas ao legislador ordinário, uma vez que nossa Carta Magna é rígida, só podendo ser alterada por um processo legislativo mais solene e dificultoso, ou seja, por uma emenda à Constituição. Torna-se, por conseguinte, patente que as matérias impossibilitadas de alteração pelo Constituinte Derivado, as cláusulas pétreas - previstas no art. 60, § 4º, também não são passíveis de regulação por medida provisória.

Em nosso entender, é inadmissível ainda a codificação por meio de medida provisória, posto que o art. 64, § 4º da CF veda a apreciação em regime de urgência de projetos de código.

A Emenda Constitucional 32/01 impossibilitou a disciplina por medida provisória de algumas matérias que também são insuscetíveis de regulação por lei delegada, como as relativas à nacionalidade; à cidadania; a direitos políticos; a direito eleitoral; à organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, à carreira e a garantia de seus membros; a planos plurianuais, a diretrizes orçamentárias e a orçamento. Não restringiu, porém, todas, ficando de fora os direitos individuais, as matérias de competência exclusiva do Congresso Nacional e de competência privativa de cada uma de suas Casas. Embora determinada

[14] ADIN 162-1/DF. Rel. Min. Moreira Alves. Acórdão publicado no DJ 19.09.97.
[15] SZKLAROWSKY, Leon Frejda. *As Medidas Provisórias e o Mandado de Injunção.* Revista dos Tribunais. São Paulo: RT, a .1, p. 83, out/dez. 1992.

emenda não as tenha incluído, não é razoável defender que possam elas ser reguladas por esse ato excepcional, posto que foge à lógica impossibilitar que sejam tratadas por um ato normativo secundário (tem autorização prévia do Legislativo e não pode inovar o ordenamento jurídico, estando limitado ao autorizado em lei) e permitir que sejam por um primário.

No que diz respeito às matérias reservadas à lei complementar, antes da emenda havia discussões. Enquanto alguns defendiam que a medida provisória só poderia regular matéria de lei ordinária, pois o parágrafo único da redação originária do art. 62 se referia à lei e não à lei complementar; outros, como Caio Tácito[16], sustentavam que era possível, desde que a sua conversão em lei obedecesse, na decisão plenária, ao quórum qualificado. Marco Aurélio Greco[17] combateu com veemência esse argumento, afirmando que admitir isso seria possibilitar a modificação da Constituição por medida provisória (o que é um absurdo), desde que o Congresso Nacional deliberasse por unanimidade de votos. A EC 32/01 dirimiu o problema e, expressamente, veda a regulação de matéria reservada à lei complementar por medida provisória.

A Emenda Constitucional em questão também vedou explicitamente que matéria de direito penal seja regulada por medida provisória. Porém, mesmo antes dela, havia um entendimento quase unânime por sua impossibilidade. Ainda Szklarowsky[18], que sustentava a não limitação do intérprete, quanto às matérias a serem tratadas por medida provisória, ensina ser incompatível esse ato normativo com o Direito Penal devido ao princípio da *abolitio criminis*. Clèmerson Merlin Clève[19] também pensava não ser compatível, pois o direito à liberdade é um direito individual, não sendo sequer passível de regulação por lei delegada. Paulo José da Costa Júnior[20] era um dos poucos que aceitava a medida provisória em matéria penal, mas desde que fosse convertida em lei.

---

[16] TÁCITO, Caio. *As Medidas Provisórias na Constituição de 1988*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: [s.n], v. 176, p. 5, abr/ jun. 1989.
[17] GRECO, Marco Aurélio. *Op. cit.* p.36
[18] SZKLAROWSKY, Leon Frejda. *Op. cit.* p. 83
[19] CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Medidas Provisórias*. 2. ed. Curitiba: Max Limonad, 1999, p.89.
[20] CERNICHIARO, Luiz Vicente e COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Direito Penal na Constituição*. São Paulo: RT, 1990, p. 40.

Antes da EC 32/01 não havia qualquer proibição, no art. 62 da CF, de que matéria tributária fosse regulada pelo ato normativo ora em análise. A corrente dominante, no entanto, não admitia, pois feriria o princípio da legalidade (art. 150, I) e o da anterioridade (art. 150,II, b) , já que medida provisória é um ato de urgência.

Clèmerson Merlin Clève[21] utilizou outro argumento. Para ele, o tributo está relacionado ao direito individual propriedade, não podendo, por conseguinte, ser objeto de medida provisória.

Havia ainda quem defendesse que a medida provisória, em matéria tributária, só seria possível nos casos de empréstimos compulsórios emergenciais (art. 148, I e II da CF) e no caso de impostos extraordinários de guerra (art.154, II da CF).

O § 2º do art. 62, dado pela emenda constitucional ora em estudo, dispõe: "medida provisória que implique instituição ou majoração de impostos, exceto os previstos nos arts. 153, I, II, IV, V, e 154, II, só produzirá efeitos no exercício financeiro seguinte se houver sido convertida em lei até o último dia daquele em que foi editada".

Fazendo uma interpretação sistêmica da Constituição Federal, pode-se perceber que o art, 150, § 1º permite que os impostos previstos nos arts. 153, I, II, IV, V e 154, II - por terem caráter extrafiscal - não obedeçam ao princípio da anterioridade. O referido mandamento posto pela emenda ora em estudo autoriza a instituição ou majoração, por medida provisória, dos impostos não excetuados pelo referido princípio, porém só produzirá efeitos no exercício seguinte e se houver sido convertida em lei até o último dia daquele em que foi editada. Ora, não tem sentido que se permita regulação por medida provisória de determinada matéria, uma vez que pode esperar pelo procedimento ordinário. Por afrontar o *caput* do art. 62 da Constituição Federal, que exige os pressupostos de urgência e relevância, consideramos determinado dispositivo uma violação à nossa Carta Magna.

A EC 32/01 modificou ainda a redação do art. 246 da CF, o qual foi acrescentado pelas emendas constitucionais n. 6/95 e 7/95. De acordo com a antiga redação: "é vedada a adoção de medida provisória na regulamentação de artigo da Constituição cuja redação tenha sido alterada por meio de emenda promulgada a partir de 1995." A atual prevê: "é vedada a adoção de medida provisória na regulamentação de artigo da Constituição cuja redação tenha sido alterada

[21] CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Op. cit.* p. 93.

por meio de emenda promulgada entre 1° de janeiro de 1995 até a promulgação desta emenda, inclusive." Isso significa que os dispositivos constitucionais alterados posteriormente à EC 32/01 também podem ser regulados por medida provisória. Anteriormente, só podiam ser regulados pelo ato normativo ora em estudo os dispositivos constitucionais alterados anteriormente a 1995.

6. A Reedição

Dispunha o antigo parágrafo único do art. 62: "as medidas provisórias perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de trinta dias, a partir de sua publicação, devendo o Congresso Nacional disciplinar as relações jurídicas delas decorrentes".

Desse dispositivo surgiram bastantes discussões, não possuindo a doutrina, posição unânime.

Analisando determinado mandamento, pode-se perceber que a Constituição, claramente, tinha incumbido ao Legislativo o dever de apreciar a medida provisória. Caso não fosse convertida, perderia eficácia *ex tunc*. É de se notar, no entanto, que por trinta dias tinha sido válida e eficaz, decorrendo dela efeitos jurídicos. Era por isso que cabia a regulação pelo Congresso dos efeitos das relações jurídicas surgidas à época.

Dentro dos trinta dias exigidos para apreciação, podia o Congresso rejeitar a medida provisória, convertê-la em lei ou podia, simplesmente, não apreciá-la. As discussões maiores surgiram em torno da possibilidade ou não de reedição da medida provisória no caso de não apreciação pelo Congresso.

Walter Claudius Rothenburg[22] ensinava que a reedição não deveria ser admitida em qualquer caso. Admiti-la, no caso de rejeição, seria respaldar a violação da vontade do Povo. Porém, caso houvesse rejeição e o Presidente da República entendesse que ainda estariam presentes a relevância e a urgência, podia ele apresentar projeto de lei sobre o assunto e solicitar urgência na apreciação (art.64,§§1° e 2° da CF).

No caso de não apreciação, ensinava ele que se deveria entender pela rejeição.

[22] ROTHENBURG, Walter Claudius. *Medidas Provisórias e suas Necessárias Limitações*. Revista dos Tribunais. São Paulo: RT, v. 690, a. 82, p. 9-38, abr. 1993.

A Constituição passada, em seu art. 55 §1º, dispunha que o decreto-lei, no caso de não deliberação, era tido por aprovado. O Constituinte de 1988, diferentemente, optou pela perda da eficácia se não for convertida em lei, ou seja, para que permanecessem no mundo jurídico, deveriam ter sido convertidas expressamente em lei.

Como Rothenburg, não admitiam a reedição José Celso de Mello Filho[23], Fran Figueiredo[24], Szklarowsky[25], Ivo Dantas[26], entre outros. Os dois últimos citados propunham o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão como meios legítimos no caso de não regulação pelo Congresso das relações jurídicas decorrentes da medida provisória não convertida.

Clèmerson Merlin Clève[27] ensinava ser possível a reedição apenas quando houvesse omissão do poder Legislativo e a permanência dos pressupostos de relevância e urgência.

Nossa Corte Suprema defendeu a reedição no caso de não apreciação pelo Legislativo, argumentando que a Constituição a isso não se opunha. Além disso, a reedição, nesses casos, não seria uma afronta à vontade do Legislativo, já que este não a teria expressado.[28]

De acordo com a nova redação do art. 62, deter-minado ato emergencial ainda perderá eficácia *ex tunc*, porém, se não for convertido em lei no prazo de sessenta dias e não no de trinta, como era antes.

Na atualidade, as medidas provisórias, por expressa previsão constitucional, poderão ser prorrogadas uma única vez por mais sessenta dias, caso não tenham a sua votação encerrada nas duas Casas do Congresso, dentro dos sessenta dias contados da data de sua publicação.

Ressalte-se que, nos casos de recesso do Congresso nacional, pode a medida provisória ser eficaz por mais de 120 dias, pois com a redação dada pelo atual §8º, combinado com o art. 62 *caput* e § 4º, percebe-se que não mais haverá a convocação extraordinária do

[23] MELLO FILHO, José Celso de. *Op. cit.* p. 18.
[24] FIGUEIREDO, Fran. *As Medidas Provisórias no Sistema Jurídico-Constitucional Brasileiro*. Revista de Informação Legislativa. Brasília: [s.n], a. 28, n.110, p. 151, abr/jun. 1991.
[25] SZKLAROWSKY, Leon Frejda. *Op. cit.* p. 85-87.
[26] DANTAS, Ivo. *Op. cit.* p. 101.
[27] CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Op. cit.* p. 114.
[28] ADIN 1315-7/DF, Rel. Min. Ilmar Galvão, Acórdão publicado no DJ 22.09.95

Congresso Nacional, como dispunha a antiga redação do art. 62, de acordo com o qual, no caso de recesso, deveria se reunir no prazo de cinco dias. Atualmente, pode o ato normativo em análise ser eficaz ora por 150 dias – no caso do recesso de 30 de junho a 1° de agosto – ora por 182 dias – no caso do recesso de 15 de dezembro a 15 de fevereiro.

Outra modificação dada pela emenda é a entrada em regime de urgência da medida provisória, se não for apreciada em até quarenta e cinco dias contados de sua publicação, em cada uma das Casas do Congresso Nacional, ficando sobrestadas todas as demais deliberações legislativas da Casa em que estiver tramitando até que se ultime a votação,.

O § 10 do art. 62, introduzido pela referida Emenda, veda, ainda, a reedição, na mesma sessão legislativa, de medida provisória que tenha sido rejeitada ou que tenha perdido sua eficácia por decurso de prazo. Faz-se pertinente aqui a distinção entre período legislativo, sessão legislativa e legislatura. Essa é o período de quatro anos do mandato dos membros da Câmara, a segunda é o ano legislativo, enquanto que o primeiro é o espaço dentro de um ano entre um recesso e outro. Maleficentemente, esse dispositivo possibilitou a reedição desde que na outra sessão legislativa.

Com determinadas regulamentações, busca-se diminuir os abusos de edição e reedição de medida provisória pelo Presidente da República. Se antes, o STF admitia ilimitadas reedições, a redação atual do dispositivo as restringe mais que explicitamente. Contudo, não se teria aclamado por uma emenda constitucional com esse escopo se nossa Corte Suprema tivesse sido um pouco mais cautelosa e, de fato, tivesse guardado nossa Carta Magna, viabilizando que a medida provisória, na prática, não tivesse passado de um instituto temporário e excepcional, como realmente deve ser.

7. Poder de Emenda

Antes da EC 32/01, a Constituição Federal se omitia sobre a possibilidade de emenda a uma medida provisória. A Resolução n° 01 de 1989, ao mesmo tempo que concedeu determinado poder, limitou-o, ao vedar a apresentação de emendas que versassem sobre matéria estranha àquela tratada na medida provisória.

O § 12 do art. 62, introduzido com a citada emenda à Constituição, passa a permiti-la expressamente ao versar que, se o projeto

de lei de conversão for aprovado, mas com alterações do texto original da medida provisória, esta manter-se-á integralmente em vigor até que o projeto seja sancionado ou vetado.

Clèmerson Merlin Clève[29] e Marco Aurélio Greco[30], em publicações anteriores à EC 32/01, ensinavam que se a emenda fosse modificativa ou aditiva, as partes da lei de conversão que não faziam parte da medida provisória teriam eficácia *ex nunc*. Se fosse supressiva, haveria uma rejeição parcial da medida provisória, tendo eficácia ex tunc. Por não ir de encontro a qualquer dispositivo constitucional é que defendemos a perfeita aplicação de determinado ponto de vista mesmo após a EC em estudo.

Antes da introdução do §12 pela emenda ora em análise, entendia-se que caso o projeto de conversão fosse aprovado na íntegra pelo Congresso, ou seja, sem emendas, seria ele encaminhado ao Presidente do Senado Federal para a promulgação, não sendo necessária a sanção ou veto do Presidente da República. Só era imprescindível sua apreciação no caso de emenda. Não restam dúvidas de que, com a nova redação, a medida provisória alterada pelo Congresso Nacional depende de sanção do Presidente da República para se consolidar como lei. Se for totalmente vetado, entende João Paulo de Oliveira[31], há perda de eficácia ex tunc. Se for o veto parcial, entende que nem a redação original nem a alterada subsistirão, revigorando a legislação antecedente a medida provisória.

8. Outras Modificações dadas pela EC 32/01

Além das matérias discutidas, fica vedada a edição de medida provisória sobre partidos políticos; créditos adicionais e suplementares (excetuado o previsto no art. 167, §3º); poupança popular ou qualquer outro ativo financeiro; matéria que vise à detenção ou seqüestro de bens; matéria já disciplinada em projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional e pendente de sanção ou veto do Presidente da República e sobre direito processual civil e penal. Mesmo antes da referida Emenda, havia autores que já vedavam a edição de medida provisória sobre

[29] CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Op. cit.* p.129-130.
[30] GRECO, Marco Aurélio. *Op. cit.* p.44
[31] OLIVEIRA, João Paulo de. *Medidas provisórias na emenda constitucional 32*.http://www1.ius.com.br/doutrina/texto.asp?id=2419. 28.05. 2002.

matéria processual, pois do contrário, estar-se-ia interferindo na atuação funcional do Poder Judiciário.

A Resolução nº 01, de 1989 versava que a medida provisória deveria ser apreciada no Congresso em sessão conjunta. De acordo com o art. 62, § 10, dado pela EC em estudo, esse ato normativo deve ser apreciado em sessão separada pelo plenário de cada uma das Casas do Congresso Nacional.

O § 11 do art.62 também foi introduzido pela EC 32/01 e, na realidade, propiciou a permanência de uma medida provisória e a "faculdade" ao Congresso de regular as relações jurídicas constituídas e decorrentes dos atos praticados durante a sua vigência, já que, não sendo editado o decreto legislativo dentro do prazo, essas permanecer-se-ão regidas por determinado ato normativo. Infelizmente, mais uma vez, a medida provisória, que tem por característica principal a brevidade, tem a possibilidade de se tornar duradoura.

João Paulo de Oliveira[32], em análise ao mesmo, advoga que a medida provisória tem um período de vigência e eficácia potenciais de cerca de 180 dias (60 dias de eficácia originária + prorrogação de 60 dias + 60 dias para que o Congresso edite decreto legislativo regulador nos casos de sua rejeição ou não deliberação).

9. Norma de Transição

O art. 2º da EC 32/01 versa sobre a norma de transição e assim dispõe: "as medidas provisórias editadas em data anterior à da publicação desta emenda continuam em vigor até que medida provisória ulterior as revogue explicitamente ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional".

Aí está mais um caso em que a medida provisória tem o condão de se tornar permanente, pois até que o Congresso Nacional delibere definitivamente ou até que uma medida provisória ulterior as revogue explicitamente, as medidas provisórias anteriores a EC 32/01 continuarão a produzir efeitos.

Infelizmente, podemos dizer que esses atos normativos praticamente se tornaram leis sem a participação do legislativo. Ora, é patente que se o Congresso Nacional teve todo esse tempo para deliberar definitivamente e não o fez, a probabilidade de fazê-lo agora é mínima.

[32] OLIVEIRA, João Paulo de. *Op. cit.*

João Paulo de Oliveira[33] analisa ainda esse dispositivo e, com muita conveniência, afirma que pode haver duas interpretações para esse artigo: ou se entende que a vontade do constituinte foi a de realmente se referir às medidas provisórias editadas anteriormente a referida emenda, que são as adotadas ou propostas pelo Presidente da República, tendo ou não sido reeditadas sucessivamente, incluindo as que estariam sob a potencial apreciação do Congresso Nacional, ou se entende que são as que ainda estão em eficácia. O referido autor parece adotar a interpretação restritiva, porém lembra que ainda assim alcançaria nada mais nada menos que 66 medidas provisórias.

No que diz respeito à necessidade de revogação explícita, faz-se a seguinte pergunta: qual solução pode ser dada quando uma medida provisória que tenha sido editada após a EC 32/01 regular matéria de modo que afronte o já disposto em medida provisória editada antes da EC 32/01, não revogando-a expressamente, como exige o dispositivo?

O STF, na ADIN 1315-7/DF, defendeu que só haverá revogação da primeira se for a segunda convertida em lei; do contrário, a primeira só ficará suspensa.

10. Medida Provisória e decreto-legge

Por ter influenciado tanto o Brasil, faz-se pertinente a comparação entre o instituto emergencial do Brasil (medida provisória) e o da Itália (decreto-legge).

Na Itália, o decreto-legge só é admitido nos casos extraordinários de necessidade e urgência; no Brasil, nos casos de urgência e relevância. E, enquanto o Congresso Nacional deverá regular as relações jurídicas decorrentes de uma medida provisória não convertida em lei, o Legislativo italiano, poderá. No ordenamento jurídico brasileiro, após a EC 32/01, há um elenco das matérias a serem tratadas por medida provisória, enquanto que no italiano, não.

Uma das mais importantes diferenças decorre do regime de governo. Enquanto na Itália, por ser parlamentarista, a iniciativa cabe ao

[33] Idem, ibidem.

Governo (Conselho de Ministros, que é um órgão colegiado de deliberação); no Brasil presidencialista, a iniciativa cabe unicamente ao Presidente da República.

Não há apenas diferenças entre esses dois institutos emergenciais. Em ambos há o controle pelo Legislativo; há a perda de eficácia desde a publicação, no caso de rejeição ou não apreciação pelo Legislativo; o tempo de eficácia é de sessenta dias, sendo, no direito brasileiro, possível a prorrogação por igual tempo.

11. Considerações Finais

Numa sociedade que anda a passos largos, onde a realidade muda com muita rapidez, a medida provisória se torna um ato normativo necessário. Porém, num ordenamento que respalda o Estado Democrático de Direito, esse instituto deve ser admitido com muita cautela.

Por não ser o art. 62, antes da EC 32/01, muito minucioso, o Presidente (de quê mesmo?) usava e abusava do poder que lhe tinha sido concedido pelo Constituinte Originário. Porém, nada disso teria acontecido se nossa Corte Suprema tivesse cumprido com seu dever de guardar nossa Carta Magna.

A EC 32/01, com o intuito de enrijecer o poder de edição de medida provisória, terminou fazendo concessões inadmissíveis, algumas vezes inconstitucionais, além de limitar menos de que deveria as matérias a serem tratadas por medida provisória. Se se tivesse feito uma interpretação sistêmica da Constituição Federal, a medida provisória, na prática, teria sido o que se propôs a ser: um ato emergencial, excepcional e provisório. É uma pena que nossa Carta Magna, um dos institutos mais democráticos do mundo, tenha sido interpretada e modificada de modo não tão compatível com o Estado Democrático de Direito.

12. Bibliografia

1) CERNICHIARO, Luiz Vicente e COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Direito Penal na Constituição*. São Paulo: RT, 1990.

2) CLARK, Giovani. *Medidas Provisórias*. Revista de Informação Legislativa. Brasília: [s.n], a 29, n.113, p. 153-173, jan/mar. 1992.

3) CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Medidas Provisórias*. 2. ed. Curitiba: Max Limonad, 1999.

4) DANTAS, Ivo. *Aspectos Jurídicos da Medida Provisória*. Recife: Editora Ciências Jurídicas, 1991.

5) FIGUEIREDO, Fran. *As Medidas Provisórias no Sistema Jurídico-Constitucional Brasileiro*. Revista de Informação Legislativa. Brasília: [s.n], a .28, n .110, p.137-152, abr/jun.1991.

6) FURTADO, Lucas Rocha. *Medida Provisória: limites lógicos de sua atuação – impossibilidade de convalidação de atos pretéritos*. Revista de Direito Renovar. Rio de Janeiro: Editora Renovar, n.6, p. 83-97, set/dez. 1996.

7) GRECO, Marco Aurélio. *Medidas Provisórias*. São Paulo: RT, 1991.

8) HORTA, Raul Machado. *Medidas Provisórias*. Revista de Informação Legislativa. Brasília: [sn], a .27, n .107, p. 5-18, jul/set. 1990.

9) JÚNIOR MACHADO, Agapito. *O Uso Abusivo de Medidas Provisórias no Âmbito do Direito Administrativo*. Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados. São Paulo: jurid vellevich, v. 164, a .22, p. 81-113, mai/jun. 1998.

10) MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Controle Jurisdicional dos Pressupostos de Validade das Medidas Provisórias*. Revista dos Tribunais. São Paulo: RT, v. 758, a .87, p. 11-15, dez. 1998.

11) MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 10.ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

12) MELLO FILHO, José Celso de. *As Medidas Provisórias no Sistema Constitucional Brasileiro*. Revista Jurídica de Osasco. São Paulo: [s.n], v. I, p. 7-19, julho. 1994.

13) MELLO FILHO, José Celso de. *Considerações sobre as Medidas Provisórias*. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. São Paulo: [s.n], n.33, p. 203-225, jun.1990.

14) OLIVEIRA, João Paulo de.*Medidas provisórias na emenda constitucional 32*. http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2419, 28.05. 2002.

15) PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967 com a emenda n. I de 1969*. T.III. 2. ed. São Paulo: RT, 1979.

16) ROTHENBURG, Walter Claudius. *Medidas Provisórias e suas Necessárias Limitações*. Revista dos Tribunais. São Paulo: RT, v. 690, a .82, p. 313-319, abr. 1993.

17) SILVA, José Afonso da.*Curso de Direito Constitucional Positivo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

18) SZKLAROWSKY, Leon Frejda. *As Medidas Provisórias e o Mandado de Injunção*. Revista dos Tribunais. São Paulo: RT, a 1, p.79-88, out/dez. 1992.

19) TÁCITO, Caio. *As Medidas Provisórias na Constituição de 1988*. Revista de Direito Administrativo. Rio de janeiro:[s.n]. v. 176, p. 1-8, abr/jun. 1989.

20) TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: RT, 1990.

CONCESSÃO DE RODOVIAS NO BRASIL: BREVE ANÁLISE DAS FONTES DE RECEITAS DAS CONCESSIONÁRIAS

Márcio Blanc Mendes
(Aluno do 10º período da graduação em Direito da UFPE)

Sumário: 1. Introdução; 2. O contrato de concessão de rodovias; 3. As fontes de receitas das concessionárias de rodovias; 3.1. O pedágio; 3.1.1. Natureza Jurídica do Pedágio; 3.2. As fontes secundárias de receita; 4. Conclusão.

1. Introdução.

Este trabalho tem por escopo realizar uma análise crítica acerca da remuneração das concessionárias de rodovias no ordenamento jurídico brasileiro, observando seus aspectos políticos e jurídicos, a fim de contribuir para melhor compreensão e solução das diversas problemáticas existentes em torno da cobrança de pedágios nessa modalidade específica de concessão.

Para garantir bom entendimento da matéria abordada faz-se mister a ligeira abordagem de certos institutos e fenômenos jurídicos que darão suporte ao tema proposto nesta monografia. Neste contexto, a desestatização moderna teve início com o processo de reforma do Estado, o qual privilegia o desenvolvimento capitalista pela redução da presença estatal no domínio econômico, e cada vez mais vem estimulando a subtração ao Poder Público da responsabilidade exclusiva na prestação de serviços básicos para a sociedade.

Sem embargo, é pelo sucesso das políticas neoliberais que temos observado cada vez mais em nosso país a transferência em diversos setores da economia da atuação direta do Estado para a intervenção da iniciativa privada, gerando uma expectativa de modernização geral na sociedade.

A existência de uma política de desestatização bastante operante em nosso país nos últimos anos fez alcançar por certo a seara das rodovias, que, embora sejam o principal meio de transporte do país, ainda estão por muito esquecidas e despriorizadas.

As concessões das rodovias vem atraindo investimentos mais que necessários do setor privado, diminuindo a carência de verbas para o setor nas regiões sulistas (Sudeste, Centro-Oeste e Sul); porém sem alcançar ainda o norte do país (Nordeste e Norte).

Com efeito, as rodovias desestatizadas têm oferecido melhores condições de tráfego, maior estrutura e mais rápidos e eficazes serviços de auxílio ao usuário. Esta é a realidade que podemos verificar em estados como São Paulo e Rio Grande do Sul, pioneiros da desestatização de rodovias no Brasil.

Porém, em contrapartida ao melhoramento das rodovias durante as concessões há aumento dos encargos financeiros para os usuários, os quais nem sempre encontram equilíbrio entre os benefícios oferecidos e a contra-prestação deles exigida.

A análise das fontes de remuneração das concessionárias visa a auxiliar a compreensão do estabelecimento do valor dos pedágios, sua natureza e a existência de fontes secundárias atuais e potenciais que podem contribuir para a redução daqueles valores, garantindo melhor prestação do serviço público com menor encargo para os usuários.

Não há como se negar que a transformação do sistema jurídico brasileiro vem gerando mudanças fáticas significativas que precisam ser analisadas para que possamos melhor compreendê-las e otimizá-las dentro do contexto em que ocorrem.

2. O contrato de concessão de rodovias.

O contrato de concessão de serviços públicos "pode ser definido como um vínculo jurídico complexo, instrumentalizado em contrato administrativo, pelo qual é outorgada gestão, administração e execução

de um serviço público a pessoa diversa daquela que legalmente o titulariza"[1], segundo Egon Bokmann Moreira.

Na concessão de serviços públicos, a concessionária só participa da execução do contrato, não da sua formação. Portanto pode-se dizer que é um típico contrato de adesão para o vencedor do certame licitatório nos termos do edital.

O equilíbrio econômico-financeiro no contrato de concessão de serviço público pode ser entendido resumidamente como resultante dos encargos da concessionária e receitas da concessão previstos no momento da assinatura do contrato, é a equação que mantém o contrato possível no curso de sua execução. Deve vir expresso no contrato, portanto, a previsão acerca da remuneração da concessionária.

Tratando, contudo, de concessões de rodovias, comumgamos do entendimento doutrinário de que a equação não se vincula exclusivamente ao lucro da concessionária e à perfeição da prestação dos serviços diretos aos usuários, mas também, e principalmente, com o fim mediato da concessão *BOT*, o qual se caracteriza pelo recebimento do bem público aperfeiçoado, sem custos aos cofres públicos[2]. Mas, dessa espécie de concessão de serviço público trataremos mais adiante com os devidos esclarecimentos.

O chamado contrato de concessão de rodovias é um contrato de concessão de serviço público complexo, abrangendo a operação, monitoração, conservação, manutenção e adequação de capacidade de tráfego da rodovia, o que é feito mediante a realização de obras de infra-estrutura, tendo longo prazo de duração, devendo a concessionária ao final deste entregar o bem concedido acrescido dos benefícios prefixados. Esse contrato é regido pela equação econômico-financeira, que tem por lastro a relação entre o ingresso de capital (pedágio mais receitas alternativas) e o desempenho das obrigações contratuais.

Assim, as concessões de rodovias são concessões precedidas de obras públicas, diante da classificação dada pela Lei nº 8.987/ 95. Frente à realidade de má conservação e pouquíssima manutenção das rodovias brasileiras, ficaria quase impossível visualizarmos concessão não precedida de obras públicas, pois não se conseguiria prestar

[1] MOREIRA, Egon Bockmann. *Concessão de Rodovias – Código do Consumidor – Ação Civil Pública*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, v. 1, n. 222, p. 319, out./dez. 2000.
[2] MOREIRA, Egon Bockmann. *Op. cit.* p. 321.

adequadamente o serviço público sem melhoramento da atual infra-estrutura de nossas auto-estradas.

Para que tenhamos uma idéia do condicionamento das nossas rodovias, um estudo promovido pela Confederação Nacional do Transporte conferiu que, na Região Nordeste, praticamente em nenhum estado as estradas federais apresentam boas condições de tráfego[3]. Essas péssimas condições das vias implicam comprometimento e aumento do tempo de viagem, maior consumo de combustível e maior desgaste de peças; ou seja, aumenta ainda mais o chamado "custo Brasil".

Para dar solução a essa situação de sucateamento, hodiernamente as concessões de rodovias são da espécie *BOT – build, operate and transfer* – através da qual "a concessionária assume as obrigações de construir e desenvolver as obras previstas no contrato (infra-estrutura pesada, de manutenção e secundárias), operar e executar sua gestão administrativa e, ao final de determinado longo prazo, "devolver" o bem concedido, acrescido de determinadas vantagens, ao ente público"[4]. É, assim, espécie de concessão pela qual a concessionária assume o dever de ampliar a qualidade do bem público.

Contudo, as obras de infra-estrutura e aperfeiçoamento físico da rodovia não limitam o objeto da concessão de rodovia, as concessionárias têm o dever de prestar serviços específicos: atendimento médico-ambulatorial de emergência; postos de atendimento de auxílio (banheiros, telefones e informações); fornecimento de verba e instrumentos para aparelhamento da polícia rodoviária; atendimento mecânico e inspeção de tráfego (engarrafamentos e peso dos veículos). Desse modo, o usuário não seria o destinatário final principal do contrato, o é apenas dessas prestações imediatas.

Para realizar os contratos administrativos de concessão e o certame licitatório que deve precedê-lo, o Departamento Nacional de Estradas de Rodagem – DNER e os Departamentos Estaduais de Rodagem – DER's têm atribuição para funcionar como Poder Concedente nas concessões de rodovias em virtude das legislações que criaram e regulam tais autarquias.

---

[3] MEJIA, Ana Maria e FERRO, Núbia. *Aos Pedaços*. Revista CNT – Confederação Nacional do Transporte. Brasília: Mídia Brasil, ano VI, n. 63, p. 22, agosto 2000.
[4] MOREIRA, Egon Bockmann. *Op. cit.* p. 319.

Somente após a licitação, a empresa vencedora, que virá a ser a concessionária, deverá apresentar proposta de metodologia de execução e proposta comercial.

Contudo, vale ressaltar a existência de uma etapa singular na concessão de rodovia, qual seja a realização do Programa de Exploração Rodoviária. O Programa é realizado diretamente pelo Poder Concedente, ou por empresa contrata através de licitação, a fim de estudar a viabilidade de concessão de determinada rodovia, no qual são analisados aspectos como quantidade de volume de tráfego atual e potencial, estado atual da infra-estrutura, e benefícios diretos e indiretos a serem auferidos pelos usuários. Só após a aprovação do programa de Exploração Rodoviária pelo Poder Concedente, realizar-se-á a licitação.

Mas, tratando-se de concessão federal, ainda antes da realização da licitação, é necessário haver decisão favorável do Conselho Nacional de Desestatização – CND quanto ao Programa de Exploração Rodoviária para que se venha a realizar o contrato. O CND é regulado pelas novas diretrizes da Lei nº 9.491/ 97. Este órgão da administração federal irá analisar a viabilidade e objetivos do contrato a fim de verificar se estão em conformidade com os interesses públicos nacionais.

Realizado o contrato, a área de concessão abrange a rodovia, seus acessos e respectivas faixas de domínio. Os acessos são todos os trechos rodoviários de interligação com outras rodovias, e que estejam dentro da faixa de domínio. Esta, por sua vez, é a faixa de segurança que se estende da lateral da rodovia até a distância predeterminada em lei (estadual ou federal), a qual geralmente é de 10 (dez) metros de cada lado.

O prazo de concessão é longo para proporcionar o retorno do investimento feito pela concessionária e seu lucro, podendo ser de 20 (vinte) a 25 (vinte e cinco) anos.

Todavia, como na maioria dos casos das rodovias brasileiras são necessários grandes investimentos iniciais para colocar em condições elementares de funcionamento, é necessário que as concessionárias estabeleçam empréstimos financeiros visando a financiar o plano de concessão.

Quanto ao risco do contrato, a concessionária de rodovia assume o risco de tráfego, ou seja, o risco de redução do volume de tráfego, que pode ser gerado até mesmo pela criação ou mudança de trajeto de outras rodovias ou vias urbanas. A redução de tráfego

conseqüentemente causa a redução da principal receita das concessionárias: o pedágio.

Mas, caso a redução de tráfego seja causada por ato unilateral do Estado, fica ressalvado o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, que até mesmo pode resultar em aumento do prazo de concessão.

Quanto ao tráfego em si, são deveres específicos das concessionárias: assistência aos sistemas públicos pertinentes na segurança policial, assistência pré-hospitalar e mecânica; devendo cooperar para a eficiência das garantias fundamentais dos usuários. Contudo, o policiamento e fiscalização de trânsito (velocidade e outras normas de segurança, por exemplo) são atribuições exclusivas do Poder Público, não sendo objeto da concessão.

3. As fontes de receita das concessionárias de rodovias.

Inicialmente, é imperioso ressaltar, até mesmo pela odiosidade do fato, que alguns Estados, através da concessão de rodovias, têm estipulado encargos diretos sobre a receita proveniente do pedágio de rodovias. Constatamos encargos em São Paulo de até a 30% (trinta por cento) do faturamento das concessionárias para saneamento das contas públicas.

Ora, o pedágio deve ter destino certo: a remuneração da concessionária, que faz as vezes do Estado, pelos serviços e obras prestados na rodovia. O Estado não deve se utilizar dessa espécie de desestatização para gerar fonte de receita incompatível com sua natureza e objetivos, qual seja o de melhorar a prestação do serviço público através de cobrança de pedágios módicos dos usuários. Utilizar-se de tal prática prevista expressamente nos contratos administrativos da espécie é onerar o usuário com carga tributária em desconformidade com a própria moralidade pública e princípios tributários aplicáveis a espécie. Quanto a estes voltaremos a tratar em momento adequado.

Ao tratar de pedágios e sua importância, podemos dizer frente ao atual modelo de concessão de rodovias no Brasil que a base econômica da concessão é a remuneração da concessionária por

intermédio da cobrança de pedágio, cujo valor será preservado pelas cláusulas de reajuste revisão previstas no contrato.

Contudo, não se pode conceber o pedágio como única fonte de receita das concessionárias de rodovias, apesar de ser a principal. Neste sentido, já se definiu bem o art. 11 da Lei nº 8.987/ 95.

Ao contrário do que possa parecer, a existência de outras fontes remuneratórias das concessionárias, não as beneficia exclusivamente; ao menos, não deveria. A visualização de receitas alternativas no contrato de concessão constitui elemento de fixação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, contribuindo assim para diminuição do pedágio a ser cobrado dos usuários.

Egon Bockmann Moreira, em parecer dado sobre concessão de rodovias, entende que, em virtude da natureza *BOT* das concessões de rodovias, os pedágios devem ser adequados e suficientes não somente à prestação de serviços imediatos aos usuários, mas também e especialmente ao aprimoramento das rodovias[5]. Alargando seu pensamento, vislumbramos que não só o pedágio, mas também as receitas alternativas deveriam ter sido consideradas como meio de remuneração das concessionárias no referido parecer.

Continuando sua lição quanto ao modelo atual de concessão de rodovias, Egon Bockmann Moreira admite que "o usuário deve pagar o preço certo pelo serviço, na medida em que dele se utiliza"[6]. Tal pensamento deve ser desintensificado na medida em que são encontradas formas secundárias e complementares de remuneração que não recaiam exclusivamente e diretamente sobre os usuários.

Certamente sempre haverão descontentes, cada um com uma razão específica, porém, questões personalíssimas não podem conduzir a adoção de um modelo de concessão de rodovia que limite a receita a tributos cobrados dos usuários. Devem ser encontradas receitas alternativas que desonerem a população sem, contudo, comprometer a qualidade das obras e serviços oferecidos.

---

[5] MOREIRA, Egon Bockmann. *Op. cit.* p. 320.
[6] MOREIRA, Egon Bockmann. *Idem, ibidem.*

3.1. O pedágio.

Podemos já notar que é da própria natureza da concessão de serviços públicos a remuneração por "tarifas" cobradas dos usuários. No caso de concessão de rodovias não poderia ser diferente, a cobrança de pedágio é amparada por lei, no edital de licitação e fixado no contrato administrativo.

O início da cobrança de pedágio será determinado pelo contrato, levando em consideração o estado de conservação e obras necessárias em cada rodovia. Havendo necessidade de criação de praças de pedágio e outras obras iniciais, somente após a realização o Poder Concedente deverá autorizar a cobrança de pedágio.

As concessionárias devem organizar o sistema de cobrança de pedágio, implementado-o com a maior eficiência possível, com maior conforto e menor perda de tempo para o usuário.

O pedágio é fixado conforme proposta pela licitante vencedora.

Pela própria natureza do pedágio e geralmente por expressa cláusula contratual são isentos do pagamento a polícia rodoviária, os veículos de atendimento público de emergência (bombeiros e ambulâncias) quando em serviço, os militares quando em instrução ou em manobra e os veículos das próprias concessionárias.

As taxas de pedágio devem ser diferenciadas por categoria, na maioria das vezes o critério escolhido é o número de eixos dos veículos, pois assim se leva em consideração a capacidade contributiva do usuário, do desgaste físico e do impacto na capacidade de tráfego diferenciado que acarretam à rodovia, já que implicam custos diferenciados de engenharia e operação das vias.

Todavia, a simples existência da cobrança de pedágio, juntamente com outros tributos sobre a área de transporte terrestre gera revolta e insatisfação dos contribuintes. Tentativas de diminuir tais insatisfações devem ser buscadas para reduzir a carga tributária sobre os usuários de rodovia sob regime de concessão.

Uma dessas saídas que desde já apontamos é a não cobrança por parte do Poder Concedente de percentagem sobre o faturamento do pedágio como meio de saneamento das contas públicas. Esse não é o fim a que se deve destinar o pedágio, para isso a Constituição Federal já instituiu tributos específicos e atribuiu competência aos entes públicos para sua cobrança.

Outra solução possível para diminuir o impacto das praças de pedágio nos bolsos dos contribuintes é a instituição do sistema bi-direcional de cobrança. Este sistema funciona apenas como paleativo diante da problemática dos autos preços de pedágio, sem atingir a substância do problema, mas ao menos busca reduzir o valor desembolsado imediatamente nas praças de pedágio.

Atingindo o problema em sua raiz, a solução que indicamos e que buscaremos em nosso trabalho é a conscientização para maior efetivação de fontes alternativas de remuneração da concessionária em sua maior extensão.

3.1.1. Natureza jurídica do pedágio

A discussão acerca da natureza jurídica do pedágio não é de simples desate. A matéria sobre pedágio é tratada atualmente no Brasil em nível constitucional, o art. 150, V, traz *in verbis*: "é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios estabelecer limitações ao tráfego de pessoas ou bens, por meio de tributos estaduais ou intermunicipais, ressalvada a cobrança de pedágio pela utilização de vias conservadas pelo Poder Público".

Localizando o mencionado artigo, ele se encontra na Seção II – Das limitações do poder de tributar –, que pertence ao Título IV – Da Tributação e do Orçamento – da Carta Magna de 1988. Dessa forma, a polêmica sobre o pedágio gira em torno de ter natureza jurídica tributária ou não.

Entendendo não ter esta exação natureza tributária, parte da doutrina e jurisprudência têm entendido o pedágio como preço público; e em lado oposto, há aqueles que têm defendido a natureza tributária, qualificando o pedágio como taxa. Frente a divergentes posicionamentos, cabe-nos esclarecer as principais diferenças entre preço público e taxa.

A diferença conceitual básica é a de que a taxa é um tributo, sendo obrigação instituída por lei à atividade definida como propriamente pública; já o preço público é obrigação contratual, situando-se em atividade estatal no âmbito privado. Assim, quando se fala em taxa, fala-se em espécie de tributo e quando se fala em tarifa, fala-se em preço público.

Mas, o que pode mais facilmente caracterizar a remuneração de um serviço público como taxa ou preço público é a compulsoriedade da

taxa e a facultatividade do preço, conforme já decidiu o Supremo Tribunal Federal[7]. Importante compreender o fundamento dessa idéia. Hugo de Brito Machado enfatiza que caso a ordem jurídica obrigue a utilização de determinado serviço, não permitindo o antedimento da respectiva necessidade por outro meio, então deverá tratar-se de taxa. Mas, se há a possibilidade do atendimento da correspondente necessidade por outro meio, sendo simples conveniência do usuário do serviço, trata-se de preço público[8].

Diante do exposto, vale ressaltarmos a lição de Caio Tácito pela natureza jurídica do pedágio como sendo de preço público. Segundo ele, somente seria exigível o pedágio daquele que efetivamente faz uso da via de transporte. A tarifa somente seria cobrada daquele indivíduo em momento específico. O pedágio não teria natureza tributária, apesar de guardar qualidade comum com as taxas na medida em que a exigibilidade da tarifa vincula-se a direitos individuais pelo uso do bem público[9].

Corroborando para tal corrente de pensamento, o Supremo Tribunal Federal (STF) tem assentado jurisprudência no sentido de considerar o pedágio como preço público.

Em julgamento da ação direta de inconstitucionalidade - ADINMC – 800/ RS, publicado no Diário Oficial da União em 18 de dezembro de 1992, o Pleno do STF decidiu sobre a natureza do pedágio, entendendo que seria preço público[10], ou seja, "retribuições facultativas da aquisição de bens ou da utilização de serviços, transferidos ou prestados pela administração pública ou por seus delegados ou mesmo por particulares, a quem os adquira ou os utilize voluntariamente". Ao dar essa qualificação, conseqüentemente o Excelso Tribunal ressaltou que o pedágio não poderia ser exigido indiscriminadamente pela utilização de todas as estradas, mas é necessário que haja possibilidade alternativa para o usuário (outra estrada que conduza livremente ao mesmo destino), embora em condições menos vantajosas de tráfego.

---

[7] Na vigência da Constituição de 1946, o STF editou a Súmula 545 e ainda julgou o RE 89.876 em 04/09/1990.

[8] MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário.* 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 332 e 333.

[9] TÁCITO, Caio. *Concessão de Serviço Público – Tarifa – Serviço Adicional.* Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, n. 218, p.327.

[10] BRASIL. STF, classe PET – 2242/ RS. Relator Min. Carlos Veloso. Publicação DOU 05/06/2001.

Não vemos como possa prosperar por muito tempo este posicionamento tendo em vista suas implicações práticas. Ter o pedágio como preço público é exigir que para todas as rodovias atualmente sob regime de cobrança de pedágios haja outra que leve ao mesmo destino, o que não ocorre na maioria dos casos brasileiros.

Destarte, como o pedágio aparece de forma insólita na Constituição Federal regulado em parte que cuida de tributos, não vemos como não qualificá-lo como tal. Neste sentido, alguns doutrinadores têm qualificado o pedágio como taxa[11].

Luciano Amaro esclarece que "as taxas são tributos cujo fato gerador é configurado por uma *atuação estatal específica, referível ao contribuinte,* que pode consistir: a) no exercício regular do *poder de polícia;* ou b) na prestação ao contribuinte, ou colocação à disposição deste, de *serviço público* específico e divisível (CF, art. 145, II; CTN, art. 77)"[12]. E Hugo de Brito Machado dá continuidade dizendo que, tratando-se de hipótese de taxa de serviço público, esta seria específica quando possam ser destacados em unidades autônomas de intervenção, de utilidade ou de necessidade públicas e divisível quando suscetíveis de utilização separada por cada usuário[13].

Caracterizar-se-ia o pedágio por taxa de serviço, posto que por exercício de poder de polícia não se cogitaria uma vez que as concessionárias de rodovias não dispõem desta prerrogativa e mesmo assim cobram pedágios. Com efeito, o pedágio é relacionado com atuação estatal específica, tendo por fato gerador utilização de vias conservadas pelo Poder Público (ou por quem lhe faça as vezes); e é divisível porquanto só é cobrado dos usuários que trafegam pela rodovia e passam pelas praças de pedágio.

Contudo, Luciano Amaro não aceita a posição de que o pedágio seria taxa de serviço, pois entende que o fato gerador da exação em

---

[11] Luciano Amaro sustenta que Geraldo Ataliba, e Aires Barrteo qualificam o pedágio como tributo da espécie "taxa", pois "remunera o serviço de conservação de estradas" (AMARO, Luciano *apud* ATALIBA, Geraldo e BARRETO, Aires. *Considerações Sobre a Questão do Pedágio Federal.* Revista DCI. São Paulo: p. 22-24 e 50-51. abril/1989.)

[12] AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro.* 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 30.

[13] MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário.* 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p.327.

comento é a utilização da via pública e não a conservação desta. Esclarece o tributarista: "o que o contribuinte faz não é utilizar um serviço do Estado; utiliza, sim, um *bem público* e paga *por utilizar esse bem.* Se de taxa se quiser chamar essa prestação pecuniária (e, teoricamente, nada impede que assim designe a exação), trata-se de *taxa de utilização de bem público*, e não de *taxa de serviço*"[14].

Certamente o pedágio é cobrado pela utilização da rodovia, estando apenas direcionado por disposição constitucional para o pagamento dos serviços oferecidos, que abrangem a operação, monitoração, conservação, manutenção e adequação de capacidade de tráfego da rodovia, tendo em vista atualmente as especifidades do contrato *BOT.*

Porém, discordamos de Luciano Amaro quanto à qualificação do pedágio em "taxa de utilização de bem público". A Constituição Federal não previu tal espécie de taxa, mas apenas as decorrentes de exercício do poder de polícia e de serviço. Portanto, ao nosso ver o pedágio constitui-se espécie autônoma de tributo, tendo nomenclatura própria e distinta de tributo ao lado do imposto, taxa, contribuição de melhoria e demais contribuições com natureza tributária, não sendo correto mencionar a exação como sendo "tarifa" tampouco "taxa".

Sendo tributo diante do tratamento da Lei Maior, o pedágio sujeita-se ao regime jurídico tributário: princípio da legalidade, anterioridade, restrições quanto à base de cálculo, cobrado por atividade vinculada etc.

3.2. Fontes secundárias de receita

As chamadas fontes secundárias de receitas das concessionárias, podem ser encontradas também sob o nome de "fontes alternativas", "acessórias" ou mesmo de "fontes complementares" (art. 11 da Lei nº 8.987/ 95). Não nos guardaremos exclusivamente a nenhuma das nomenclaturas por entendermos que todas elas expressam corretamente o conceito desse tipo de receita nos contratos de concessão de serviços públicos.

[14] AMARO. Luciano. *Op. cit.* p. 50.

Com efeito, o pedágio é a fonte principal das concessionárias, mas o art. 11 da Lei nº 8.987/ 95 autoriza a remuneração por outras receitas, uma vez que esteja previamente autorizado no edital de licitação. Assim, as demais receitas que não o pedágio seriam secundárias uma vez que buscam outra forma de captar ativo financeiro que não a forma eleita pela própria lei como característica desse tipo de contrato a fim de complementar a remuneração da concessionária pelas despesas por ela efetuadas e mais os lucros a ela devidos.

É certo que esse tipo de receita deve estar autorizado no edital de licitação. Mas, podem ou não estar expressamente previstas em contrato, o que seria mais adequado para segurança jurídica das partes. Caso não estejam, os contratantes podem ulteriormente chegarem a acordo sobre as receitas secundárias. O objetivo deve ser de contribuir para a diminuição do pedágio, reduzindo a carga tributária sobre os usuários e facilitando a recepção dessa espécie de desestatização do serviço público pela população.

Não estando previstas no contrato, qualquer forma alternativa de receita deverá ser aprovada pelo Poder Concedente, já que é necessário o acordo de vontades para que tenha validade, não sendo um direito potestativo da concessionária.

As receitas acessórias podem ser provenientes de atividades vinculadas à rodovia, à faixa de domínio ou aos acessos à rodovia, isto é, a todo o objeto do contrato de concessão de rodovia.

Algumas fontes alternativas de receitas das concessionárias são a cobrança de multas por veículos com excesso de peso ou de tarifas para construção de acessos privados às rodovias, lançamento de cabos de fibras óticas e uso da faixa de domínio da rodovia para postos de combustíveis e veiculação de publicidade.

Quanto ao lançamento de cabos de fibra ótica, cabe à concessionária sua instalação, remanejamento, operação, conservação e manutenção, mas o direito de uso e a comercialização são exclusivos do Poder Concedente. Para aqueles serviços é devido, com efeito, remuneração da concessionária através de preço público (tarifa).

4. Conclusão.

Corroboramos com o pensamento de Marcos Juruena Villela Souto de que "a idéia de modernização da gestão do Estado está intimamente ligada à necessidade de maior eficiência e atendimento às expectativas da sociedade"[15]. E como não podia deixar de ser, os serviços públicos expressam de maneira singular a real eficiência do Estado frente aos valores sociais, já que são atividades essenciais e de primordial interesse coletivo.

É neste contexto que falamos em uma remodelação do Estado, na qual a concessão de serviço público deve ser utilizada como instrumento hábil para uma prestação do serviço eficiente e com observância de suas finalidades públicas.

Serviço público adequado nas rodovias é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, conforto, segurança, fluidez de tráfego, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade do pedágio e tarifas.

Para alterar o cenário social desenhado atualmente nas regiões do país em que já convivem com essas concessões, é preciso mudança na sistematização das exações cobradas dos usuários e mudança na posição omissa de fiscalização e controle adotada pelo Poder Público, que deverá prever, primeiramente no edital licitatório e após, no contrato administrativo de concessão, a possibilidade de receitas alternativas que entrem na equação do equilíbrio econômico-financeiro, a fim de reduzir a carga tributária sobre os contribuintes e reparti-la com os outros setores da sociedade.

Além disso, para haver um serviço adequado é válido que o Poder Público exija a implantação pelas concessionárias de um sistema de gestão de qualidade de obras e serviços como a Norma ISSO 9004 ou Norma da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABTN. Tais normas serviriam como meio fiscalizador mais eficaz do Poder Concedente

[15] SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Privatização*. In: Desestatização, Privatização, Concessões e Terceirizações. 3. ed. Rio de Janeiro: Wmen Juris, 2000, p. 10.

A análise dos diversos aspectos supra enumerados da concessão de estradas trará significativas contribuições para amenizar as principais dificuldades existentes tanto na elaboração do processo de concessão como na prestação do serviço público pelas concessionárias.

Desta feita, as concessões de estradas poderão ser meio hábil de real modernização do Estado, mantendo a primazia do interesse social sobre o privado e a justiça social em sua prestação. E como é tarefa de todos os profissionais do direito ter uma postura ativa, a contribuição de trabalhos e críticas que visem o aperfeiçoamento do sistema será sempre interessante, constituindo-se num primeiro passo para que a prestação de serviço público seja mais eficaz e socialmente mais satisfatória.

5. Bibliografia.

1. ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Aspectos Constitucionais da Concessão de Serviços Públicos. In: MEDAUAR, Odete. *Concessão de Serviço Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 23-37.

2. AMARAL FILHO, Marcos J. T. do. A Concessão no Contexto da Reforma do Estado. In: MEDAUAR, Odete. *Concessão de Serviço Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 19-22.

3. AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

4. MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

5. MEDAUAR, Odete. A Figura da Concessão. In: MEDAUAR, Odete. *Concessão de Serviço Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 11-17.

6. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

7. MEJIA, Ana Maria e FERRO, Núbia. *Aos Pedaços*. Revista CNT – Confederação Nacional do Transporte. Brasília: Mídia Brasil, ano VI, n. 63, p. 22-25, agosto 2000.

8. _____. *Canteiros Vazios*. Revista CNT – Confederação Nacional do Transporte. Brasília: Mídia Brasil, ano VI, n. 65, p. 22-25, outubro 2000.

9. _____. *Juros no Pedágio*. Revista CNT – Confederação Nacional do Transporte. Brasília: Mídia Brasil, ano VI, n. 65, p. 26, outubro 2000.

10. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

11. MOREIRA, Egon Bockmann. *Concessão de Rodovias – Código do Consumidor – Ação Civil Pública*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, v. 1, n. 222, p. 315-328, outubro/ dezembro 2000.

12. OLIVEIRA, Helli Alves de. Os Serviços Públicos de Energia Elétrica e a Nova Legislação sobre Concessões. In: MEDAUAR, Odete. *Concessão de Serviço Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 39-57.

13. PEREIRA, Marcelo. Extinção da Concessão. In: MEDAUAR, Odete. *Concessão de Serviço Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 116-118.

14. RANGEL JÚNIOR, Hamilton. A Prestação do Serviço. In: MEDAUAR, Odete. *Concessão de Serviço Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 95-100.

15. SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos. A Licitação da Concessão – O Edital. In: MEDAUAR, Odete. *Concessão de Serviço Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 59-74.

16. SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Privatização*. In: Desestatização, Privatização. Concessões e Terceirizações. 3 ed. Rio de Janeiro: Wmen Juris, 2000, p. 01-73.

17. _____. *Concessões e Permissões*. In: Desestatização. Privatização, Concessões e Terceirizacões. 3 ed. Rio de Janeiro: Wmen Juris, 2000, p. 75-187.

18. SOUZA, João Carlos Lopes de. Política Tarifária e Encargos do Concedente e do Concessionário. In: MEDAUAR, Odete. *Concessão de Serviço Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 101-115.

19. TANAKA, Sônia Yuriko. O Procedimento licitatório na Lei das Concessões. In: MEDAUAR, Odete. *Concessão de Serviço Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 75-82.

20. TOBA, Marcos Maurício. O Contrato de Concessão. In: MEDAUAR, Odete. *Concessão de Serviço Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 83-93.

CONTRATO DE GESTÃO: POSSIBILIDADES LEGAIS E NATUREZA JURÍDICA

Ana Monteiro de Almeida Santos
(Aluna do 7.º período de graduação em Direito da UFPE)

Sumário: 1. Considerações Gerais; 2. Desenvolvimento do Instituto; 3. Contrato de Gestão com Entidades Privadas; 4. Contrato de Gestão entre órgãos; 5. Contrato de Gestão com entidades da Administração Indireta; 6. Natureza Jurídica do Contrato de Gestão; 7. Conclusão; 8. Bibliografia.

1. Considerações gerais

No Brasil, desde a última década, tem-se observado uma grande mudança na estrutura do Estado e no modo de sua atuação. O modelo burocrático de Administração Pública enraizado, que caracterizou o Estado brasileiro durante a maior parte do século XX, já vinha mostrando sinais de sua ineficiência há muito, e uma reforma da Administração mostrava-se necessária.

A transição para um modelo gerencial seria o objetivo dessa reforma. Busca-se uma atuação do Estado rápida, célere e transparente no cumprimento dos atos administrativos, uma atuação que considere o administrado como um cliente em potencial da Administração. Pretende-se alcançar um Estado eficiente, com menos custos e melhores resultados.[1]

Essa reforma teve como sua expressão constitucional a Emenda Constitucional n.º 19, de 4 de julho de 1998, que trouxe as mudanças necessárias à remoção dos obstáculos da Carta de 1988 à implantação da

[1] SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Desestatização: Privatização, Concessões, Terceirizações e Regulação*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 11.

Administração gerencial.[2] Dentre essas mudanças, acrescentou a emenda, aos princípios da Administração, o da eficiência, e, como um dos meios para a sua concretização, instituiu o chamado contrato de gestão, no § 8.º do art. 37.

O contrato de gestão é instituto que já fora ante-riormente previsto em algumas legislações infra consti-tucionais, sem nunca ter havido uma uniformidade de abordagem sobre o mesmo. Cuida-se, de uma maneira ampla, de acordo firmado entre o Estado e seus cooperadores ou colaboradores para a prossecução de interesses públicos,[3] traçando-se, para tanto, um plano de metas a ser atingido por essas pessoas em troca de algum benefício concedido pelo Poder Público.

A diversidade de tratamentos existentes acerca do contrato de gestão, inclusive com o dispositivo constitucional a respeito, bem como a escassez de normas regulamentares, conduz a uma controvérsia acerca da natureza jurídica de tal instituto.

O objetivo desse estudo é, a partir de um conhecimento das diversas abordagens legais existentes, chegar a uma conclusão sobre as situações em que é possível a utilização do contrato de gestão, os sujeitos capazes de celebrar tal acordo, bem como sobre a natureza jurídica do mesmo.

2. Desenvolvimento do instituto

A idéia do contrato de gestão tem origem no direito francês. Nesse país, o Estado estabelece com entes privados, por meio do contrato de gestão, algumas metas a serem por eles alcançadas o que, caso aconteça, obrigará o Estado a cumprir determinado compromisso econômico, que pode ser creditício ou fiscal.[4]

---

[2] LIMA, Sídia Maria Porto. *A Emenda Constitucional n.º 19/98 e a administração gerencial no Brasil*. Disponível na internet: http://www1.jus.com.br. 05.06.2002.

[3] MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 173.

[4] SCAFF, Fernando Facury. *Contrato de Gestão, Serviços Sociais Autônomos e Intervenção do Estado*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, v. 225, setembro, 2001, p. 287.

No Brasil, os primeiros contratos dessa espécie foram celebrados com a Companhia Vale do Rio Doce – CVRD, com a Petróleo Brasileiro S.A. – Petrobrás e com o Serviço Social Autônomo Associação das Pioneiras Sociais.

Com a CVRD e com a Petrobrás foi celebrado o contrato com base no Decreto n.º 137, de 27 de maio de 1991, que instituiu o Programa de Gestão das Empresas Estatais.[5] De acordo com esse decreto, a empresa fixava determinadas metas a serem atingidas e recebia uma maior autonomia, ficando sujeita a um controle de resultados.[6] No caso da Associação das Pioneiras Sociais, o contrato encontrava-se expressamente previsto na Lei n.º 8.246, de 22 de outubro de 1991, que extinguiu a Fundação das Pioneiras Sociais. Tal lei previu a organização de uma entidade de direito privado que celebraria um contrato de gestão com o Poder Público de modo a substituir a Fundação na execução de um programa de atividades.

Com a Associação das Pioneiras Sociais, já se vê claramente o intuito do legislador de conceder ao administrador faculdades discricionárias em matéria de liberdade para contratar pessoal e serviços, para adquirir bens e para gerir os recursos provenientes do orçamento público.[7]

Em seguida, os Decretos n.º 2.487 e 2.488, de 2 de fevereiro de 1998, previram a possibilidade de realização de contrato de gestão entre as autarquias e fundações e o respectivo ministério supervisor, como condição para a sua qualificação como agência executiva, o que foi posteriormente contemplado na Lei n.º 9.649, de 27 de maio de 1998. O objetivo é aumentar a eficiência da entidade, através daquela mesma idéia: a fixação de metas e a obtenção de maior autonomia. Para tanto, a entidade deve apresentar um plano de atuação para um período determinado.

Foi previsto, então, o contrato de gestão na Lei n.º 9.637, de 15 de maio de 1998, que dispõe sobre a qualificação de entidades como

[5] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 289.

[6] BARROSO, Luís Roberto, DELGADO, José Augusto, DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Agências Executivas, Agências Reguladoras e Organizações Sociais – Natureza Jurídica, Características, Distinções e Atribuições destes Novos Entes – Contratos de Gestão Conferindo Maior Autonomia Gerencial, Orçamentária e Financeira*. Boletim de Direito Administrativo. São Paulo: NDJ, n. 11, a. XVI, novembro, 2000, p. 816.

[7] SCAFF, Fernando Facury, Op. cit. p. 284.

organizações sociais. A entidade, para obter a qualificação, deve realizar o contrato com o Poder Público, no qual se compromete a atingir determinadas metas em troca de auxílio.

Veio, finalmente, a EC n.º 19/98 inserir no texto constitucional a previsão do contrato de gestão. Como afirma Maria Sylvia Di Pietro[8], o Direito Administrativo está na frente da Constituição, pois primeiro a Administração faz por decreto, para depois editar a lei que previu a espécie de contrato de gestão, e, só então, vir a emenda à Constituição.

A EC n.º 19/98 acrescentou o § 8.º ao art. 37, que dispõe o seguinte:

> *§ 8º. A autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta poderá ser ampliada mediante contrato, a ser firmado entre seus administradores e o poder público, que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade, cabendo à lei dispor sobre:*
> *I - o prazo de duração do contrato;*
> *II - os controles e critérios de avaliação de desempenho, direitos, obrigações e responsabilidade dos dirigentes;*
> *III - a remuneração do pessoal.*

O novo dispositivo constitucional prevê a possibilidade de celebração de um contrato entre o Poder Público e os administradores de órgãos e entidades da Administração Indireta, ampliando assim a sua autonomia. Trata-se o § 8.º de norma de eficácia contida[9], deixando clara a necessidade de elaboração de uma lei que disponha sobre os aspectos que determina. Tal lei, no entanto, ainda não foi feita.

3. Contrato de gestão com entidades privadas

A Lei n.º 9.637/98 dispõe sobre a qualificação de entidades como organização social. As organizações sociais são um modelo de organização pública não estatal criada para que associações civis sem fins lucrativos e fundações de direito privado absorvam atividades

[8] BARROSO, Luís Roberto, DELGADO, José Augusto, DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit. p. 817.
[9] BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. 3. ed. São Paulo: Saraiva. 2001, p. 620.

publicizáveis.[10] Estimula-se, com isso, a participação do particular em serviços sociais livres à iniciativa privada, mas o Estado não deixa de ser responsável por assegurar e garantir os direitos sociais básicos.[11]

Como condição para essa qualificação, a norma supra coloca a realização de um contrato de gestão, que ela mesma define, em seu art. 5.º, como o instrumento firmado entre a entidade e o Poder Público visando a parceria para fomento e execução de atividades relacionadas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde.

Esse instrumento deve conter: o programa de trabalho proposto pela organização, as metas a serem atingidas e o prazo de execução, bem como os critérios de avaliação de desempenho, os limites e critérios para despesa com remuneração e vantagens a serem percebidas pelos funcionários da organização. Em contrapartida, obriga-se o Poder Público a conceder recursos orçamentários, bens públicos e pessoal do Estado. Importante frisar que a Lei n.º 9.637/98 não condicionou a realização do contrato à exigência de licitação,[12] e a Lei n.º 8.666/93, de 21 de junho de 1993, em seu art. 24, XXIV, dispensa a licitação em tal hipótese.

No caso das organizações sociais, a celebração do contrato de gestão restringe a sua autonomia, porque a entidade privada fica vinculada a cumprir o acordo firmado, diferentemente do que ocorre com a celebração do contrato com entidades da Administração Indireta, que visam a ampliação da autonomia.

Quando entrou em vigor a EC n.º 19/98, posterior à lei das organizações sociais, dispondo sobre o instituto do contrato de gestão, surgiu a discussão sobre como ficaria a situação dos acordos firmados com entidades da sociedade civil.

O § 8.º do art. 37 fala em contrato a ser firmado com os administradores dos órgãos e entidades da Administração Direta e Indireta. Não incluiu, portanto, contratos com entidades particulares.

---

[10] PAES, José Eduardo Sabo. *Fundações e Entidades de Interesse Social: Aspectos Jurídicos, Administrativos, Contábeis e Tributários*. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 67.

[11] MODESTO, Paulo. *Reforma administrativa e marco legal das organizações sociais no Brasil*. Disponível na internet: http://www1.jus.com.br. 05.06.2002.

[12] PIRES, Maria Coeli Simões. *Terceiro Setor e as Organizações Sociais*. Boletim de Direito Administrativo. São Paulo: NDJ, n. 4, a. XV, abril, 1999, p. 252.

Existe uma corrente doutrinária que entende que o § 8.º não deve ser interpretado literalmente.[13] Deveria ser interpretado o dispositivo de acordo com o contexto em que está inserido, qual seja, a reforma administrativa, bem como levando-se em consideração o princípio da eficiência que foi acrescido aos princípios da Administração. Diante desse quadro, não teria o legislador motivos para limitar a utilização do contrato de gestão, se a sua celebração com entidades da sociedade civil, como está exposto na Lei n.º 9.637/98, apenas reforça a idéia de aumento da eficiência da Administração e diminuição da máquina administrativa. Seguindo, ainda, esse pensamento, existem aqueles que argumentam que a lei das organizações sociais regulamentou o § 8.º do art. 37.[14]

Parece não proceder nenhum desses argumentos. A interpretação de uma norma constitucional não pode aumentar o seu campo de incidência para abranger situações nela não previstas. Ademais, a Lei n.º 9.637/98 não é a norma que regulamentou o § 8.º pois ela é anterior à EC n.º 19/98; não dispõe sobre todas as matérias exigidas pelo § 8.º; e, ainda, o art. 5.º da mesma restringe o tratamento que dá ao instituto do contrato de gestão aos seus próprios fins, dispondo que "para os efeitos desta lei, entende-se como contrato de gestão...".[15]

No outro extremo, tem-se o entendimento de que, com o advento da EC n.º 19/98, ficou excluída a possibilidade de se realizar o contrato de gestão com entidades que não façam parte da Administração Direta e Indireta,[16] pois a norma constitucional, ao prever a realização do contrato com órgãos e entidades da Administração, determinou que apenas com elas poderia ser feito.

Igualmente esse posicionamento carece de lógica. O § 8.º trata de um instrumento utilizado com a finalidade de ampliação da autonomia de órgãos e entidades da Administração, pois a esses é tradicionalmente imposta a observância de um grande número de normas que acabam por restringir a sua liberdade. Já o contrato de gestão previsto na Lei

[13] RIGOLIN, Ivan Barbosa. *Alguns Casos Polêmicos de Licitação Dispensável e Inexigível – O Contrato de Gestão.* Boletim de Licitações e Contratos. São Paulo: NDJ, n. 7, a. XIII, julho, 2000, p. 384.
[14] SCAFF, Fernando Facury, Op. cit. p. 291.
[15] *Ibidem*, p. 291.
[16] *Ibidem*, p. 291.

n.º 9.637/98 é celebrado pelo Poder Público com associações civis ou fundações de direito privado, com o intuito de firmar uma parceria para fomentar a realização de certas atividades de interesse público. Nesse caso, apesar de possuir o mesmo nome, o instituto tem algumas características diversas.

Assim, com o advento dessa norma constitucional, não ficou excluída a possibilidade de celebração do contrato de gestão com entidades civis, nem é partir dela que deve ser apreciada a constitucionalidade da Lei n.º 9.637/98.

4. Contrato de gestão entre órgãos

O § 8.º do art. 37 da CF, ao falar dos sujeitos passíveis de terem a sua autonomia ampliada, faz referência aos órgãos da Administração Direta. Considerando-se que a autonomia será ampliada mediante contrato, vislumbra-se uma situação aparentemente anômala: a celebração de contrato de gestão por sujeito desprovido de personalidade jurídica.

Os órgãos públicos são centros de competência para o exercício, através de seus agentes, de funções estatais. A atuação desses agentes é imputada à pessoa jurídica de que fazem parte.[17] Os órgãos não passam de simples partes internas da pessoa jurídica que integram.[18]

Quando a norma fala que o contrato de gestão será firmado entre os administradores e o poder público, entenda-se que o administrador não o faz em nome próprio, posto que está agindo como representante de alguma entidade. No caso dos órgãos públicos, o administrador celebraria o contrato em nome de quem? Somente poderia ser em nome da pessoa jurídica que integra, no caso, o Estado. Ora, o Estado não pode celebrar um contrato com ele mesmo.

Assim, apesar de expressamente previsto no § 8.º, não é possível a celebração de contrato de gestão entre órgãos da Administração direta.

---

17 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 244.

18 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 106.

5. Contrato de gestão com entidades da Administração Indireta

Resta contemplada pela norma do § 8.º do art. 37 a possibilidade de celebração de contrato de gestão entre o Poder Público e entidades da Administração indireta, ou seja, autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista.

Estabelece o § 8.º, porém, a necessidade de lei que disponha sobre o prazo de duração do contrato, os controles e critérios de avaliação de desempenho, direitos, obrigações e responsabilidades dos dirigentes, e remuneração do pessoal.

Tal dispositivo deve ser interpretado em conformidade com o *caput* do art. 37 e, especialmente, com o princípio da legalidade, que rege a Administração Pública. A possibilidade de ampliação da autonomia gerencial, orçamentária e financeira não pode ser entendida de modo a ficar submetida à discricionariedade do administrador.[19] A lei genérica prevista deverá também estabelecer o grau e os limites dessa ampliação.

Existe uma lei que prevê a celebração do contrato de gestão: a Lei n.º 9.649/98, que dispõe sobre as agências executivas. Trata-se a agência executiva, como foi anteriormente exposto, de uma qualificação concedida a uma autarquia ou fundação existente. Para tanto, deve ser celebrado um contrato de gestão entre a entidade e o Poder Público, através do respectivo Ministério supervisor, bem como ter sido apresentado um plano estratégico de reestruturação e de desenvolvimento institucional. O contrato, segundo a lei citada, deverá estabelecer os objetivos, metas, os indicadores de desempenho da entidade, e, ainda, os recursos necessários e os critérios e instrumentos para a avaliação do seu cumprimento. Firmado o contrato, será a entidade qualificada como agência executiva através de decreto do Presidente da República.

A Lei n.º 9.649/98, porém, não tratou de todas as matérias exigidas pelo § 8.º do art. 37, nem dispôs acerca do grau e limites de ampliação da autonomia das agências executivas.

Não existe ainda, portanto, lei regulamentando o dispositivo constitucional, e, enquanto não for ela elaborada, será impossível realizar o contrato de gestão nos termos do § 8.º do art. 37 da CF.[20]

---

[19] MORAES, Alexandre de. *Reforma Administrativa: Emenda Constitucional n.º 19/98*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 61.

[20] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Op. cit. p. 183.

6. Natureza jurídica do contrato de gestão

Costuma-se chamar, tanto pela doutrina quanto pelo legislador, de contrato de gestão esse acordo firmado entre o Poder Público e uma entidade estatal ou privada no intuito de estabelecer determinadas metas a serem atingidas em nome do interesse público, utilizando-se o mecanismo de controle por meio de indicadores de resultados. Em contrapartida, concede o Poder Público algum tipo de benefício que venha a auxiliar a entidade a atingir os objetivos acordados.

Apesar da denominação usual, tem sido questionada a natureza de contrato administrativo do contrato de gestão, por supostamente não possuir algumas características essenciais àquele instituto.

Contrato é entendido como uma relação jurídica formada a partir de um acordo de vontades, obrigando-se as partes a prestações recíprocas. Contrato administrativo, por sua vez, é a relação formada a partir de um ajuste que a Administração, nessa qualidade, celebra com outras pessoas, físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, para a consecução de fins públicos, submetendo-se, em conseqüência, a um regime jurídico de direito público.[21]

De acordo com as concepções clássicas, inspiradas no direito privado, a igualdade entre as partes também deveria estar presente no contrato, o que provocou, quando da elaboração da teoria do contrato administrativo, uma resistência a qualificar esse instituto como espécie de contrato.[22] De fato, no contrato administrativo celebrado com o particular, a Administração encontra-se em uma posição de supremacia. Hoje, porém, não existe mais qualquer dúvida sobre a inclusão dos contratos administrativos entre as espécies de contrato.

No caso dos contratos de gestão, vislumbra-se de fato um acordo de vontades, posto que a entidade que o celebra com o Poder Público não o faz por imposição. Mas, por outro lado, não podem ser observadas prestações recíprocas, no sentido de se compensarem, voltadas à satisfação do interesse de cada uma das pessoas em separado.[23] Aqui, não existem interesses opostos e contraditórios, característica presente no contrato, mas a busca pela satisfação de um interesse público comum.

---

[21] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit. p. 239.
[22] MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 245.
[23] BULOS, Uadi Lammêgo. Op. cit. p. 620.

Na celebração do contrato de gestão, tanto com entidades estatais como privadas, os dois sujeitos da relação têm um mesmo objetivo maior: melhorar a realização de uma atividade de interesse público. A prestação a que se comprometem os partícipes são aquilo que podem oferecer para atingir esse objetivo: conceder maior autonomia, atingir determinadas metas, fornecer recursos financeiros etc.

Diante dessas ponderações, conceituam alguns o contrato de gestão como um acordo de programa ou acordo-programa. Seria ele um acordo para a realização de programas da Administração Pública; celebrado principalmente entre a Administração central e coletividades locais, teria o intuito de tornar compatível a atuação dessas a objetivos nacionais.[24] Tais acordos seriam atos administrativos complexos. Essa não parece ser, porém, a melhor alternativa.

O instituto do acordo de programa simplifica demais o contrato de gestão. Apesar de ser um instrumento pouco conhecido e estudado, constando uma pequena referência no art. 166 da Lei n.º 8.666/93, vê-se que ele deve ser usado para o estabelecimento de uma relação menos complexa do que a decorrente do contrato de gestão, com o intuito de adequar entidades a um determinado plano nacional. O contrato de gestão, além de estabelecer metas a serem atingidas pela entidade, envolve outros aspectos, como o repasse de verbas públicas ou a alteração na própria estrutura de uma entidade da Administração.

O contrato de gestão assemelha-se bastante ao convênio,[25] instituto novo do direito administrativo. Muito parecido com o contrato, por ser também um acordo de vontades, dele guarda algumas diferenças, estando justamente nessas características peculiares o seu encontro com o contrato de gestão.

6.1. O convênio

Cuida-se o convênio administrativo de um acordo firmado entre entidades públicas, ou entre essas e entidades privadas, com o intuito de realizar objetivos de interesse comum das partes envolvidas. Difere do

[24] MEDAUAR, Odete. Op. cit. p. 275.
[25] BARROSO, Luís Roberto, DELGADO, José Augusto, DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit. p. 821.

consórcio pelo fato de ser este firmado entre entidades da mesma espécie, enquanto o convênio é celebrado entre pessoas jurídicas de espécies diferentes.[26]

Encontra o convênio previsão constitucional. O art. 71, VI, confere competência ao Tribunal de Contas para fiscalizar a aplicação de recursos repassados pela União mediante convênio. O art. 199, § 1.º, refere-se ao convênio como forma de participação de instituições privadas no sistema único de saúde. E, ainda, o art. 241, com a alteração trazida pela EC n.º 19/98, passou a prever os convênios de cooperação entre os entes federados.

Tratam sobre o convênio, ainda, na esfera infra constitucional, o Decreto-Lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967, o Decreto n.º 93.872, de 23 de dezembro de 1986, o Código Tributário Nacional e a Lei n.º 8.666/93, que dispõe sobre licitação e contrato administrativo.[27] Essa última norma, inclusive, em seu art. 116, *caput*, manda aplicar as suas disposições, no que couber, aos convênios celebrados pela Administração, o que demonstra uma certa semelhança entre o instituto e os contratos.

Algumas diferenças são utilizadas para distinguir o convênio do contrato. No contrato, as partes têm interesses opostos e contraditórios, enquanto no convênio os participantes, também chamados de partícipes, têm interesses comuns e coincidentes. No contrato, uma das partes pretende o objeto do ajuste (por exemplo, uma obra, um serviço) e a outra pretende a contraprestação correspondente (o preço, ou outra vantagem), o que não ocorre com o convênio, onde os partícipes têm as mesmas pretensões.[28] Contesta-se essa diferença com os argumentos de que a presença do Poder Público em um dos lados levaria o interesse público a ser o fim tanto nos contratos quanto nos convênios administrativos, e de que, no caso de convênios celebrados com particulares, estes não atuam com fim de interesse público.[29] Não procedem os argumentos: de fato, tanto nos contratos quanto nos convênios administrativos, o fim do acordo é o interesse público, mas não necessariamente os fins pretendidos pelos participantes, que, no caso do contrato, não coincidem. É o que ocorre, por exemplo, no caso de um contrato de concessão de serviço público, em que o interesse da concessão é público, mas não da

26 MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit. p. 361.
27 MEDAUAR, Odete. Op. cit. p. 271.
28 MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit. p. 361.
29 MEDAUAR, Odete. Op. cit. p. 272.

concessionária, que tem um objetivo econômico. Já no caso do acordo celebrado com um particular, esse pode sim ter um interesse público (como ocorre no acordo firmado com as organizações sociais) e é essa justamente uma das condições para que se caracterize o convênio.

No convênio, as partes objetivam o alcance de um resultado comum, que será usufruído por todos, o que não acontece no contrato. Verifica-se no convênio, também, uma mútua colaboração, caracterizada pelo repasse de verbas, uso de equipamentos e de recursos humanos, não se podendo falar em preço ou remuneração, o que caracteriza, por sua vez, o contrato.[30] Essa remuneração, que é regra do contrato, pode não corresponder a uma obrigação do Poder Público, como na concessão de serviço público, mas, mesmo nesses casos, ela existe e advém da própria exploração do serviço. O convênio pode implicar encargos para ambos os partícipes, mas eles não assumem a condição de contraprestação recíproca.

Outra distinção é que, no contrato, a quantia paga como remuneração passa a integrar o patrimônio da parte contratada, não importando para o contratante a forma como será empregado o dinheiro; enquanto que, no convênio, as verbas repassadas não perdem a condição de dinheiro público, devendo ser utilizado do modo previsto no instrumento de acordo, e, em conseqüência, fica a entidade obrigada a prestar contas dessa utilização.[31]

Existe uma controvérsia acerca da necessidade de autorização legislativa para cada convênio. Alega-se, por um lado, que bastaria a existência, de um preceito genérico autorizando a celebração de convênios; o Tribunal de Contas, em nome do legislativo, realizaria um controle caso a caso.[32] Em contrapartida, existe o argumento de que o convênio é um ato gravoso que vai além dos poderes normais do administrador público, dependendo, portanto, de autorização do Legislativo.[33] O Supremo Tribunal Federal, no entanto, tem entendido que é inconstitucional a exigência dessa autorização em cada caso, por ferir a independência dos poderes.[34]

---

[30] DIPIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit. p. 292.
[31] *Ibidem*, p. 292.
[32] *Ibidem*, p. 273.
[33] MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit. p. 362.
[34] "(...) Os incisos XIII e XIX do artigo 71 da Constituição do Estado da Bahia são ofensivos ao princípio da independência e harmonia dos Poderes (artigo 2º da Constituição Federal) ao darem à Assembléia Legislativa competência privativa para a

Discute-se, ainda, sobre a exigência ou não de licitação para a celebração do convênio. No caso de acordos entre entidades estatais, mostra-se incabível a realização de licitação pelo grau de especificidade do objeto.[35] Quando um ente público escolhe outro para realizar um convênio, o faz porque esse possui certas condições peculiares que justificam o interesse. Já quando o convênio é realizado com entidades particulares, essa especificidade nem sempre está presente. Se os objetivos que a Administração tenha estabelecido para o convênio possam ser alcançados por mais de uma pessoa, então a licitação torna-se necessária. Não sendo dessa forma, corre-se o risco de o instituto ser utilizado como uma forma de burlar a obrigatoriedade da licitação.

6.2. Contrato de gestão como espécie de convênio

Diante da ausência, no contrato de gestão, de características essenciais do contrato, e da semelhança entre ele e o convênio administrativo, a lógica parece aproximar esses dois institutos.

Como foi dito anteriormente, no contrato de gestão não se observam interesses opostos e contraditórios. Por meio dele, o Poder Público e uma entidade, pública ou privada, se unem em nome de um interesse público que é comum aos dois: ambos desejam que melhore a atuação da entidade, incentivando, assim, o desenvolvimento de atividades de caráter público. Observa-se, então, a existência de interesses coincidentes, comum ao convênio.

O resultado obtido, que será o aumento da eficiência de uma entidade colaboradora da Administração ou pertencente a ela, é o objetivo de todos os partícipes, e será usufruído por todos eles, na medida em que essa entidade atende a um interesse público, como ocorre no convênio.

Através do contrato de gestão, os partícipes assumem certas obrigações que não podem ser consideradas como contraprestações; não existe a idéia de remuneração. As metas de desempenho são estabelecidas e, os benefícios que a Administração concede à entidade, não existem para compensá-la, mas para dar suporte a que sejam atingidas as metas. Fala-se, aqui, portanto, em mútua colaboração, como também no convênio.

---

autorização de convênios, convenções ou acordos a ser celebrados pelo Governo do Estado (...)" STF ADIN 462/BA.

[35] MEDAUAR, Odete. Op. cit. p. 273.

Poderão ser repassados, com o contrato de gestão, recursos financeiros, ou mesmo bens públicos. O valor repassado deve ser destinado especificamente para o cumprimento do contrato de gestão, havendo, por parte do Poder Público, uma fiscalização das contas da entidade. A Lei n.º 9.637/98 dispõe várias vezes nesse sentido, e o seu art. 16, ao tratar da desqualificação como organização social, prescreve que, se desqualificada, deverá a entidade reverter os valores entregues. Conclui-se, logo, que a quantia repassada não perde, do mesmo modo que no convênio, a condição de dinheiro público.

Concluindo-se pela natureza de convênio, ao contrato de gestão deve ser aplicada o seu regime jurídico, não havendo necessidade, portanto, conforme o entendimento do STF, de autorização legislativa para cada caso. Por outro lado, a licitação será exigível para a celebração do contrato de gestão com entidades particulares, quando existirem várias pessoas que possam alcançar os objetivos pretendidos pela Administração, devendo-se entender que, em tais casos, deverá ser afastada a norma do art. 24, XXIV, da Lei n.º 8.666/93, que dispensa a licitação no caso de contrato de gestão com organizações sociais.

7. Conclusão

Concebido como uma forma de aumentar a eficiência da Administração Pública, não teve o contrato de gestão um tratamento legislativo adequado. As diversas normas que sobre ele trataram antecederam à previsão constitucional, que não dispôs de maneira clara e acabou por não abarcar todas as hipóteses possíveis de celebração do contrato de gestão.

Diante desse quadro, cabe à doutrina uma interpretação crítica, e, acima de tudo, lógica das normas postas. O contrato de gestão somente poderá ser realizado entre pessoas dotadas de personalidade jurídica, sejam elas públicas ou particulares. Para tanto, será necessária a elaboração de uma lei que o regulamente adequadamente, quando celebrado com entidades da Administração Indireta, atendendo, assim, à exigência do § 8.º do art. 37 da CF. Quanto às entidades particulares, a

previsão encontra-se na Lei n.º 9.637/98, que dispõe sobre as organizações sociais.

A natureza jurídica do instituto, apesar da denominação que usualmente recebe, não é contratual. O contrato de gestão mais se assemelha ao convênio, no qual a característica de colaboração entre as partes encontra-se presente.

Independentemente, porém, da natureza que se atribua ao contrato de gestão, é importante que se perceba que se trata de um instrumento da Administração Pública. Se, por um lado, o seu fim último é a eficiência, por outro, deve-se lembrar que essa eficiência não é buscada aqui como no regime das empresas privadas. No *caput* do art. 37 da CF, existem outros princípios, ao lado da eficiência, que devem ser igualmente observados: da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade. Assim, não se pode perder de vista que a celebração dos contratos de gestão não deve ser utilizada para atender a interesses particulares, posto que estão em jogo interesses e recursos públicos.

8. Bibliografia

Livros

1. BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

2. DIPIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

3. MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

4. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

5. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

6. MORAES, Alexandre de. *Reforma Administrativa: Emenda Constitucional n.º 19/98*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

7. _____. *Direito Constitucional Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2002.

8. PAES, José Eduardo Sabo. *Fundações e Entidades de Interesse Social: Aspectos Jurídicos, Administrativos, Contábeis e Tributários*. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

9. SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Desestatização: Privatização, Concessões, Terceirizações e Regulação*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

- **Artigos/Periódicos**

1. BARROSO, Luís Roberto, DELGADO, José Augusto, DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Agências Executivas, Agências Reguladoras e Organizações Sociais – Natureza Jurídica, Características, Distinções e Atribuições destes Novos Entes – Contratos de Gestão Conferindo Maior Autonomia Gerencial, Orçamentária e Financeira*. Boletim de Direito Administrativo. São Paulo: NDJ, n. 11, a. XVI, p. 801-822, novembro, 2000.

2. PIRES, Maria Coeli Simões. *Terceiro Setor e as Organizações Sociais*. Boletim de Direito Administrativo. São Paulo: NDJ, n. 4, a. XV, p. 245-255, abril, 1999.

3. RIGOLIN, Ivan Barbosa. *Alguns Casos Polêmicos de Licitação Dispensável e Inexigível – O Contrato de Gestão*. Boletim de Licitações e Contratos. São Paulo: NDJ, n. 7, a. XIII, p. 378-385, julho, 2000.

4. SCAFF, Fernando Facury. *Contrato de Gestão, Serviços Sociais Autônomos e Intervenção do Estado*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, v. 225, p. 273-297, setembro, 2001.

- **Internet**

1. LIMA, Sídia Maria Porto. *A Emenda Constitucional n.º 19/98 e a administração gerencial no Brasil.* Disponível na internet: http://www1.ius.com.br, 05.06.2002.

2. MODESTO, Paulo. *Reforma administrativa e marco legal das organizações sociais no Brasil.* Disponível na internet: http://www1.ius.com.br, 05.06.2002.

O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL TRIBUTÁRIO DA NÃO-CONFISCATORIEDADE

Marcelo Casseb Continentino
(Aluno do 9º Período da Faculdade de Direito do Recife-UFPE, Pesquisador do PIBIC/CNPq)

Sumário: *1. Introdução; 2. A não-confiscatoriedade como princípio constitucional; 3. A vedação do tributo com efeito confiscatório; 3.1. O efeito confiscatório como conceito jurídico indeterminado; 3.2. Posturas quanto ao princípio da não-confiscatoriedade 4. Do princípio da proporciona- lidade; 5. O princípio da proporcionalidade como limite do excesso no direito tributário; 6. A experiência brasileira; 7. Conclusão; 8. Referências bibliográficas.*

1. Introdução

Decorre logicamente da natureza e finalidade do Estado o *poder de tributar*, precisamente porque – para realização das diversas atividades a que se propõe objetivando certos fins – impõe-se a obtenção de receitas. E a principal fonte de receita estatal é a tributária.

A criação de tributos, contudo, não é arbitrária. As normas tributárias devem sempre retirar seu fundamento de validade das normas superiores (Constituição), as quais lhes delimitam o campo de atuação, fixando a competência tributária do Estado. Toda a atividade tributária estatal, dessa forma, há de pautar-se segundo os princípios consagrados na Constituição, visando à estruturação de um sistema tributário justo: a *justiça fiscal*. A competência tributária, portanto, guarda com os princípios constitucionais tributários uma relação eminentemente dialética, consistente no dever constitucional de concorrer para os gastos públicos contraposto ao respeito dos direitos fundamentais do contribuinte.

Entre os princípios limitadores do poder de tributar, afigura o *princípio da não-confiscatoriedade*. O objetivo deste estudo cinge-se – partindo-se do pressuposto de que toda norma constitucional é dotada de eficácia – à abordagem da *operatividade* e do *grau de concretização* do princípio da não-confiscatoriedade no ordenamento brasileiro. Assim, o ponto de partida da presente investigação é, invariavelmente, a Constituição e o seu método de interpretação.

2. A não-confiscatoriedade como princípio constitucional

A interpretação do Direito brasileiro tem se caracterizado, sobretudo, como assinala Gisele Cittadino[1] pelo positivismo jurídico e comprometimento com a defesa de um sistema de direitos voltados para a garantia da autonomia privada dos cidadãos. A cultura jurídica brasileira estaria distante de um pensamento ético voltado para o jurídico, de uma teoria em que os valores adquiram suma importância para a interpretação e concretização da Constituição.

No entanto, a Constituição Federal de 1988, no plano normativo, rompe com a tradição positivo-privatística brasileira, na medida em que insere – em nossa história jurídico-constitucional – um *constitucionalismo comunitário*, no qual a Constituição se apresenta estruturalmente composta por regras e princípios, formando um *conjunto de valores*. Nessa ruptura, marca-se o ingresso do constitucionalismo brasileiro na *pós-modernidade*, impondo-se a necessidade de interpretação *finalística* e *prospectiva* da Constituição Federal, para atingir uma finalidade,[2] que, nos limites aqui tratados, é a *justiça fiscal*.

O pensamento jurídico contemporâneo, nessa nova perspectiva, caracteriza os princípios jurídicos como enunciados normativos dotados de eficácia, os quais, ao lado das regras, são espécies do gênero norma. Não existiria mais a velha polêmica sobre a normatividade ou não dos princípios. Os princípios jurídicos são normas jurídicas, e não mero preceitos destituídos de qualquer eficácia. Os princípios constitucionais, portanto, possuem normatividade.

---

[1] Cf. CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 14-17.

[2] Cf. GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Ensaios de teoria constitucional*. Fortaleza: Imprensa Universitária da UFC, 1989, p. 7-10.

Em excelente monografia sobre a estrutura da *norma-princípio*, Willis Santiago Guerra Filho[3] alude à diferença da *estrutura lógico-deôntica* do princípio relativamente à *norma-regra*. A regra jurídica tem sua hipótese de incidência (previsão abstrata da ocorrência de um fato) ligada ao conseqüente jurídico por meio de um *functor* (modal deôntico, "*dever ser*"). Estabelece-se a causalidade jurídica entre antecedente e conseqüente através do disjuntor deôntico. Então, poder-se-ia resumir a estrutura lógica da regra jurídica pela fórmula kelseniana "*dado A deve ser B*". Na estrutura do princípio jurídico, por sua vez, não haveria a relação imputacional antecedente/conseqüente da regra, mas a prescrição de um valor, o qual adquire positividade ao ser introduzido no ordenamento jurídico.

Diferenciam-se, ainda, os princípios das regras jurídicas quanto ao *grau de abstração* e de *determinabilidade*, *fundamentalidade*, *proximidade da idéia de Direito* e *natureza normogenética*.[4] Os princípios são normas de aplicação geral e indeterminada, ao contrário das regras, editadas para regulamentarem situações concretas. O relacionamento das regras com o ordenamento jurídico dá-se no âmbito da validade, eis que regras colidentes são excludentes, pois incabível duas normas atribuindo conseqüências antagônicas a um mesmo fato. Os princípios, ao revés, não são excludentes entre si, pois não estão sujeitos à teoria *do tudo ou nada* (dimensão da validade), porque suas relações se dão na dimensão do peso.

Dessa forma, no conflito entre princípios, não haverá uma relação excludente, como nas regras, mas uma relação de ponderação, de harmonização, dando-se preponderância àquele princípio com maior importância e peso, no caso concreto.

Da breve exposição da teoria principiológica, infere-se, nas palavras do constitucionalista português J. J. Gomes Canotilho, que "*os princípios são normas jurídicas impositivas de uma optimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fácticos e jurídicos*".[5]

A vedação do tributo com efeito confiscatório é valor acolhido na ordem constitucional por intermédio de um princípio, revestindo-se

[3] Cf. GUERRA FILHO, Willis Santiago *Sobre o princípio da proporcionalidade*. Anuário do Mestrado em Direito. Recife: Universitária, n. 6, 1993, p. 255-259.
[4] Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 165-170.
[5] CANOTILHO, J. J. Gomes. *Op. cit.* p. 167.

das características apontadas. Logo, e isso será fundamental para a determinação de seu regime constitucional, o princípio da não-confiscatoriedade possui diversos graus de concretização a depender da situação fático-jurídica em que se insira (tributação fiscal ou extrafiscal, multas tributárias, sujeito passivo do tributo etc.).

3. A vedação do tributo com efeito confiscatório

Antes, porém, de adentrar-se na seara da configuração do efeito confiscatório, fazem-se necessárias algumas considerações preliminares, para se distinguir figuras distintas com finalidades diferentes, abrangidas pelo amplo conceito de "*confiscação*".[6]

Existe a confiscação em *sentido estrito* (*institucional*) e em *sentido amplo*. No primeiro caso, significaria os diferentes institutos jurídicos peculiares a cada ramo do Direito: *administrativo* (decorrente de uma sanção administrativa, transferindo-se bens de outrem para o Estado sem qualquer indenização, v.g. a expropriação prevista pela norma do art. 243 da Constituição Federal); *penal* (consistente em pena de caráter pecuniário ou em pena acessória à privativa de liberdade que implica a perda dos instrumentos utilizados na prática do delito e/ou bens indevidamente adquiridos pelo seu cometimento); *civil* (hoje não mais existente, dava-se em conseqüência da declaração da "morte civil", em que o Estado confiscava todos os bens da pessoa); *internacional de guerra* (entendida como a apropriação da propriedade do inimigo); *tributário* (decorrente do descumprimento de norma tributária, em geral, regra instituidora de obrigações acessórias, que determina a apreensão de mercadorias, a pena de perdimento etc.). Ressalte-se que as normas de confiscação detêm pressupostos bem definidos, isto é, são normas concretas, individuais e particulares. Já o *sentido mais amplo* da confiscação abarcaria as modalidades acima referidas, de forma a estabelecer características gerais e comuns a todas elas. Poder-se-ia, assim, conceituá-la (a confiscação) como "*toda instituição jurídica, um conjunto de normas jurídicas que tem como objeto uma figura jurídica determinada*",[7] cujo efeito é modificar uma condição jurídica pré-existente.

---

[6] Cf. CASANOVA, Gustavo J. Naveira de. *El principio de no confiscatoriedad – estudio en España y Argentina.* Madrid: McGraw-Hill, 1997, p. 62-71.
[7] CASANOVA, Gustavo J. Naveira de. *Op. cit.* p. 76.

À vista dessas reflexões, Gustavo Naveira de Casanova fixa dois elementos essenciais à confiscação, quais sejam, o *caráter sancionador* entendido este em sentido amplo para abranger os diversos tipos de sanção (civil, penal ou administrativa) e o *caráter direto da afetação patrimonial produzida*, ou seja, a predeterminação para a diminuição do patrimônio. Do cotejo, entre esses elementos, evidenciar-se-ia uma terceira noção do termo em exame: confiscação no sentido dos *efeitos ou alcance confiscatório*.[8]

No Direito Tributário, o terceiro sentido de confiscação se verificaria em situações nas quais os efeitos produzidos pela tributação seriam similares aos que efetivamente se sentiriam (sanção a uma conduta juridicamente vedada), caso ocorresse a confiscação em sentido institucional. Correto, nesse sentido, a definição de efeito confiscatório do tributo de Hugo de Brito Machado: "*tributo com efeito de confisco é tributo que, por ser excessivamente oneroso, seja sentido como penalidade*".[9]

A norma contida no art. 150, inciso IV, da Constituição Federal institui, como garantia fundamental do contribuinte, o princípio segundo o qual o tributo não poderá revestir-se de efeito confiscatório. A primeira questão que se coloca cinge-se à *delimitação conceitual do tributo com efeito de confisco*. Qual o alcance desse princípio? O caráter confiscatório do tributo, adverte Paulo de Barros Carvalho,[10] é marcado pela grande dificuldade de precisar seu conceito, aumentando ainda mais o tratamento do tema.

Sem embargo, podem-se entender confiscatórios os tributos, na clássica definição de Aliomar Baleeiro,[11] que "*absorvem parte considerável do valor da propriedade, aniquilam a empresa ou impedem exercício de atividade lícita ou moral*". Ricardo Lobo Torres, ante suas orientações ideológicas, constrói definição peculiar sobre a norma em epígrafe, entendendo-a como princípio que visa a *resguardar a garantia*

[8] Cf. CASANOVA, Gustavo J. Naveira de. *Op. cit.* p. 76-85.
[9] MACHADO, Hugo de Brito. *Os princípios jurídicos da tributação na constituição de 1988*. 4. ed. São Paulo: Dialética, 2001, p. 98.
[10] Cf. CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 105.
[11] BALEEIRO, Aliomar. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 564.

de liberdade do homem, valor preexistente ao pacto constitucional, sendo verdadeira *imunidade fiscal*.[12]

Da definição de Aliomar Baleeiro, infere-se que a vedação ao tributo com efeito de confisco tem seu fundamento na propriedade privada e no livre exercício de atividade lícita, cujo fundamento último reside, como quer Ricardo Lobo Torres, na própria liberdade individual. Por isso, mesmo não estando expressamente previsto na Constituição de 67 modificada pela Emenda Constitucional n.º 1 de 1969, entendia-se implicitamente acolhido na Lei Maior o princípio da proibição de tributos com efeito confiscatório pela interpretação sistemática do art. 153, §§ 1º, 11 e 22, conforme ensinava Aliomar Baleeiro,[13] os quais garantiam a igualdade de todos perante a lei, a proibição de pena de confisco e o direito de propriedade, respectivamente.

3.1. Efeito confiscatório do tributo como conceito jurídico indeterminado

Inobstante as definições apresentadas, não se pode falar em um conceito preciso com o qual se fixe o limite a partir do qual o tributo reveste-se de confiscatoriedade. Uma coisa é certa, entretanto: o limite existe, pois, caso contrário, não se diria confiscatório um tributo. Em verdade, o efeito confiscatório do tributo é um *conceito jurídico indeterminado* do qual o legislador constituinte lançou mão para – em face da complexidade das relações fáticas e dos problemas inerentes à linguagem jurídica – garantir a liberdade individual do contribuinte ao ser tributado, o que não seria adequado por meio da adoção de critérios objetivos.

Uma das características dos conceitos jurídicos indeterminados, esclarece Eros Roberto Grau,[14] é remeter o intérprete da linguagem jurídica a um *jogo de linguagem*, visto que as palavras e expressões jurídicas não têm uma definição pronta e acabada, mas detêm *significados determináveis* (e não indetermináveis ou não determinados)

---

[12] Cf. TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*. Vol. III. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 128-131.
[13] Cf. BALEEIRO, Aliomar. *Op. cit.* p. 564-565.
[14] Cf. GRAU, Eros Roberto. *Direito, conceitos e normas jurídicas*. São Paulo: RT, 1988, p. 59-72.

a depender do contexto em que se insiram.[15] Por isso, a opção pelo uso do conceito indeterminado reveste-se de boa dose de prudência por parte do legislador constituinte, porque o efeito confiscatório do tributo, ver-se-á, há de ser deflagrado no caso concreto, pelos tribunais.

3.2. Posturas quanto ao princípio da não-confiscatoriedade

3.2.1. Posturas negativas quanto ao princípio da não-confiscatoriedade

A primeira corrente, opoente à efetiva necessidade do princípio da não-confiscatoriedade tributária, sustenta que as normas das constituições para garantir a defesa do direito de propriedade seriam suficientes, resultando na inoperância do princípio em questão. Essa concepção se aproxima, e muito, daquela tendente a retirar o fundamento de validade da confiscação da proteção assegurada ao direito de propriedade.

Argumenta-se, ainda, que o plexo de princípios jurídicos limitadores do poder de tributar do Estado retirariam, por completo, seu âmbito de atuação. O erro em tal entendimento, talvez, dê-se por conta da intrínseca relação entre tributação e a propriedade privada. Com efeito, esta é o substrato por excelência da tributação e, ao mesmo tempo, seu limite. Aliás, esse é o motivo pelo qual Ricardo Lobo Torres[16] alude ao caráter bipolar ou ambivalente da propriedade.

Não há, porém, como concordar com semelhantes teorias. Ora, se a norma constitucional tem um mínimo de eficácia dentro do ordenamento em que se insere, aceitar as posturas negativas relativas ao

---

[15] Para José Alfredo de O. Baracho (*Teoria geral dos conceitos legais indeterminados*. Caderno de Direito Tributário e Financas Públicas. v. 7, n. 27, abr/jun, 1999, p. 95), os conceitos jurídicos indeterminados estão diretamente ligados à *idéia de justiça do caso concreto*. Com efeito: "*O conceito jurídico indeterminado, em todas as situações, deve chegar a uma solução verdadeira e justa. Sua idéia apóia-se em um conceito transcendente de justiça e de verdade, com a crença nas possibilidades do discernimento humano. A aplicação de um conceito indeterminado, com enorme grau de abstração, gera uma pluralidade de opiniões sustentáveis através de argumentos lógicos e razoáveis, que se desdobram da pura interpretação jurídica, para estender-se a juízos do tipo técnico ou de puras valorações fáticas*".

[16] Cf. TORRES, Ricardo Lobo. *Op. cit.* p. 129-130.

princípio da não-confis-catoriedade significa, em outras palavras, esvaziar a norma contida no art. 150, inciso IV, da Constituição Federal de eficácia. Essa, salvo melhor juízo, não parece ser linha de interpretação mais racional do princípio, além de não se compatibilizar com os princípios de interpretação da *máxima efetividade, da unidade e da máxima efetividade da constituição.*[17]

3.2.2. Posturas afirmativas quanto ao princípio da não-confiscatoriedade

Ao lado dos defensores da inutilidade eficacial do princípio da não-confiscatoriedade, existem outras correntes – com postura nitidamente afirmativa – em prol do princípio. Mesmo dentro dessa postura, há divergência no que diz respeito a seu fundamento ora aproximando-o da noção de defesa da propriedade privada, ora dessumindo-o como mais um preceito decorrente dos postulados da justiça fiscal, ao lado dos princípios da isonomia tributária e da capacidade contributiva.

3.2.2.1. A não-confiscatoriedade como decorrência lógica da proteção ao direito de propriedade

Assinala Ricardo Lobo Torres que "*o relacionamento entre tributo e direito de propriedade é tão profundo que o poder fiscal encontra as suas raízes na autolimitação da propriedade*".[18] Vê-se o quão íntima é a relação, que é eminentemente dialética, entre o direito de propriedade e a tributação.

Gustavo Naveira de Casanova traz à lume a concepção de alguns doutrinadores que vêem no aludido princípio uma norma para assegurar a garantia da propriedade privada. Nessa ótica, "*la*

[17] Sobre o tema, Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Op. cit.* p. 226-229.
[18] TORRES, Ricardo Lobo. *Op. cit.* p. 129.

inconstitucionalidad por confisca-toriedad corresponde en todo caso en que se vea que por via tributaria se ha consumado un despojo del derecho de propriedad del contribuyente".[19]

Admite-se, é claro, a íntima ligação entre direito de tributar e direito de propriedade, todavia, esse interrelacionamento não deveria dar ensejo ao tratamento da não-confiscatoriedade como "mero" reforço do direito de propriedade. Ademais, a proibição de tributos com efeito confiscatório, dentro desse viés, não se inseriria entre os postulados da justiça fiscal, e sim denotaria uma um limite exógeno do sistema tributário relacionado à proteção da propriedade privada.

3.2.2.2. *A não-confiscatoriedade como um dos postulados da justiça fiscal*

Dentro dessa segunda tendência da postura afirmativa, o princípio da não-confiscatoriedade seria um limite dentro do próprio sistema fiscal, endógeno, portanto. Considerando os postulados da *justiça tributária*, vários princípios se apresentariam para atingir essa finalidade, como o da legalidade estrita, da isonomia, da capacidade contributiva, da irretroatividade, dentre outros.

Daí a importância do domínio dos princípios constitucionais tributários regentes da atividade tributária estatal, pois os princípios, como visto, por possuírem a marca da *indeterminabildade* e *absctração*, como referido por Canotilho, são tão intimamente ligados que, em muitos casos, é difícil delimitar-lhes o âmbito de abrangência com precisão.

O que se há de evitar é o entendimento da não-confiscatoriedade como simples reforço do direito de propriedade ou sua equiparação ao princípio da capacidade contributiva, como mero desdobramento deste, o que é bastante comum. Nesse último caso, é oportuna a lição da tributarista Misabel Abreu Machado Derzi,[20] ao afirmar existir uma relação necessária entre a capacidade contributiva e a não-confiscatoriedade, haja vista estarem assentados sob o mesmo fundamento (os tributos não podem exceder a força econômica do contribuinte). A capacidade contributiva impõe comparativamente o

[19] CASANOVA, Gustavo J. Naveira de. *Op. cit.* p. 107.
[20] DERZI, Misabel Abreu Machado *in* BALEEIRO, Aliomar. *Op. cit.* p. 573-575.

dever de justiça tributária, como forma concretizadora do princípio da igualdade material (face positiva), enquanto o que veda o tributo com efeito confiscatório seria absoluto e amplo.

Aqui, concorda-se com a idéia Ricardo Lobo Torres, admitindo-se os fundamentos do princípio da não-confiscatoriedade na liberdade individual, indo mais além, segundo o *princípio da proporcionalidade*. Dessa forma, concede-se-lhe autonomia e operatividade necessárias e procede-se a uma interpretação plenamente concretizante, pois toda norma tem sua função dentro do texto, sendo, pois, inadmissível sua caracterização como princípio tão somente protetor do direito de propriedade ou decorrente do da capacidade contributiva.

4. Do princípio da proporcionalidade

A relevância do princípio da proporcionalidade para o presente estudo justifica-se por seu caráter instrumental, isto é, de *técnica de interpretação*, uma vez que os conflitos existentes em torno do princípio da não-confiscatoriedade envolvem, por um lado, o dever de concorrer aos gastos públicos e, de outro, o respeito ao direito de propriedade, à capacidade contributiva e ao livre exercício de profissão, consubstanciados na liberdade individual dos contribuintes. Rememore-se, consoante preleciona Paulo Bonavides, que uma das aplicações mais proveitosas do princípio da proporcionalidade é a que "o faz de instrumento de interpretação toda vez que ocorre antagonismo entre direitos fundamentais e se busca desde aí a solução conciliatória".[21]

Ante a natureza do princípio da não-confisca-toriedade, ver-se-á, assemelhar-se-á à estrutura do princípio da proporcionalidade, podendo ser concebido como princípio especial ou *princípio da proporcionalidade (ou razoabilidade) tributária*.

Por isso, no que toca à sua estrutura lógica, ao contrário dos outros princípios em geral, o princípio da proporcionalidade possui uma hipótese de fato que, em verdade, seria uma *hipótese fático-normativa*, na qual se subsumem os princípios ou as regras. Em suma, estaria o citado princípio, na qualidade de princípio de interpretação, numa dimensão procedimental de *aplicação* ou *(auto-)produção* do Direito.

[21] Cf. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 386-387.

Dessa feita, caracterizar-se-ia como princípio ambivalente (decorrente de sua própria hipótese de incidência) no sentido de possuir tanto um caráter substancial, por trazer em seu conteúdo a restrição de direitos fundamentais subsumindo-se diretamente nele fatos jurídicos à maneira das regras, quanto procedimental por ser o próprio critério de solução de restrição ou colisão de direitos fundamentais.[22]

5. O princípio da proporcionalidade como limite do excesso no direito tributário

A confiscatoriedade em matéria tributária, como retratado, é conceito jurídico indeterminado ou uma cláusula constitucional aberta. É conceito que não pode ser fixado aprioristicamente; dependerá do caso concreto, caracterizado pelas nuances circunstanciais, sobre o qual incidirão os princípios gerais do Direito. Nessa situação, o princípio da não-confiscatoriedade, a exemplo do da proporcionalidade, teria uma hipótese fático-normativa de incidência, subsumindo-se nele diretamente os fatos ao mesmo tempo em que seria o critério de solução entre os valores colidentes na aplicação do tributo.

A idéia dessa norma como *princípio da proporcionalidade (ou razoabilidade) tributária* não é nova na doutrina de outros países e, também, é defendida de certo modo por alguns juristas brasileiros. Ricardo Lobo Torres, por exemplo, preleciona: "*confiscatório é o tributo desproporcional ou que não se mantém no quadro da razoabilidade*".[23] Em igual orientação, Sacha Calmon Navarro Coêlho: "*o princípio do não confisco tem sido utilizado também para fixar padrões ou patamares de tributação tidos por suportáveis, de acordo com a cultura e as condições de cada povo em particular, ao sabor das conjunturas mais ou menos adversas que estejam se passando. Nesse sentido, o princípio do não-confisco nos parece mais com um princípio de razoabilidade*".[24]

---

[22] Cf. GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Op. cit.* p. 266; GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Ensaios de teoria constitucional.* p. 80-81.

[23] TORRES, Ricardo Lobo. *Op. cit.* p. 133.

[24] COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Comentários à constituição de 1988 – sistema tributário.* 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 257. [24] A interpretação do princípio da não confiscatoriedade pautado pela proporcionalidade (razoabilidade) é manifesta na jurisrpudência do Supremo Tribunal Federal. Veja-se, por exemplo, o voto do Ministro Orozimbo Nonato, no julgamento do RE n.º 18.331/SP: "*O poder de taxar não pode chegar à desmedida do poder de destruir,(...) o poder de taxar somente pode ser exercido dentro dos limites que o tornem compatível com a liberdade de trabalho, de comércio e*

Na Argentina, considera-se que o volume econômico excessivo do tributo torna-o irrazoável ao se produzir o efeito confiscatório, pois significa um despojo do direito de propriedade do contribuinte, desrespeitando-se seu direito de propriedade e demais postulados da justiça tributária. Assim o conceito da razoabilidade deve ser estabelecido em cada caso concreto, a ser ditado pelas condições de tempo e de lugar, e dos fins sócio-econômicos de cada tributo.[25] Por isso, esse princípio é visto como um dos mais importantes limites ao poder de tributar.

Também na Espanha, verifica-se a aproximação da não-confiscatoriedade como princípio da razoabilidade para evitar o excesso tributário. Com efeito, Antônio Agulló Aguero,[26] analisando o sistema constitucional espanhol, adverte que o limite da confiscatoriedade é um problema de *consciência histórico-social de justiça*, concepção essa que se modificará em cada momento, em cada sociedade. Acrescenta, em sua explanação, que a proibição da confiscatoriedade deve ser contemplada em função da justiça do sistema tributário e da norma de colisão. Seria, pois, justificada a utilização desse princípio como técnica de superação de possível colisão entre a tributação e direitos do contribuinte.

Evidencia-se a adoção de um critério qualitativo para aferição da confiscatoriedade do tributo, por intermédio do princípio da proporcionalidade, caracterizando-se a não-confiscatoriedade pela proporcionalidade (razoabilidade) da tributação, no sentido de que o sacrifício dos direitos fundamentais dos contribuintes seja admitido em face da situação concreta. Assim, o princípio funcionará de forma a sopesar os valores colidentes no caso concreto, quando da tributação, contrapondo-se, de um lado, o dever fundamental de concorrer para os gastos públicos com a afetação de parte da liberdade individual e, de outro, o respeito às garantias fundamentais do contribuinte, a exemplo da liberdade individual.

A finalidade do legislador constituinte, portanto, ao acolher esse princípio na Constituição Federal, era, em caso de dúvidas se um tributo estaria tolhendo indevidamente a liberdade individual, aplicá-lo ao caso concreto. *Esse é o aspecto fundamental do princípio em análise: a*

---

de indústria e com o direito de propriedade. É um poder, em suma, cujo exercício não dever ir até abuso, ao excesso, ao desvio".

[25] Cf. CASANOVA, Gustavo J. Naveira de. *Op. cit.* p. 106-107.

[26] AGUERO, Antonio Agulló. *La prohibición de confiscatoriedad en el sistema tributario español.* Revista de Direito Tributário. Rio de Janeiro: n. 42, out/dez, 1987, p. 32-33.

inconstitucionalidade do tributo por confiscatoriedade se constatará caso a caso, tomando-se em conta todas as condições fático-jurídicas que se co-implicam em dada relação jurídico-tributária.

Logo, o princípio da não-confiscatoriedade é um princípio setorial, de natureza ambivalente, de caráter substancial (cujo núcleo seria a proteção da liberdade, na qual estariam integrados os direitos de propriedade e de livre exercício de atividade profissional) e formal (procedimental) na medida em que funciona como critério de ponderação, revelando plenamente seu conteúdo no momento de sua efetiva aplicação. Portanto, o princípio da não-confiscatoriedade pode ser classificado como *princípio setorial de natureza ambivalente, no sentido de possuir caráter procedimental (formal) e substancial (material), fundamentado no direito de liberdade.*

6. A experiência brasileira

Procedendo-se à análise jurisprudencial relativa ao princípio da não-confiscatoriedade, constata-se os mais variados graus de evolução relativamente à sua eficácia.

Com base em algumas manifestações dos tribunais brasileiros, abaixo colacionadas, pode-se chegar a algumas conclusões, nem todas satisfativas. Observa-se que pouco desenvolvimento científico se deu ao princípio em questão. No mor das vezes, a referência feita à vedação da confiscatoriedade se daria num *sentido praticamente metafórico*, consoante Naveira de Casanova, para aludir a uma "*carga emotiva negativa*".[27] Em verdade, seria mais uma tentativa de não se submeter ao tributo, como um movimento insurrecional, do que propriamente estruturar uma argumentação sólida, séria e científica.

O Supremo Tribunal Federal já se manifestou no sentido de que o caráter confiscatório de um tributo requer um exame de fato. Tal entendimento reflete uma tendência contrária à jurisprudência fixada pela *Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina* (CSJN) ao fixar um critério objetivo e quantitativo (um percentual de 33% para alguns tributos).[28] Apesar de o STF ter enveredado por caminho mais acertado,

[27] Cf. CASANOVA, Gustavo J. Naveira de. *Op. cit.* p. 82-84.

[28] A CSJN adotou limite (critério) quantitativo a fim de constatar a confiscatoriedade do tributo. Com efeito, nos impostos sucessórios e imobiliários, em alguns julgados, para a averiguar o caráter confiscatório, assentou ser preciso observar se a relação entre o valor da propriedade e a taxa de contribuição (tratava-se de contribuição territorial) era

pois deixou transparecer que a apreciação do caráter confiscatório envolveria uma série de outros fatores, impossibilitando uma adoção de um critério apriorístico (objetivo) a partir do qual se violaria o princípio, não determinou quais seriam os critérios idôneos à configuração do tributo com efeito de confisco. Veja-se o teor do acórdão a seguir:

> *"CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. TAXA FLO-RESTAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS. C.F., art. 145, § 2º, art. 150, IV.*
> *I. - Base de cálculo da taxa florestal distinta da base de cálculo do ICMS: aquela, é o custo estimado da atividade estatal, esta é o valor decorrente da operação de circulação de mercadorias.*
> *II. - Alegação no sentido de que a taxa florestal tem caráter confiscatório: necessidade de reexame da questão de fato, o que não é possível em sede extraordinária.*
> *III. - R.E. inadmitido. Agravo não provido"*
> *(AGRAG-196465/MG, 2ª Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 26/09/97)*

Em alguns julgados, o Tribunal Regional Federal da 5ª Região tem revelado um posicionamento mais científico, buscando critérios para delimitação do efeito confiscatório do tributo:

> *"TRIBUTARIO. CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE. IOF. LEI 8033/90. TRIBUTO COM EFEITO CONFISCATORIO. NECESSIDADE DE LEI COMPLEMENTAR.*

---

razoável. Assim, "*la objeción de confiscatoriedad sólo es admisible si se demostrara que el rendimiento corriente de una explotación económicamente eficiente del fundo en épocas normales es absorbido por el impuesto en una proporción superior al 33%*" (CASANOVA, Gustavo J. Naveira de. *Op cit.* p. 235). A imposição de um limite quantitativo é bastante criticável, pois poderia redundar na transmutação da natureza principiológica da norma para a de uma regra, conferindo-lhe "*natureza de maniqueísta*", consoante previne Douglas Yamashita (*Confisco como efeito tributário e sua proibição constitucional.* Repertório IOB de Jurisprudência (tributário, constitucional e administrativo): caderno 1, n. 10, 1ª quinzena de maio de 2000, p. 268), a qual seria válida ou inválida, cumprida ou descumprida. Assim, caberia indagar por que não seria confiscatório seria o tributo que atingisse 30% ou por que o seria aquele cuja alíquota chegasse a 35%?

1 – (...)
2 - A vedação do confisco, muito embora seja de difícil conceituação no direito pátrio, face a ausência de definição objetiva que possibilite aplicá-lo concretamente, deve ser estudado em consonância com o sistema sócio-econômico vigente, observando-se a proteção da propriedade em sua função social.
3 - (...)"
(AMS – 49273/PB, 2ª Turma, Rel. Juiz José Delgado, DJ 04/08/95)

Percebe-se, ainda, certa inclinação jurisprudencial no sentido de que o efeito confiscatório há de ser comprovado no caso prático, o que se encaixa perfeitamente com a tese aqui defendida, segundo a qual, sendo um conceito indeterminado, o confisco deverá importar uma interpretação sistemática da Constituição, tendo, por conseguinte, seu conteúdo completado no momento de sua aplicação. Nesse entendimento, veja-se o acórdão a seguir transcrito:

"CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. CONTRIBUIÇÃO SOBRE O LUCRO. IMPOSTO DE RENDA SOBRE O LUCRO LÍQUIDO. CORREÇÃO MONETÁRIA DAS CON-TAS REPRESENTATIVAS DO CUSTO DOS IMÓVEIS NÃO CLASSIFICADOS NO ATIVO PERMANENTE. LEI 7.799, DE 10 DE JULHO DE 1989, ART. 3º, I, B.
1. (...);
4. Afasta-se a argüição de violação à limitação constitucional de vedação de confisco conside-rando a não comprovação, nos autos, da ocorrência de hipótese de absorção inconsti-tucional do patrimônio pela incidência da tributação.
5. Recurso improvido"
(AMS 94.01.31854-9/MG, Rel. Juiz Hilton Queiroz)

"Ementa: (...) ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS QUE VEDAM O CONFISCO, A BITRIBUTAÇÃO, A CUMU-LATIVIDADE, DO QUE ESTABELECE A ISONOMIA E, AINDA, DO ART.

> *195, § 4º, C/C O ART. 154, I, DA CF. INCONSTITUCIONALIDADE NÃO CARACTERIZADA. (...)*
> *1. Não cabe reconhecer a inconstitucionalidade de tributo, a pretexto de ser ele confiscatório, se o contribuinte não demonstra, sequer, que teve agravada a carga tributária, nem que, em razão dele, teve a sua atividade inviabilizada, ou gravemente penalizada.(...)"*
> *(AMS 100043974-1/GO, 3ª Turma, Rel. Juiz Olindo Menezes, DJ. 10/09/1999, p. 200)*

Ora, o princípio da proporcionalidade tem como hipótese de incidência o conflito de valores veiculados por outros princípios no caso concreto, logo no julgamento da apelação em mandado de segurança pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, a tese exposta se enquadra perfeitamente com a aqui defendida.

Em outra oportunidade, julgando a ADInMC n.º 2.010-2/DF, cujo objeto era suspender a eficácia da Lei n.º 9.783/99, que instituiu a contribuição previdenciária dos servidores públicos federais inativos e majorou, mediante alíquota progressiva, a dos servidores ativos, o Supremo Tribunal Federal suspendeu, até decisão final, a eficácia dos arts. 1º, 2º e 3º da lei. O princípio da não-confiscatoriedade foi de vital importância na fundamentação do STF na decisão. Com efeito, assim entendeu o Pretório Excelso:

> *"O tribunal também considerou relevante a tese de ofensa ao princípio que veda a utilização de qualquer tributo com efeito de confisco (CF, art. 150, IV), salientando que o exame da questão do efeito confiscatório deve ser feito em função da totalidade do sistema tributário e não em função de cada tributo isoladamente. Vencidos os Ministros Nelson Jobim e Moreira Alves que indeferiam a cautelar nesse ponto, por entenderem, num primeiro exame, inexistir plausibilidade jurídica na tese de ofensa ao princípio do não confisco, dado que a questão do efeito confiscatório deve ser analisada em relação a cada tributo isoladamente e, também, pelo fato de não estar caracterizada a ofensa ao*

desvirtuamento da função da contribuição, tendo em vista que, em se tratando de previdência de servidor público, não há correspondência entre a contribuição e o benefício decorrente dessa contribuição"

Percebe-se então que, na jurisprudência brasileira, o caráter confiscatório também se dará em razão da carga total dos tributos existentes. Além do mais, esses julgados podem tornar-se um precedente para a fixação de um critério objetivo para aferição do efeito confiscatório. Assim, quando os impostos diretos somarem uma carga tributária próxima a 50% do total da renda de uma pessoa (física), configurado estaria o caráter confiscatório do tributo. Contudo, esse critério (quantitativo) não poderia ser engessado, pois ensejaria a retração eficaial do princípio da não confiscatoriedade.[29]

Seria indispensável para aplicar-se o critério quantitativo averiguar se, de fato, em novos casos, estaria configurada a mesma situação fático-normativo. Caso contrário, o princípio seria mal utilizado, não cumprindo sua função constitucional. Assim, infere-se do acórdão a seguir transcrito que, muito embora a norma tributária alcance mais de 41% do lucro da pessoa jurídica, não estaria configurado o efeito confiscatório por esse simples motivo. Conclusão: há de analisar-se o caso concreto; o critério não pode ser quantitativamente fixado.

"TRIBUTÁRIO. COFINS. PIS. CONCESSIONÁ-RIAS DE VEÍCULOS.
(...)

[29] Nesse sentido, tramitou no Congresso Nacional Projeto de Lei Complementar (PLS n.º 168, de 1989) do Senador Fernando Henrique Cardoso, arquivado em março de 1995, que, em seu art. 7º, regulamentava a norma do art. 150, IV, da Constituição Federal. Com efeito, dispunha: "*Art. 7º. Considerar-se-á caracterizada a utilização de tributo com efeito de confisco sempre que seu valor, na mesma incidência, ou em incidências sucessivas, superar o valor normal de mercado dos bens, direitos ou serviços envolvidos no respectivo fato gerador ou ultrapassar 50% do valor das rendas geradas na mesma incidência.*". O projeto, inegavelmente meritório, constitui um grande passo por uma abordagem científico-objetiva do "conceito/problema" tributo confiscatório. É de notar-se, entretanto, alguns riscos nos quais por ventura poderia incidir. Será que um tributo cuja alíquota chegue a 49% da riqueza do fato gerador não seria confiscatório? Por outro lado, será que se chegasse ao percentual de 51% será necessariamente confiscatória? O critério não pode ser quantitativo, sob risco de vir a ser antiquado e retrair a eficácia do princípio.

> *3. Revelando a documentação encartada uma operação de venda, se diversos são os efeitos concretos, dada a alegada manietação da impetrante pelo estabelecimento industrial, tais defeitos fáticos não são alegáveis contra a imposição tributária (art. 118, inciso II, do CTN). Devido o tributo pela subsunção do fato à norma tributária, das conseqüências daí decorrentes (o pagamento do tributo), não se livra a impetrante com o argumento de fato, e não jurídico, do gravame lhe corroer quase "41,15%" (sic fls. 19) de sua receita bruta."*
> *(AMS – 56632/SC, 2ª Turma, Rel. Juiz Márcio Antônio Rocha, DJ 06/12/2000)*

A título ilustrativo, traz-se acórdão também do tribunal regional federal da 1ª região, no qual se entendeu que o art. 150, inciso IV, da Constituição Federal, seria de eficácia contida, ou seja, enquanto não for editada lei complementar regulamentando o dispositivo, o princípio da não-confisca-toriedade não teria eficácia plena:

> *"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBAR-GOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO IMPOSTO DE RENDA. CORREÇÃO MONETÁRIA. ARGÜI-ÇÕES DE VIOLAÇÃO ÀS LIMITAÇÕES DE VEDAÇÃO DE CONFISCO E DIREITO ADQUI-RIDO. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ART. 44 DO CTN.*
> *I. À mingua de lei complementar, a limitação de vedação de confisco não tem aplicabilidade imediata. Atribuir-se-lhe eficácia contida, importaria na convivência de vários percentuais de limitação, o que seria prejudicial à estabilidade do direito.*
> *(...)"*
> *(EDAMS 92.01.20859-6/MG, 4ª Turma, Rel. Juiz Hilton Queiroz, DJ 12/11/99)*

Conclui-se, por fim, que a jurisprudência brasileira é ainda oscilante relativamente à eficácia e ao grau de concretização do princípio da não-confiscatoriedade, porém vêem-se algumas tendências acertadas, consoante demonstrado.

7. Conclusão

O princípio da não-confiscatoriedade é um dos pilares básicos para a estruturação de um sistema tributário fundado nos postulados da justiça fiscal. A grande questão, portanto, é compreender o âmbito de atuação dessa norma, delimitando-lhe os efeitos e extensão.

Nessa tentativa, verificou-se, apesar das inúmeras definições formuladas sobre o significado do efeito confiscatório tributário, não ser prudente a fixação apriorística de seu conceito, através da adoção de um critério objetivo (quantitativo). Essa alternativa levaria a uma aplicação extremamente mecanicista do referido princípio, retirando-lhe grande parte de sua eficácia. O critério quantitativo, erigido através de um determinado percentual (da alíquota do tributo ou da carga tributária), deve tão-somente servir como indicativo do intérprete.

Nessa perspectiva, a Constituição Federal procedeu com muito acerto, pois, positivando o valor segundo o qual ninguém se submeterá a uma tributação confiscatória, através de um conceito jurídico indeterminado, delegou aos juristas a função de, em cada caso concreto, verificar se determinado tributo restringe ou não, devidamente ou não, a liberdade individual do contribuinte.

Essa sim é a interpretação que confere a máxima operatividade ao princípio da não-confiscatoriedade que possui natureza ambivalente (caráter procedimental e substancial) e visa a sopesar os valores colidentes no caso concreto, ao surgir o conflito entre o dever fundamental de concorrer para os gastos públicos e o respeito às garantias fundamentais do contribuinte.

8. Referências bibliográficas

1. AGUERO, Antonio Agulló. *La prohibición de confiscatoriedad en el sistema tributario español*. Revista de Direito Tributário. Rio de Janeiro: n. 42, out/dez, 1987, p. 28-34.

2. BALEEIRO, Aliomar. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*. 7ª edição rev. e compl. à luz da Constituição de 1988 até a Emenda Constitucional n.º 10/1996 por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

3. BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral dos conceitos legais indeterminados*. Caderno de Direito Tributário e Finanças Públicas. v.7, n. 27, abr/jun, 1999, p. 95-107.

4. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

5. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

6. CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

7. CASANOVA, Gustavo J. Naveira de. *El principio de no confiscatoriedad – estudio en España y Argentina*. Madrid: McGraw-Hill, 1997.

8. CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

9. COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Comentários à constituição de 1988 – sistema tributário*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

10. GRAU, Eros Roberto. *Direito, conceitos e normas jurídicas*. São Paulo: RT, 1988.

11. GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Ensaios de teoria constitucional*. Fortaleza: Imprensa Universitária da UFC, 1989.

12. _____. *Sobre o princípio da proporcionalidade*. Anuário do Mestrado em Direito. Recife: Universitária, n. 6, 1993, p. 255-269.

13. MACHADO, Hugo de Brito. *Os princípios jurídicos da tributação na constituição de 1988*. 4. ed. São Paulo: Dialética, 2001.

14. PONTES, Helenilson Cunha. *O princípio da proporcionalidade e o direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2000.

15. TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*. Vol. III. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

16. YAMASHITA, Douglas. *Confisco como efeito tributário e sua proibição constitucional*. Repertório IOB de Jurisprudência (tributário, constitucional e administrativo): caderno 1, n. 10, 1ª quinzena de maio de 2000, p.268-258.

O SIGILO BANCÁRIO E A LEI COMPLEMENTAR Nº 105/01

Mariana Cavalcanti de Sousa
(Aluna do 7º período da Graduação em Direito da UFPE)

Sumário: 1. Introdução; 2. Notícia histórica; 3. Conceito e importância do sigilo bancário; 4. A razão da edição da Lei Complementar nº 105; 5. O Ministério Público perante a quebra do sigilo; 6. O perigo que existe no bojo da LC 105/01; 7. A mudança introduzida em nosso ordenamento; 8. Das inconstitucionalidades; 9. Conclusão; 10. Referências Bibliográficas.

1. Introdução

O presente trabalho tem por objetivo analisar a celeuma provocada em nosso ordenamento jurídico pela Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, em matéria de sigilo bancário.

O sigilo bancário é amparado por nossa Carta Magna no art. 5º, incisos X e XII, havendo expressa previsão neste último de que o sigilo de dados só será violado por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer.

Não obstante o mandamento constitucional, foi editada a LC nº 105/01, em clara afronta à garantia esposada na Lei Maior, permitindo que o sigilo bancário fosse quebrado pelo Fisco, sem que fosse necessário se passar pelo crivo do Judiciário, instaurando, assim, um clima de insegurança jurídica.

Apesar de ter sido criada com o intuito de dar ao Fisco melhores condições legais de alcançar seus fins, permitindo-lhe o acesso à movimentação financeira, a LC nº 105/01 vem gerando polêmica, seja porque determina às instituições financeiras que informem à

Administração tributária da União os montantes globais das movimentações financeiras de seus usuários, seja porque autoriza o Fisco a quebrar o sigilo bancário dos contribuintes diretamente, sem necessidade de autorização judicial.

Portanto, faz-se mister tratar da importância do sigilo bancário e da necessidade de que sua quebra seja determinada por um órgão imparcial, sendo a LC nº 105/01 eivada de inconstitucionalidades que serão também analisadas no presente estudo.

2. Notícia histórica

A mais antiga referência ao sigilo bancário é encontrada no vetusto Código de Hamurabi, rei da Babilônia, o qual mencionava a possibilidade que tinha o banqueiro de desvendar seus arquivos em caso de conflito com o cliente. Salvo esta hipótese, o banco estava adstrito à obrigação do segredo[1].

Sergio Carlos Covello divide o estudo do sigilo bancário em três grandes fases. A primeira seria a embrionária, abrangendo a Idade Antiga, em que os negócios bancários eram feitos com o Estado e o clero, e a própria concepção arquitetônica do palácio e do templo, impondo respeito ao sagrado, induzia ao segredo das operações. Ressalta o autor que mesmo quando a atividade foi naturalmente privatizada, permaneceu o sigilo que cerca a relação bancária.

A segunda fase, chamada institucional, ocorre na Idade Média e se destaca pela organização empresarial da atividade bancária. Nesta, o sigilo bancário resta consolidado em razão de necessidade jurídica.

Na fase capitalista, terceira e atual, o segredo migra do direito costumeiro para o escrito. A idéia de que as operações bancárias devem permanecer sob reserva universaliza-se, cristalizando-se definitivamente na consciência comum dos povos como uma necessidade jurídica a despertar a atenção da autoridade pública, numa evolução que redundará nas modernas legislações que se ocupam do velho instituto do sigilo bancário[2].

---

[1] ABRÃO, Nelson. *Direito bancário*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 49.

[2] COVELLO, Sergio Carlos. *O sigilo bancário*. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 1997, p. 07-24.

3. Conceito e importância do sigilo bancário

O sigilo surgiu com a evolução das atividades bancárias, tornando-se delas inseparável, salvo nas hipóteses excepcionais previstas em lei.

Segundo Márcia Regina Frigeri, "*o sigilo bancário consiste na obrigação de discrição do banqueiro em não revelar certos fatos, atos, cifras ou outras informações de que é conhecedor por ocasião do exercício de sua atividade profissional, sob pena de sanções civis, penais e administrativas*"[3].

O princípio, nos dizeres de Jaques Penteado, "*é garantir a incomunicabilidade das informações existentes no banco sobre uma pessoa física ou jurídica*"[4].

Ora, em países que pretendem receber investimentos externos, a manutenção do sigilo bancário é condição *sine qua non* para que suas metas possam ser atingidas. Evidentemente, não é condição única, mas é condição necessária, especialmente quando se pretende fortalecer os sistemas locais financeiro e de mercado de capitais e assegurar seu desenvolvimento racional e sadio.

Pode-se medir a importância que têm as instituições financeiras, e, conseqüentemente, o sigilo bancário na vida privada da sociedade pela assertiva de Celso Bastos ao assinalar que a biografia de um homem pode ser escrita a partir de seus extratos bancários[5].

Nesse mesmo diapasão, também o entendimento de Ives Gandra Martins, para quem, tendo a Constituição Federal flexibilizado apenas a violação das comunicações telefônicas, nem mesmo a autoridade judiciária poderia determinar a violação do sigilo bancário. "*Todavia, interpretando-se possível a violação, deve a mesma se dar apenas através de autorização judicial e, sendo garantia derivada de*

---

[3] FRIGERI, Márcia Regina. *Responsabilidade civil dos estabelecimentos bancários.* Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 63.

[4] PENTEADO, Jaques de Camargo. *Justiça Penal: críticas e sugestões.* v. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 88.

[5] SANT'ANA, Carlos Soares. *A configuração de crime fiscal pela quebra de sigilo bancário na LC 105.* Disponível na internet: http://www. jus.com.br. 21/06/02.

cláusula pétrea não é possível modificá-la através de Lei Complementar, estendendo poderes ao Fisco e/ou ao Ministério Público para tal ato" [6].

4. A razão da edição da Lei Complementar nº 105

O grande argumento da Receita com vistas à quebra do sigilo bancário se deu devido à aparente incompatibilidade resultante do confronto de dados entre o recolhimento de CPMF, cujo fato imponível é a movimentação de dinheiro em contas correntes, e de Imposto sobre a Renda, posto que verificada a existência de pessoas que movimentam altas quantias, mas que pouco pagam a título de IR.

O Erário Público até pouco tempo era vedado por dispositivo contido na Lei nº 9.311/95 de utilizar as informações da Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira – CPMF, para apuração e fiscalização de outros tributos, o que se tornou possível com o advento da Lei nº 10.174/01.

Atualmente, as intimações da Receita dizem que os contribuintes têm vinte dias para explicar suas contas, pois do contrário poderiam ter o sigilo bancário quebrado, face a novel Lei Complementar nº 105.

Analisando-se o principal argumento levantado pela Receita, verifica-se quão falacioso é o mesmo. Primeiro, porque bastaria que a Receita solicitasse a quebra do sigilo bancário ao Judiciário das pessoas que se encontram nessa situação de possíveis sonegadores. Em segundo lugar, deve-se ter presente que movimentação financeira não significa necessariamente renda.

Ademais, ainda que se tenha em conta que a quebra no sigilo das operações de instituições financeiras guarda na essência o escopo do Governo Federal em coibir a sonegação fiscal, é inadmissível o fato de que uma Lei de natureza Complementar venha a conferir poderes às autoridades fiscais, de verificação de informações e dados sigilosos, que até então só poderiam ser quebrados mediante a intervenção e o crivo do

---

[6] MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Inconstitucionalidades da Lei Complementar 105/2001*. Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem nº 11, janeiro/março de 2001, p. 31/33

Judiciário, em total desrespeito ao princípio da inviolabilidade do sigilo de dados, consubstanciado no art. 5º, XII da Decana Carta Constitucional[7].

Por fim, deve-se ter em mente que em momento algum o Brasil foi visto como palco de sonegadores por assegurar o direito ao sigilo. Afinal, limitava-lhe o exercício do mesmo modo como nos países mais evoluídos.

Além disso, não pode ser acolhida a alegação de que a LC 105/01 vem retirar do Judiciário o poder de apreciação da quebra de um direito constitucional porque a manutenção deste poder com tal Órgão atrasava as investigações da Receita Federal. Ora, se o processo é moroso é porque o magistrado, ao contrário do administrador, assegura os direitos do cidadão. A rapidez na quebra do sigilo pode ser cômoda para quem agora detém esse poder, mas gera, sem dúvida, a insegurança e a incredibilidade no sistema.

5. O Ministério Público perante a quebra do sigilo

Em consonância com o texto constitucional, entendemos que apenas o Poder Judiciário teria poderes para violar o sigilo bancário. Se é certo que tal poder não deve assistir ao Fisco, igualmente também não deve assistir ao Ministério Público.

Compartilha dessa opinião também Waldo Fazzio Júnior, que leciona: "*Com esteio no art. 129, incisos III e VI, da CF e no art. 26 da Lei nº 8.625/93 (LONMP), o Ministério Público também poderá promover a quebra do sigilo bancário, seja para fins de investigação criminal, seja para instruir inquérito civil destinado a apurar a prática de improbidade administrativa, devendo requerê-lo ao Judiciário*"[8].

Por mais que se prestigie o Órgão Ministerial, não parece que se lhe possa atribuir um direito de requisição absoluto, arbitrário e discricionário, como o fez de forma inconstitucional a LC 105/01 em relação ao Fisco.

---

[7] Cf. BRUNO, Gilberto Marques. *Quebra do sigilo bancário*. Disponível na internet: http://www.jus.com.br. 21/06/02.

[8] FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Manual de Direito Comercial*. São Paulo: Atlas, 2000, p. 547

A respeito, também o entendimento de Leandro Adiers, que diz: "*É conclusão assente que o Ministério Público não tem poderes para quebrar sigilo bancário de alguém sem autorização judicial; seu deferimento exige indícios de autoria de delito e a manutenção do sigilo deve constituir-se em óbice intransponível à apuração dos delitos investigados*"[9].

6. O perigo que existe no bojo da LC 105/01

Faz-se mister ressaltar que o fiscal, que já dispunha de uma gama de atributos para exercício de sua atividade, raramente precisava recorrer à quebra do sigilo bancário para levar a bom termo o seu trabalho. Nos casos em que isso ocorresse, poderia ser solicitada a quebra ao Juiz de Direito, que, entendendo a necessidade do ato, acataria o pedido.

Entretanto, o que não se afigura correto é a presunção de inidoneidade do contribuinte e a conseqüente devassa do seu sigilo bancário. Muito perigosa a faculdade do Fisco, espécie de exercício arbitrário das suas próprias razões, de invadir a privacidade e a intimidade do contribuinte mediante mera presunção especulativa da Receita.

Pode-se dizer, sem exageros, que a Lei Complementar nº 105/01 é um louvor ao arbítrio, posto que também afronta o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. Ao autorizar a prática de atos administrativos secretos e não documentados, impossibilita que deles conheça o Poder Judiciário.

Ora, o preceito do art. 5º, XXXV de nossa Carta dá conta da imprescindibilidade do controle jurisdicional. A respeito, veja-se a lição de Mantovanni Cavalcante: "*É nesse postulado de inafastabilidade do controle jurisdicional que se mostra possível ancorar a nau dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo, como os da intimidade e privacidade, de modo a preservá-los diante da possibilidade de manipulação dos dados decorrentes da quebra de sigilo bancário*"[10].

---

[9] ADIERS, Leandro Bittencourt. *Notas sobre o sigilo bancário, profissional e bancário e sua interpretação no STF e STJ.* Disponível na internet: http://www. jus.com.br. 21/06/02.
[10] CAVALCANTE, Mantovanni Colares. *O sigilo bancário e a tutela preventiva.* Revista Dialética de Direito Tributário: n º 68. maio. 2001. p. 96

Não obstante, *contrario sensu*, mais uma vez vilipendiando a nossa Constituição, o Decreto nº 3.724/01, regulamentador da Lei Complementar nº 105/01, determina, no §2º do seu art. 5º, que as informações não utilizadas sejam entregues ao sujeito passivo, destruídas ou inutilizadas. Em outras palavras, nos casos em que não chegue a haver sujeito passivo, ou seja, nos casos em que o Fisco decida não fiscalizar, ele mesmo destruirá ou inutilizará as informações.

José Geraldo Leitão discorre sobre o tema, dizendo: "*a agravar essas circunstâncias, a lei expressamente determina a destruição de toda documentação que seja produzida antes que saia da esfera de domínio exclusivo do administrador, com o que impede o exercício de qualquer controle externo ou jurisdicional de tais atos*". E mais adiante, arremata: "*mais preocupante do que não saber como vem sendo aplicada a LC 105/2001 é saber que não há como sabê-lo*"[11].

Ademais, o ato administrativo que partirá da Autoridade Tributária no momento de decidir quais pessoas serão fiscalizadas é ato administrativo discricionário inadmissível constitucionalmente, porque manipula direitos e garantias individuais tornados indisponíveis pela Constituição que os assegura em cláusula pétrea.

José Geraldo Leitão, atento a esta circunstância, ressalta que a questão é ainda mais grave do que isto, porque não se trata de atos administrativos que deveriam ter sido instituídos como vinculados e o foram como discricionários. Trata-se de terem sido autorizados atos administrativos inclassificáveis seja como vinculados seja como discricionários, porque são secretos[12].

Outro perigo que existe na Lei Complementar 105/01 é que a própria parte interessada na ação, que não tem o dever de imparcialidade, é que efetivará a quebra de um direito inerente à privacidade, de *status* constitucional.

Nas basilares palavras de Tourinho Neto: "*Ora, estando um conflito entre o Fisco e o contribuinte, evidentemente, não é a autoridade*

---

[11] LEITÃO, José Geraldo da Costa. *Lei Complementar 105/2001. Estudo dos Atos Administrativos Sigilos que enseja.* Revista Dialética de Direito Tributário. nº 78, março, 2001, p. 50.

[12] Cf. LEITÃO, José Geraldo da Costa. *Idem*, p. 53.

fiscal que vai dizer se os documentos bancários sigilosos são ou não indispensáveis. Um terceiro, imparcial, é quem pode solucionar o conflito ocorrente entre o interesse do Fisco e o interesse de privacidade do indivíduo. Este terceiro é o juiz[13]".

7. A mudança introduzida em nosso ordenamento

O direito ao sigilo desde a Constituição de 1824 faz parte do seio jurídico brasileiro enquanto direito fundamental. Desde então, o que houve foi a regulamentação do mesmo na legislação infraconstitucional. Antes do advento da LC 105/2001, o sigilo bancário era regulamentado pela Lei nº 4.594/64, que dispunha em seu art. 38:

"*§ 5º Os agentes fiscais tributários do Ministério da Fazenda e dos Estados somente poderão proceder a exames de documentos, livros e registros de contas de depósitos, quando houver processo administrativo instaurado e os mesmos forem considerados indispensáveis pela autoridade competente*".

A grande mudança trazida pela Lei Complementar nº 105/01 está no seu art. 6º, tendo sido suficiente duas palavras para motivarem a sua inconstitucionalidade. Dispõe o referido dispositivo:

"*As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente*".

A autoridade competente referida no art. 38 da Lei nº 4.594/64 era a autoridade judiciária, diferente do que ocorre agora com a LC nº 105/01, que passa o exame da necessidade do ato de quebra de sigilo diretamente às autoridades fiscais, excluindo a apreciação do Judiciário. Tal mudança de posicionamento vai de encontro ao disposto em nossa Carta Magna, especificamente em seu art. 5º, XII.

[13] TOURINHO NETO, Fernando da Costa. *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*. nº 18, ano 5. Jan/mar. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 37.

Portanto, com o surgimento da LC nº 105/01, a Receita utiliza-se de procedimento próprio do Judiciário para conhecimento, fiscalização e julgamento do contribuinte, afrontando, também, o Princípio da Separação dos Poderes.

8. Das inconstitucionalidades

No presente ponto do trabalho, vamos procurar reunir algumas inconstitucionalidades da LC nº 105/01, que, inclusive, é objeto de pelo menos quatro Ações Diretas de Inconstitucionalidade, inicialmente situando o sigilo bancário na própria Constituição da República.

Tem prevalecido no Supremo Tribunal Federal o entendimento de que o sigilo bancário encontra respaldo no art. 5º, X, da nossa Constituição, sendo considerado como uma das "projeções específicas do direito à intimidade", na expressão do Ministro Celso de Melo[14].

Compartilhamos, entretanto, da mesma opinião de Ives Gandra, entendendo que o sigilo bancário encontra amparo não apenas no inciso X, mas também no inciso XII da Carta Política, considerando-o como espécie do sigilo de dados[15]. Por conseguinte, tal dispositivo é cláusula pétrea protegida pelo manto do art. 60, § 4º, da Constituição, não sendo passível de alteração sequer por Emenda Constitucional, muito menos por Lei Complementar.

Poder-se-ia considerar este aspecto formal como a primeira inconstitucionalidade da LC 105/01, eivada de diversos outros vícios que ora se passa a analisar.

Outra heresia jurídica se dá quando o art. 1º, § 3º, VI e o art. 6º da LC 105/01, bem como os arts. 1º; 2º, § 2º; 4º, III e IV, do Decreto nº 3.724/01 autorizam a Administração à quebra do sigilo bancário sem a prévia autorização do Poder Judiciário, trazendo à baila situação onde o Poder Executivo pretende ter legitimidade para exercer uma função típica do Poder Judiciário, o que contraria o princípio da independência e separação orgânica dos Poderes e o princípio da indelegabilidade de atribuições. Montesquieu, esteja onde estiver, certamente não deve estar satisfeito com a edição dos referidos diplomas legais.

---

[14] STF, MSMC nº 23639/DF

[15] MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Sigilo Bancário.* Revista Dialética de Direito Tributário. nº 01, p. 20/21 *apud* NOGUEIRA, Júlio. *A quebra do sigilo bancário: algumas inconstitucionalidades.* Disponível na Internet: www.ius.com.br. 21/06/02

Os citados dispositivos contrariam, ainda, o princípio da reserva constitucional de jurisdição, pois a determinação que possibilita ter acesso aos dados bancários do contribuinte é um exercício de típica função do Judiciário, apenas podendo ser exercida por um magistrado[16].

Há, ainda, violação ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, vez que conhecer a realidade dos atos administrativos é condição inafastável para o conhecimento de sua legalidade. A diferença entre atos administrativos constitucionalmente sigilosos e atos de administração impossíveis de serem conhecidos é o que os torna subsumíveis, ou não, ao princípio da inafastabilidade da jurisdição. Insubsumíveis que o sejam, a lei que assim os torna é inconstitucional.

Outro princípio desconsiderado foi o do devido processo legal. Melissa Folmann assinala que: "*suprimir do cidadão o direito de ser analisado de acordo com os trâmites legais por órgão investido nesta competência, é colocá-lo à disposição da investigação, acusação, julgamento e condenação pela Receita Federal, por órgão da Administração, sem um terceiro, no caso, o Judiciário*"[17].

Dentre os direitos constitucionais que a Lei em comento afronta, podemos colocar o da privacidade. Ao permitir desveladamente a quebra do sigilo, permeia a quebra da privacidade do mesmo sem o mínimo liame de constitucionalidade, deixando o cidadão à mercê do Fisco[18]. E, nas palavras de Arnold Wald: "*o direito à privacidade abrange atualmente o de impedir que terceiros, inclusive o Estado e o Fisco, tenham acesso a informações sobre o que se denominou de 'a área de manifestação existencial do ser humano*"[19].

Há, ainda, de se considerar o desrespeito ao princípio da proporcionalidade. Não há garantias de que a medida será tomada de forma ponderada, ainda mais quando realizada pela própria autoridade interessada. Em se tratando de proporcionalidade, tem-se a lição de Fernando Facury Scaff: "*Somente prova robusta do ilícito é que poderá determinar a quebra do sigilo bancário pelo Poder Judiciário, e desde*

---

[16] Cf. NOGUEIRA, Júlio. *Op. cit.*

[17] FOLMANN, Melissa. *Sigilo fiscal e bancário*. Curitiba: Juruá, 2001, p. 109.

[18] Cf. FOLMANN, Melissa. *Idem*. p. 106.

[19] WALD, Arnold. *O sigilo bancário no projeto de Lei Complementar de reforma do sistema financeiro e na Lei Complementar nº 70*. Ajuris. Porto Alegre: n. 56, nov.1992, p. 22.

que obedecidos os trâmites legais pertinentes e respeitados os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade" [20].

Ante o exposto, é de ver-se quão inconstitucional é a Lei Complementar nº 105/2001. Nesse sentido, preciosa é a lição de Sacha Calmon que bem arremata a questão ora em comento: *"A regulamentação da quebra do sigilo entre nós, ao meu sentir, deu-se de forma inconstitucional e paradoxal. A Fazenda Pública tornou-se inteiramente fiel depositária dos dados relativos aos cidadãos e de suas organizações empresariais. Se auto-impôs, como se isto já não estivesse vedado"*[21].

9. Conclusão

Pode parecer que essas considerações não passem de meras filigranas jurídicas, mas se deve entender que, de acordo com a Constituição vigente, é indispensável preservar o sigilo bancário e não se admitir qualquer brecha no sistema, pois, como lembrava o Padre Antônio Vieira, *"dispensam-se as leis por utilidades e abre-se a porta à ruína universal... Persuada-se o príncipe que a lei morta não pode dar vida à República, considere que as leis são os muros dela e que, se hoje se abriu uma brecha, por onde possa entrar um só homem, amanhã será tão larga que passe um exército inteiro"*.[22]

Os direitos da personalidade em geral e o direito ao sigilo bancário em particular não são absolutos, mas não podem ser eliminados, por via oblíqua, pela legislação ordinária, mediante regras que venham a admitir a requisição generalizada e injustificada de dados bancários.

A relevância do direito ao sigilo bancário, que traduz uma das projeções realizadoras do direito à intimidade, impõe, por isso mesmo, que caiba ao Poder Judiciário, e tão-somente a ele, a apreciação da ruptura da esfera da privacidade individual, havendo, para tanto, norma constitucional.

---

[20] SCAFF, Fernando Facury. *Sigilo Fiscal e Reserva de Jurisdição.* Revista Dialética de Direito Tributário: n º 71, agosto, 2001. p. 68.

[21] COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Leis complementares 104 e 105/2001. Dias angustiantes permeiam a tributação no Brasil.*Disponível na Internet: http://www.jus.com.br; 21/06/02.

[22] Cf. WALD, Arnold. *Op. cit.* p. 17.

Tendo em vista que o sigilo fiscal é uma forma de proteção da intimidade assegurada pela Constituição Federal, a constitucionalidade da sua quebra, sem autorização judicial, deverá ser apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, a quem, por força de Ações Diretas de Inconstitucionalidade já propostas, caberá a palavra final.

Resta apenas esperar e torcer para que não sejamos mais uma vez surpreendidos com uma decisão política daquele Tribunal e que, desta feita, prime-se pela boa aplicação da justiça, respeitando a letra da nossa Carta Magna, que não pode ser mais uma vez vilipendiada.

Fiquemos, finalmente, com os ensinamentos do ilustre Sacha Calmon de Passos, ao lecionar que *"a quebra do sigilo por motivos políticos é inaceitável e odiosa. A quebra por motivos fiscais deve cercar-se dos maiores cuidados e dar-se excepcionalmente, somente quando estejam configurados tipos delituais contra a ordem tributária"*[23].

10. Referências Bibliográficas

10.1 Livros

1. ABRÃO, Nelson. *Direito bancário*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
2. COVELLO, Sergio Carlos. *O sigilo bancário*. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 1997.
3. FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Manual de Direito Comercial*. São Paulo: Atlas, 2000.
4. FOLMANN, Melissa. *Sigilo fiscal e bancário*. Curitiba: Juruá, 2001.
5. FRIGERI, Márcia Regina. *Responsabilidade civil dos estabelecimentos bancários*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
6. PENTEADO, Jaques de Camargo. *Justiça Penal: críticas e sugestões*. v. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

[23] COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Op. cit.*

10.2 Artigos

1. CAVALCANTE, Mantovanni Colares. *O sigilo bancário e a tutela preventiva*. Revista Dialética de Direito Tributário: n ° 68, maio, 2001.

2. LEITÃO, José Geraldo da Costa. *Lei Complementar 105/2001. Estudo dos Atos Administrativos Sigilos que enseja*. Revista Dialética de Direito Tributário. nº 78, março, 2001.

3. MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Inconstitucionalidades da Lei Complementar 105/2001*. Revista de Direito Bancário. do Mercado de Capitais e da Arbitragem nº 11, janeiro/março de 2001, p. 31-33.

4. SCAFF, Fernando Facury. *Sigilo Fiscal e Reserva de Jurisdição*. Revista Dialética de Direito Tributário: nº 71, agosto, 2001.

5. TOURINHO NETO, Fernando da Costa. *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*. nº 18, ano 5. Jan/mar. São Paulo: Revista dos Tribunais.

6. WALD, Arnold. *O sigilo bancário no projeto de Lei Complementar de reforma do sistema financeiro e na Lei Complementar nº 70*. Ajuris. Porto Alegre: n. 56, p. 14-34, nov,1992.

10.3 Artigos da Internet

1. ADIERS, Leandro Bittencourt. *Notas sobre o sigilo bancário, profissional e bancário e sua interpretação no STF e STJ*. http://www. ius.com.br.

2. BRUNO, Gilberto Marques. *Quebra do sigilo bancário*. http://www. ius.com.br.

3. COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Leis complementares 104 e 105/2001. Dias angustiantes permeiam a tributação no Brasil.* http://www. ius.com.br.

4. NOGUEIRA, Júlio. *A quebra do sigilo bancário: algumas inconstitucionalidades*. http://www.ius.com.br

5. SANT'ANA, Carlos Soares. *A configuração de crime fiscal pela quebra de sigilo bancário na LC 105*. http://www. ius.com.br.

A TRIBUTAÇÃO DO COMÉRCIO ELETRÔNICO: LIMITES E POSSIBILIDADES DA FISCALIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA NO AMBIENTE VIRTUAL

Diego Fernando Vila Nova de Moraes
(Aluno do 7º período da graduação em Direito da UFPE, ex-monitor de Direito Civil III)

Sumário: 1. Introdução; 2. A Fiscalização Tributária sobre o Comércio Eletrônico na Internet; 2.1. Comércio Eletrônico Impróprio ou Indireto; 2.2. Comércio Eletrônico Próprio ou Direto; 3. Mecanismos de Fiscalização Tributária do Comércio Eletrônico; 3.1. Provedores de Acesso à Internet e Provedores de Hospedagem de *Sites*; 3.1.2. Barreira Tecnológica; 3.2. Quebra de Sigilo Bancário na Lei Complementar nº 105/2001; 4. Conclusão; 5. Bibliografia.

1. Introdução

Nas palavras do Prof. André Ramos Tavares, "uma questão inevitável, diante do progresso da Internet e do aumento do número de relações de caráter patrimonial por meio dela realizados, surge quanto às formas de fiscalização com as quais a Receita Federal poderá contar para poder tornar efetiva a cobrança dos impostos a que estejam submetidas estas relações. Como visto, em razão da falta de visibilidade dos objetos e da imaterialidade das provas dos negócios jurídicos realizados via Internet, fica muito dificultado o controle destas operações por parte do

Fisco, que não está, ainda – como de resto toda a sociedade –, completamente adaptado a esta nova realidade"[1].

Decerto, considerando que a identificação do fato gerador previsto em lei configura *conditio sine qua non* ao surgimento da obrigação tributária principal, a fiscalização eficiente sobre o comércio eletrônico desenvolvido na Internet passa a ser pressuposto necessário à incidência da norma tributária sobre as manifestações de capacidade contributiva observadas no meio eletrônico.

No que tange à fiscalização atualmente desempenhada pelas Fazendas Públicas, o ordenamento jurídico pátrio lhes confere, tanto na Constituição Federal (art. 145, §1º), quanto no Código Tributário Nacional (arts. 194 a 200), determinados poderes de controle e fiscalização das atividades, documentos e negócios dos contribuintes. Todavia, uma vez introduzidas características específicas do comércio eletrônico, os referidos poderes de controle e fiscalização restam insuficientes para permitir sua adequada tributação.

É justamente nesse cenário que surge questão de extrema relevância, qual seja, saber se há, neste momento, substrato tecnológico e legal suficientes para permitir a efetiva fiscalização das operações de comércio eletrônico, a fim de identificar os fatos geradores das obrigações tributárias.

Em face de tamanho desafio, os Estados Unidos da América, um dos pioneiros na implementação e desenvolvimento de tecnologia da informação, propuseram em reunião da Organização Mundial do Comércio (OMC), realizada em agosto de 1999, a isenção de pagamento de tributos incidentes sobre operações ocorridas na Internet pelo prazo de 05 (cinco) anos. Tal proposta justificar-se-ia na necessidade de surgimento de novas tecnologias capazes de identificar a realização de negócios eletrônicos, bem como de legislação de abrangência mundial, conforme relata Gilberto Marques Bruno[2].

---

[1] TAVARES, André Ramos. Tributação na Era da Internet. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Tributação na Internet*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 287.

[2] BRUNO, Gilberto Marques. *A rede mundial de computadores e a guerra fiscal brasileira na disputa pela arrecadação tributária*. Disponível na Internet: http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2336. 25.04.2002.

Isto posto, o presente trabalho propõe uma análise dos limites e possibilidades da fiscalização sobre o comércio eletrônico enquanto pressuposto fundamental à adequada tributação das manifestações de capacidade contributiva expressas no meio eletrônico.

Saliente-se que não será posta em questionamento a tributabilidade das operações de comércio eletrônico, de modo que não se pretende demonstrar a possibilidade ou não de enquadramento de tais operações entre os fatos imponíveis já existentes. Em verdade, admitindo-se a tributação dos negócios jurídicos firmados no ambiente virtual, a problemática da fiscalização tributária sobre tais negócios desponta como desafio de superior envergadura para o Fisco.

2. A Fiscalização Tributária sobre o Comércio Eletrônico na Internet

Conforme elucida o Prof. José Eduardo Soares de Melo, "a competência constitucional para instituir tributos, implica, necessariamente, a competência para proceder à respectiva fiscalização junto aos sujeitos passivos e todos aqueles que com eles mantenham algum tipo de vinculação. A fiscalização constitui um autêntico poder-dever cometido às Fazendas, prestigiando os superiores princípios da supremacia do interesse público sobre o interesse privado e da indisponibilidade dos créditos tributários"[3].

Nesse sentido, a Fazenda Pública deve possuir os instrumentos necessários ao conhecimento do patrimônio, rendimentos e atividades dos contribuintes com o intuito de identificar fatos geradores de obrigações tributárias, além da capacidade contributiva individual. Para tanto, a Constituição Federal de 1988 confere ao Fisco os meios necessários ao desempenho da atividade fiscalizadora do Estado, conforme se depreende da redação de seu art. 145, §1º, *in verbis*:

> "§1º Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, **facultado à administração tributária,**

[3] MELO, José Eduardo Soares de. Tributação na Internet. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Tributação na Internet*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 250.

especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte."

(grifos nossos)

No entanto, a utilização de meios eletrônicos no comércio (em sentido lato) introduz uma série de características específicas, as quais originam "um novo instrumento de viabilização dos negócios jurídicos, que se distancia do instrumento clássico, pois aquele, diversamente deste, não se apega, predominantemente, aos meios físicos para a realização e documentação dos negócios jurídicos"[4].

Neste momento, faz-se imprescindível delimitar o sentido da expressão "comércio eletrônico". Nos termos em que leciona Aldemário Araújo Castro, o termo em questão "seria o conjunto de operações de compra e venda de mercadorias ou prestações de serviços por meio eletrônico ou, em outras palavras, as transações com conteúdo econômico realizadas por intermédio de meios digitais. Nesta linha, o comércio eletrônico envolve a venda de bens tangíveis (comércio eletrônico impróprio ou indireto) e de bens intangíveis (comércio eletrônico próprio ou direto)"[5].

O comércio eletrônico configura, pois, um formidável desafio para a fiscalização das atividades econômicas, uma vez que critérios tradicionais de controle (notas fiscais, documentos de acompanhamento de trânsito de mercadorias etc.) não são aplicáveis aos negócios jurídicos eletrônicos, dificultando a identificação de fatos geradores, consoante evidencia a compra e venda de bens intangíveis.

A problemática da tributação na Internet foi sintetizada na seguinte indagação de Armando Álvares Garcia Júnior: "como normas tributárias tradicionalmente incidentes sobre bens móveis corpóreos podem incidir sobre bens móveis não corpóreos, isto é, em bens que não

[4] GRECO, Marco Aurélio. *Internet e Direito*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2000, p. 79.
[5] CASTRO, Aldemário Araújo. Os Meios Eletrônicos e a Tributação. In: REINALDO FILHO, Demócrito (coord.). *Direito da Informática – Temas Polêmicos*. São Paulo: Edipro, 2002, p. 254

sejam considerados como 'mercadorias' no sentido jurídico do vocábulo?"[6].

2.1. Comércio Eletrônico Impróprio ou Indireto

A primeira categoria de comércio eletrônico envolve as operações formuladas em ambiente Internet para disponibilização física. Caracteriza-se, portanto, pela consecução de operação de compra e venda (oferta e aceitação), realizada por intermédio de meios eletrônicos, cujo objeto é bem móvel tangível (mercadoria física) entregue fisicamente ao compra-dor, motivo pelo qual se denomina comércio eletrônico impróprio ou indireto.

Nesta hipótese, o comércio eletrônico difere do tradicional apenas no fato de que não há a presença física do comprador no estabelecimento comercial. Como exemplo de comércio eletrônico de mercadorias físicas é possível citar a aquisição de livros ou CDs em *sites*[7] como Amazon.com ou Submarino.com.br. A proposta, a aceitação e o pagamento são realizadas *on-line*, mas as mercadorias são enviadas fisicamente por serviços de postagem.

A operação eletrônica de compra e venda de bens tangíveis com entrega física permite, por exemplo, a incidência de tributos de circulação de mercadorias da mesma forma que tais tributos de circulação de mercadorias incidem sobre os produtos que são adquiridos e entregues por estabelecimentos comerciais não virtuais.

O relatório "Tributação do Comércio Eletrônico"[8], elaborado pela Secretaria da Receita Federal, conclui que "a tributação, nesse caso, seguiria os procedimentos já estabelecidos, visto que o e-commerce é apenas um espaço empresarial para a administração de negócios que funciona como meio para o alcance do mesmo fim a que se propõem as empresas com instalações físicas no País, ou seja, a transação de

---

[6] GARCIA JÚNIOR, Armando. *Contratos Via Internet*. São Paulo: Aduaneiras, 2001, p. 113.

[7] **Site** localidade qualquer endereço na Internet, seja para FTP (v.), seja um endereço gráfico na WWW. (HOUAISS, Antônio, e CARDIM, Ismael. *Glossário de Termos de Informática*. São Paulo: Quark do Brasil, 1996, p. 640).

[8] SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL. *Tributação do Comércio Eletrônico*. Disponível na Internet: http://www.receita.fazenda.gov.br, 12.06.2002. O aludido relatório foi publicado na seção "Estudos Tributários" do *site* da Secretaria da Receita Federal.

mercadorias e serviços. Como qualquer outro comerciante, o negociante e o comprador virtual vão pagar os mesmos tributos e aproveitar-se-á a legislação existente para este tipo de transação, pois o que muda é o ambiente de troca, já que a natureza jurídica do negócio continua sendo a mesma".

Pedro Victório Daud, por sua vez, constata que, na modalidade de comércio eletrônico em tela, o fato gerador do ICMS resta nitidamente identificado na remessa da mercadoria (bem tangível) adquirida[9], razão por que no comércio eletrônico direto não se poderia falar em tributação pela Internet.[10]

2.2. Comércio Eletrônico Próprio ou Direto

Esta categoria de comércio eletrônico compreende as operações formuladas em ambiente Internet para disponibilização virtual. Nesses termos, configura uma operação de compra e venda (oferta e aceitação), realizada por intermédio de meios eletrônicos, cujo objeto é bem móvel intangível (mercadoria digital) entregue ao comprador com a utilização dos mesmos meios eletrônicos, motivo pelo qual se denomina comércio eletrônico próprio ou direto. A operação comercial tem todo o seu desenvolvimento dentro do âmbito da Internet.

O comércio eletrônico direto evidencia a chamada revolução "dos átomos para os *bits*[11]" proclamada por Marco Aurélio Greco. Nesse sentido, "o valor não está mais atrelado necessariamente às características físicas das coisas. As informações, mensagens, dados, instruções, *softwares*[12] etc. adquiriram valor próprio, independente dos átomos de que é formado seu meio físico, valor este muitas vezes superior aos

---

[9] Dentre os fatos geradores do ICMS, a Lei Complementar nº 87/96 elenca em seu art. 12, I, a "saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular".

[10] DAUD, Pedro Victorio. *Incidência tributária nas operações realizadas pela Internet*. Disponível na Internet: http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=1812. 24.04.2002.

[11] **Bit** contração de BInary digiT. Significa um dígito de um número binário (0 ou 1). Um byte (v.) é um conjunto de oito bits. Caracteres quaisquer manipulados por um computador são constituídos de bytes. (HOUAISS, Antônio, e CARDIM, Ismael. *Glossário de Termos de Informática*. São Paulo: Quark do Brasil, 1996, p. 634).

[12] **Software** qualquer programa de computador. Série de instruções que realiza determinada tarefa. (HOUAISS, Antônio, e CARDIM, Ismael. *Glossário de Termos de Informática*. São Paulo: Quark do Brasil, 1996, p. 640).

respectivos átomos. Isto se estende não apenas a valores de *softwares*, mas alcança o valor que possuem bancos de dados, registros financeiros de operações bancárias, registros contábeis etc. Até mesmo objetos que originalmente tinham natureza física, passaram a ter feição virtual"[13].

De fato, variadas mercadorias que são atualmente tangíveis, e, por conseguinte, relativamente fáceis de tributar, tornam-se virtuais por meio de processos de digitalização. Notório exemplo do fenômeno da digitalização seria a operação de compra e venda de uma música em formato WAV, WMA, MP3 ou outro apropriado, ou ainda, a aquisição de *software* através do sistema de *download*[14].

A tributação das mercadorias digitais representa um dos maiores desafios que brevemente enfrentarão as Fazendas Públicas em virtude da dificuldade de identificação de fatos geradores e respectivos tributos. As questões jurídico-tributárias suscitadas pelo comércio eletrônico direto colocam em pauta o tema da fiscalização das atividades econômicas desenvolvidas no ambiente virtual.

3. Mecanismos de Fiscalização Tributária do Comércio Eletrônico

A despeito do estágio ainda embrionário das discussões jurídicas acerca da fiscalização do comércio eletrônico direto, a doutrina especializada já assinala as principais linhas de atuação a serem adotadas pelo Fisco.

Nesse sentido, já se discute a possibilidade jurídica e tecnológica de a autoridade tributária solicitar dados relativos a operações eletrônicas desempenhadas por contribuintes registradas nos provedores de acesso à Internet ou de hospedagem de *sites*. Destaca-se, ainda, como mecanismo de fiscalização tributária no ambiente virtual, a hipótese de quebra de sigilo bancário com base na Lei Complementar nº 105/2001.

---

[13] GRECO, Marco Aurélio. *Op. Cit.*, p. 19.

[14] **Download** processo no qual o usuário conectado a uma rede transfere arquivos dela para seu computador. (HOUAISS, Antônio, e CARDIM, Ismael. *Glossário de Termos de Informática*. São Paulo: Quark do Brasil, 1996, p. 636).

3.1. Provedores de Acesso à Internet e Provedores de Hospedagem de Sites

Ao se deparar com a problemática da fiscalização tributária do comércio eletrônico de mercadorias digitais, André Ramos Tavares assevera que "a maneira mais propícia de controle que surge seria a da solicitação, por parte da Receita, de dados referentes aos contribuintes, solicitação direcionada aos provedores de acesso à Internet (aqueles que viabilizam a conexão do usuário à Internet, disponibilizando um espaço lógico para que este faça parte da rede) ou aos provedores de hospedagem de *site* (numa espécie de aluguel de um computador, conectado à Internet, com a finalidade específica de armazenar o conteúdo de uma página)"[15].

Decerto, os provedores de acesso à Internet e de hospedagem de *sites* admitem, em virtude de razões técnicas inerentes à prestação de serviços que desempenham, a possibilidade de monitoração das atividades econômicas dos contribuintes no ambiente virtual. É o que se conclui dos ensinamentos de Antônio Carlos Rodrigues do Amaral e Sérgio Kawasaki: "não há sigilo entre o usuário e o provedor de Internet, uma vez que os dados transmitidos pelo internauta transitam necessariamente pelos equipamentos do provedor"[16].

Uma vez verificado que os provedores de acesso e de hospedagem possuem os meios tecnológicos necessários à identificação de fatos geradores nas atividades econômicas realizadas na Internet, faz-se imperativo perquirir se a Administração Tributária, a pretexto de atividade fiscalizadora, pode solicitar dados armazenados nos aludidos provedores referentes a contribuintes.

Deparamo-nos com um verdadeiro conflito de interesses com amparo na Constituição Federal: de um lado a necessidade de fiscalização e apuração da ocorrência de fatos geradores tributários expressa no supracitado art. 145, §1º; de outro, a proteção à privacidade e à inviolabilidade dos meios de comunicação garantida pelos incisos X e XII do art. 5º, *in verbis*:

---

[15] TAVARES, André Ramos. *Op. Cit.*, pp. 287-288.

[16] AMARAL, Antônio Carlos Rodrigues do, e KAWASAKI, Sérgio. *Direito Tributário e Internet*. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Tributação na Internet*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 312.

> "X – **são invioláveis a intimidade, a vida privada**, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;
> (...)
> XII – **é inviolável o sigilo** da correspondência e das comunicações telegráficas, **de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso**[17], **por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal**".

Diante da colisão de valores constitucionais suscitada, André Ramos Tavares sintetiza, nas seguintes palavras, a tendência doutrinária que sugere o sopesamento ou avaliação ponderada dos fins pretendidos na Constituição Federal: é certo que, apesar de as citadas garantias serem direitos fundamentais dos cidadãos, diante de critérios interpretativos fundados no princípio da proporcionalidade, é possível a relativização de tais direitos e a conseqüente exigência de que estes provedores forneçam o conteúdo dos eventuais dados a que tenham acesso. Evita-se a estagnação do Direito na idéia de que as garantias sejam absolutas. Mas isso somente é possível com a autorização do Poder Judiciário, esfera técnica do poder estatal, que determinará qual valor constitucional prevalecerá no caso concreto"[18].

O direito fundamental ao sigilo dos meios de comunicação submete-se, pois, à chamada reserva constitucional de jurisdição, no sentido de que se admite sua relativização mediante pronunciamento do Poder Judiciário, em decisão fundamentada, reconhecendo a adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito da medida restritiva.

Entende-se, portanto, que a reserva de jurisdição assegura os interesses, não só do contribuinte, como também da Administração Tributária, posto que a quebra do sigilo de comunicações eletrônicas e a

[17] O parágrafo único do art. 1º da Lei nº 9.296/96, que regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal, estende a aplicabilidade de seus dispositivos "à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática". Nesse sentido, resta evidente a relativização da inviolabilidade dos meios de comunicação eletrônicos.

[18] TAVARES, André Ramos. *Op. Cit.*, p. 289.

conseqüente exigência de fornecimento de dados pelos provedores de acesso e de hospedagem proceder-se-ão somente mediante ordem judicial. A apreciação técnica e neutra do Poder Judiciário deve defender o Fisco contra o sonegador e o bom contribuinte contra o Fisco.

3.1.2. Barreira Tecnológica

Diante da possibilidade da Administração Tributária solicitar, mediante ordem judicial, dos provedores de acesso e de hospedagem dados relativos aos contribuintes, surge a preocupação de garantir aos mesmos que apenas as informações de interesse tributário serão reveladas ao Fisco. Trata-se, em verdade, de saber se a tecnologia existente é suficiente para assegurar a integridade da vida privada e da intimidade do contribuinte.

Marco Aurélio Greco indica a relevância dos avanços tecnológicos no desenvolvimento de um método de fiscalização eficiente e, concomitantemente, garantidor dos direitos fundamentais: "neste passo, assume relevância o debate sobre a tecnologia atualmente existente, no sentido de saber se há instrumentos e mecanismos técnicos que, além de permitirem acompanhar os fluxos e as mensagens, também assegurem um acesso específico, exclusivamente sobre aqueles fluxos que disserem respeito a operações tributadas. Em outras palavras, o que se pergunta é como saber qual *bit* que deve ser considerado 'carimbado' por ser fiscalmente relevante, pois somente este poderia ser acessado e não outros que estivessem inseridos em outro tipo de mensagem"[19].

3.2. Quebra de Sigilo Bancário na Lei Complementar nº 105/2001

Em contrapartida, a Lei Complementar nº 105, de 10.01.2001[20], autoriza a transferência direta do sigilo bancário para a Administração Tributária, independentemente da intermediação do Poder Judiciário, consoante se depreende da redação de seu art. 6º, *in verbis*:

---

[19] GRECO, Marco Aurélio. *Op. Cit.*, pp. 114-115.

[20] A constitucionalidade da Lei Complementar nº 105/2001 está sendo questionada perante o Supremo Tribunal Federal por intermédio de diversas Ações Diretas de Inconstitucionalidade. Todavia, até o momento da elaboração do presente trabalho, tais ADINs ainda não tinham sido apreciadas, de modo que a referida lei complementar goza da presunção de constitucionalidade.

> "Art. 6º. As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente **poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente.**"
>
> (grifos nossos)

A flexibilização do sigilo bancário, aliada à possibilidade de cruzamento de informações de movimentação financeira na fiscalização tributária, permite o desenvolvimento da auditoria fiscal de contribuintes que transacionem no ambiente virtual, independentemente de prévia autorização do Poder Judiciário.

Dentre as operações financeiras elencadas no art. 5º, §1º, da Lei Complementar nº 105/2001 merecem destaque os depósitos à vista e a prazo e as operações com cartão de crédito. Dessa forma, praticamente todos os registros de instituições financeiras referentes ao pagamento de negócios jurídicos realizados na Internet estão sujeitos ao exame da Autoridade Tributária.

É de se salientar que "estão também sujeitas à prestação de informações acerca da movimentação financeira dos contribuintes pessoa física e jurídica no Brasil as administradoras de cartões de crédito, o que, em vista da elevada participação desse meio de pagamento nas compras efetuadas eletronicamente, coloca os montantes pagos e recebidos, e o próprio fluxo de recursos, como informações fundamentais para apontar a necessidade de realização de auditoria fiscal, e como suporte aos trabalhos que enseje"[21].

As Fazendas Públicas dispõem, portanto, de um expressivo mecanismo de fiscalização do comércio eletrônico, posto que a quebra dos sigilos bancário e de cartão de crédito permite a identificação precisa de patrimônio, rendimentos e atividades econômicas do contribuinte no ambiente virtual, todos fatos geradores de obrigações tributárias principais.

[21] SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL. *Op. Cit.*

4. Conclusão

Na medida em que aumenta o volume de negócios jurídicos realizados por intermédio de meios eletrônicos, expressivas manifestações de capacidade contributiva escapam à incidência de norma tributária em face da ausência de mecanismos eficientes de fiscalização do comércio eletrônico.

Observa-se o agravamento das questões atinentes à fiscalização tributária dos negócios jurídicos eletrônicos nos casos de operações comerciais formuladas em ambiente Internet para disponibilização virtual de mercadoria digital. Atualmente, a doutrina especializada volta suas atenções para dois mecanismos de fiscalização: a solicitação de dados de contribuintes aos provedores de acesso à Internet e aos provedores de hospedagem de *sites* e a quebra dos sigilos bancário e de cartão de crédito regulados na Lei Complementar nº 105/2001.

Conforme demonstrado, a Administração Tributária não tem permissão para quebrar o sigilo dos meios de comunicação, exigindo dos aludidos provedores dados relativos a contribuinte, sob pena de ferir o art. 5º, XII, da Constituição Federal. No entanto, nos casos em que haja indícios substanciais de sonegação de tributos, o Poder Judiciário, mediante requisição do Fisco, poderá determinar que o sigilo dos dados e das comunicações em poder dos provedores de acesso e de hospedagem seja quebrado em favor da fiscalização tributária.

Todavia, os limites atuais da tecnologia da informação, evidenciados por Marco Aurélio Greco, impedem que a fiscalização recaia apenas sobre informações fiscalmente relevantes. Nesse sentido, a fiscalização tributária por intermédio da solicitação judicial de dados aos provedores de acesso e de hospedagem pode resultar em inconstitucional agressão à intimidade e privacidade das pessoas.

É certo que a evolução tecnológica eventualmente apresentará instrumentos capazes de identificar os dados relevantes para a Administração Tributária. No entanto, até lá, a quebra dos sigilos bancário e de cartão de crédito representa o mecanismo mais viável de fiscalização tributária do comércio eletrônico, uma vez que a Lei Complementar nº 105/2001 permite à Fazenda Pública o acesso direto a dados financeiros de contribuintes, possibilitando, assim, a identificação de fatos geradores realizados na Internet.

5. Bibliografia

AMARAL, Antônio Carlos Rodrigues do, e KAWASAKI, Sérgio. *Direito Tributário e Internet*. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Tributação na Internet*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

BRUNO, Gilberto Marques. *A rede mundial de computa-dores e a guerra fiscal brasileira na disputa pela arrecadação tributária*. Disponível na Internet: http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2336, 25.04.2002.

CASTRO, Aldemário Araújo. Os Meios Eletrônicos e a Tributação. In: REINALDO FILHO, Demócrito (coord.). *Direito da Informática – Temas Polêmicos*. São Paulo: Edipro, 2002.

DAUD, Pedro Victorio. *Incidência tributária nas operações realizadas pela Internet*. Disponível na Internet: http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp? id=1812, 24.04.2002.

GARCIA JÚNIOR, Armando. *Contratos Via Internet*. São Paulo: Aduaneiras, 2001.

GRECO, Marco Aurélio. *Internet e Direito*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2000.

HOUAISS, Antônio, e CARDIM, Ismael. *Glossário de Termos de Informática*. São Paulo: Quark do Brasil, 1996.

MELO, José Eduardo Soares de. Tributação n Internet. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Tributação na Internet*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL. *Tributação do Comércio Eletrônico*. Disponível na Internet: http://www.receita.fazenda.gov.br, 12.06.2002.

TAVARES, André Ramos. Tributação na Era da Internet. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Tributação na Internet*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ASPECTOS TRIBUTÁRIOS DOS SITES: UMA ANÁLISE À LUZ DA COMPARAÇÃO ENTRE O ESTABELECIMENTO COMERCIAL CLÁSSICO, O VIRTUAL E O MENCIONADO NA LEGISLAÇÃO FISCAL

Lucas Leonardo Feitosa Batista
(Aluno do 7º período da graduação em Direito da UFPE)

Sumário: 1. Introdução: a relevância do conceito de estabelecimento para o Direito Tributário e o impacto ocasionado pelas novas tecnologias da informação; 2. Considerações quanto ao uso de conceitos de outros ramos do Direito pelo legislador tributário; 3. Possibilidade ou não de enquadramento do *site* no conceito clássico de estabelecimento comercial; 3.1. O Estabelecimento comercial clássico; 3.2. O site; 3.3. Da possibilidade de adaptação do conceito clássico de estabelecimento comercial aos chamados "*sites* inteligentes"; 4. Possibilidade ou não de enquadramento do *site* nos conceitos de estabelecimento presentes na legislação tributária; 5. Dificuldades para a implementação prática da tributação sobre as atividades desenvolvidas no estabelecimento virtual em função da atual conjuntura legal e tecnológica; 6. Conclusão 7. Bibliografia.

1. Introdução: a relevância do conceito de estabelecimento para o Direito Tributário e o impacto ocasionado pelas novas tecnologias da informação

O Direito Tributário, para operacionalizar os seus comandos, utiliza inúmeras vezes conceitos provenientes de outros ramos da Ciência Jurídica, que, na lição de Marco Aurélio Greco[1], podem ser denominados de "conceitos de apoio". Dentre estes, um dos mais relevantes é o

[1] GRECO, Marco Aurélio. Estabelecimento Tributário e Sites na Internet. In: DE LUCCA, Newton. *Direito & Internet - Aspectos Jurídicos Relevantes*. São Paulo: EDIPRO, 2000, p. 299-314. p. 301

conceito de "estabelecimento", que aparece em diversas previsões normativas em matéria fiscal.

Assim, por exemplo, e a título ilustrativo, cabe destacar: 1 - o art. 155, § 2º, inciso IX, alínea "a", da Constituição Federal[2], quando se refere à incidência do ICMS em relação a bens importados (*"sobre a entrada de bem ou mercadoria importados do exterior por pessoa física ou jurídica, ainda que não seja contribuinte habitual do imposto, qualquer que seja a sua finalidade, assim como sobre o serviço prestado no exterior, cabendo o imposto ao Estado onde estiver situado o domicílio ou estabelecimento do destinatário da mercadoria, bem ou serviço"*); 2 - o art. 127, inciso II, do Código Tributário Nacional, ao regular o domicílio tributário (*"Na falta de eleição, pelo contribuinte ou responsável, de domicilio tributário, na forma da legislação aplicável, considera-se como tal: II – quanto às pessoas jurídicas de direito privado ou firmas individuais, o lugar de sua sede, ou, em relação aos atos ou fatos que derem origem à obrigação, o de cada estabelecimento"*); 3 - o art. 12, alínea "a", do Decreto-Lei 406/68[3], ao dispor quanto ao local da prestação do serviço para fins de incidência e cobrança do ISS de competência municipal (*"Considera-se local da prestação do serviço: a) o do estabelecimento do prestador, ou, na falta de estabelecimento, o do domicílio do prestador"*).

Das disposições normativas acima transcritas infere-se o grau de importância que a noção de "estabelecimento" possui em relação ao Direito Tributário. Ocorre que, tanto no Direito Comercial, no qual está a gênese do instituto, quanto no Direito Tributário, que adotou tal noção para operacionalizar os seus comandos, o conceito de estabelecimento comercial foi construído a partir de uma realidade bastante diversa da atual. Em outras palavras, tal conceito foi criado para reger uma realidade que desconhecia a vertiginosa evolução das tecnologias de informação e

[2] BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, 05 out. 1988. Redação determinada pela Emenda Constitucional nº 33, de 11 de dezembro de 2001. Altera os arts. 149, 155 e 177 da Constituição Federal. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, 12 dez. 2001.

[3] BRASIL. Decreto-Lei n. 406, de 31 de dezembro de 1968. Estabelece normas gerais de Direito Financeiro, aplicáveis sobre os Impostos sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Serviços de qualquer Natureza, e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, 31 dez. 1968.

de transmissão de dados ocorrida nas últimas décadas, inclusive a criação da internet.

Quanto a isso, esclarece Fábio Ulhoa Coelho, ao afirmar que, "*antes do aparecimento do comércio eletrônico, o estabelecimento empresarial era sempre físico, ou seja, a empresa se encontrava num imóvel acessível pelo consumidor. Com o comércio eletrônico, surge uma nova espécie de estabelecimento, fisicamente inacessível: o consumidor manifesta a aceitação em relação às ofertas por meio da transmissão eletrônica de dados. É o estabelecimento virtual*"[4].

Tendo em vista a relevância do conceito de estabelecimento para o Direito Tributário e o impacto ocasionado em tal instituto em razão da nova realidade engendrada pelas novas tecnologias de informação e de transmissão de dados, é mister esclarecer as seguintes questões: podem os *sites* ser enquadrados nas noções de estabelecimento encontradas no Direito Comercial e na legislação tributária? Em matéria fiscal, quais as conseqüências geradas a partir da resposta obtida na questão anterior?

Antes de iniciar o desenvolvimento das questões acima, cabe tecer algumas considerações em relação ao uso pelo legislador fiscal de conceitos provenientes de outros ramos do Direito, pois a noção de estabelecimento empresarial, cerne das questões que este texto visa a elucidar, tem a sua origem no Direito Mercantil.

2. Considerações quanto ao uso de conceitos de outros ramos do Direito pelo legislador tributário.

Embora a termo de estabelecimento empresarial tenha a sua gênese no Direito Comercial, o legislador fiscal muitas vezes o utilizou para elaborar normas tributárias. Destarte, o conceito de estabelecimento construído naquele ramo da Ciência Jurídica representa, no mínimo, um referencial em função do qual deve se guiar aquele que procura apreender o sentido e alcance das normas tributárias que contenham o mencionado termo. Entretanto, a depender do modo como o legislador fiscal tenha utilizado a expressão estabelecimento, o intérprete da lei estará mais ou

[4] COELHO, Fábio Ulhoa. Tribuna do Direito. Artigos. *O Estabelecimento Virtual e o Endereço Eletrônico*. Disponível na internet: http://www. tribunadodireito. com.br. 30.11.1999.

menos adstrito à noção existente no Direito Comercial. É justamente sobre essa maior ou menor vinculação que versará este tópico.

São basicamente duas as formas pelas quais o legislador fiscal faz uso dos conceitos provenientes de outros ramos do Direito. A primeira ocorre quando o conceito é acolhido pela legislação tributária tal como regulada e entendida no ramo de origem, imputando-se-lhe apenas conseqüências tipicamente fiscais. A segunda acontece quando o legislador tributário redefine figuras e conceitos também utilizados por outros ramos, ou seja, cria um instituto que, embora sob uma denominação semelhante à utilizada em outros ramos, possui um perfil que a própria lei tributária especifica.

Conforme assevera Marco Aurélio Greco[5], "*essa liberdade de redefinição de institutos do Direito Privado não é absoluta*", pois, em duas situações a lei tributária não poderá dar perfis no campo tributário que sejam diferentes dos oriundos do Direito Privado.

A primeira é a prevista no art. 110 do Código Tributário Nacional, qual seja, a hipótese em que a própria Constituição utiliza conceitos de Direito Privado para definir competências impositivas. O motivo dessa primeira vedação é esclarecido por Hugo de Brito Machado[6]: *"A razão é simples. Se a Constituição referiu-se a um instituto, conceito ou forma de Direito Privado para definir ou limitar competências tributárias, obviamente esse elemento não pode ser alterado pela lei (...) Admitir-se que o legislador pudesse modificá-lo seria permitir ao legislador alterar a própria Constituição Federal, modificando as competências tributárias ali definidas."*

A segunda tem fulcro na disposição do art. 146, III, alíneas "a" e "b", da Constituição Federal de 1988, que prevê o cabimento de normas gerais em matéria tributária, mormente sobre definição de fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes, obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência, sem prejuízo de outras matérias que se incluam no conceito de norma geral. As normas gerais têm como uma de suas principais funções atuar como mecanismos estruturantes do sistema tributário, definindo o relacionamento básico que se instaura entre os vários elementos que o integram. Neste campo, a lei complementar irá

[5] GRECO, Marco Aurélio. Estabelecimento Tributário e Sites na Internet. In: DE LUCCA, Newton. *Direito & Internet - Aspectos Jurídicos Relevantes*. São Paulo: EDIPRO, 2000, p. 299-314. p. 300

[6] MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 13.ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

veicular disciplina sobre diversas matéria, podendo para tanto utilizar conceitos consagrados em outros campos do ordenamento jurídico positivo. Desse modo, nos casos em que os conceitos de Direito privado forem utilizados na prescrição de normas gerais em matéria tributária, também não poderão ser alterados em seu alcance e conteúdo pela lei tributária de cada entidade, pois, se isto ocorrer, haverá invasão de competência sobre a matéria reservada à lei complementar.

Destarte, o legislador e o intérprete das normas tributárias pode estar adstrito ou não ao conceito de estabelecimento proveniente do Direito Privado. Se ocorrer ao menos uma das duas situações expostas acima, o legislador e o intérprete estarão vinculados à noção de Direito privado e não poderão redefinir o estabelecimento para fins tributários. Do contrário, ou seja, não ocorrendo quaisquer das duas situações explicitadas, poderão o legislador e o intérprete redefinir estabelecimento para fins tributários.

Logo, para se determinar os aspectos tributários dos *sites* e a possibilidade ou não de serem eles reputados de estabelecimento, é mister confrontá-los com dois institutos distintos: 1 - Com o estabelecimento comercial clássico disciplinado pelo Direito Privado, nas hipóteses em que ocorrerem quaisquer das duas vedações à liberdade de redefinição do legislador; 2 - Com o estabelecimento delineado pelo legislador tributário, nos casos em que este o tenha redefinido.

Far-se-á primeiramente a confrontação do *site* com o estabelecimento comercial clássico e, logo em seguida, a comparação com as noções de estabelecimento presentes na legislação tributária, ocasiões em que os debates serão ilustrados por algumas normas tributárias nas quais seja utilizado o termo estabelecimento.

3. Possibilidade ou não de enquadramento do *site* no conceito clássico de estabelecimento comercial

A verificação da possibilidade ou não de se enquadrar o site no conceito de estabelecimento comercial clássico requer algumas considerações prévias acerca deste conceito de Direito Privado e sobre a funcionalidade dos sites, a fim de que se reúnam os elementos necessários à instauração do debate.

3.1. O Estabelecimento comercial clássico

Quanto ao estabelecimento comercial clássico, descabe reproduzir aqui, em virtude do curto espaço de que dispõe este texto, as inúmeras controvérsias referentes à determinação da sua natureza jurídica. Ademais, a grande discussão que paira sobre este assunto pouco ajudaria a elucidar a questão abordada neste tópico, pois é suficiente a exposição do conceito, dos elementos e dos atributos do estabelecimento comercial clássico para se verificar se os *sites* podem ou não ser havidos como tal.

Fábio Ulhoa Coelho[7] apresenta um conceito sintético, mas bastante útil, de estabelecimento comercial. Segundo ele, "*o conjunto de bens reunidos pelo comerciante para o desenvolvimento de sua atividade comercial é o estabelecimento comercial. Abrange tanto os bens materiais ou corpóreos, como o estoque de mercadorias, mobiliário etc., quanto os imateriais ou incorpóreos, assim entendidos o ponto comercial, as marcas, tecnologias etc.. Trata-se de elemento do patrimônio do empresário e não se confunde com este, que é o sujeito de direito (pessoa física ou jurídica), nem com a atividade econômica explorada, a empresa*".

Assim, estabelecimento comercial é a reunião dos bens necessários ao desenvolvimento da atividade comercial. Quando o comerciante reúne bens de variada natureza como as mercadorias, máquinas, instalações, tecnologia, prédio etc., em função do exercício de uma atividade, ele agrega a este conjunto de bens uma organização racional que importará em um momento do seu valor enquanto continuarem reunidos.

Devido à intangibilidade dessa organização racional que o comerciante introduz na utilização dos bens integrantes do estabelecimento comercial, e tendo em vista que ela tem um valor de mercado, o direito necessitou desenvolver um mecanismo para tutela deste *plus* e do valor que ele representa para o comerciante. Eis que surgiu o conceito de estabelecimento comercial.

---

[7] COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 59

Com base no exame da doutrina e das várias legislações, o Prof. Oscar Barreto Filho[8] alinhou as principais características do estabelecimento comercial.

> *"1 - É um complexo de bens corpóreos e incorpóreos, que constituem os instrumentos de trabalho do comerciante, no exercício de sua atividade produtiva.*
> *2 - Não se configura como complexo de relações jurídicas do comerciante no exercício do comércio e não constitui um patrimônio comercial distinto do patrimônio civil.*
> *3 - É uma reunião de bens ligados por uma destinação unitária que lhe é dada pela vontade do comerciante.*
> *4 - Apresenta um caráter instrumental em relação à atividade econômica exercida pelo comerciante."*

Além dos seus elementos (bens corpóreos e incorpóreos), o estabelecimento comercial ainda possui alguns atributos, quais sejam: o aviamento e a clientela. "Aviamento é aptidão do estabelecimento para conseguir a sua finalidade de lucro"[9]. É resultante da boa reputação conquistada pelo empresário, da qualidade dos produtos ou serviços, da feliz localização do empreendimento. Representa o fruto de uma série de habilidades, experiência, diligência do empresário e de seus colaboradores. "A clientela é o fluxo, a corrente de adquirentes de bens ou serviços do estabelecimento"[10], pois é óbvio que quanto maior a demanda dirigida a um determinado estabelecimento, tanto mais aumenta o seu valor. Advirta-se, porém, que a clientela não é objeto de direito.

3.2. *O site*

Após as considerações feitas acerca do estabelecimento comercial clássico, cabe agora analisar a estrutura e funcionalidade dos *sites*, para que se possa, enfim, verificar se estes últimos podem ser enquadrados na estrutura jurídica daquele.

---

[8] FILHO,Oscar Barreto. *Teoria do Estabelecimento Comercial*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 75
[9] Idem. Ibidem. p. 169
[10] Idem. Ibidem. p. 178

O *site* em si mesmo considerado "corresponde a um conjunto de instruções dirigidas à máquina para que ela realize tarefas orientadas segundo determinada seqüência". Estas instruções indicam, por exemplo, que a máquina deve copiar determinada imagem que se encontra em determinado local e projetá-la em determinada posição da tela do usuário a certa distância de outra imagem e assim por diante. Sob essa ótica, o - *site*, intrinsecamente, assemelha-se ao *software* (bem incorpóreo).

Embora haja este componente intrínseco invariável (conjunto de instruções dirigidas à máquina para que ela realize determinada atividade), a estrutura e a funcionalidade do *site* não é de fácil determinação, pois além de representarem uma novidade, mudam de feição numa velocidade tão vertiginosa quanto a dos avanços das tecnologias de informação e transmissão de dados. Não bastasse isso, os *sites* apresentam estruturas e funcionalidades das mais variadas, o que torna difícil, ou até mesmo impossível, dispensar-lhes um tratamento único.

Marco Aurélio Greco, aponta os três principais tipos de *sites*, tendo em vista a maneira como operam, sem que se pretenda - como ele próprio adverte – esgotar as possibilidades técnicas de sua estruturação. São eles:

> *"1 - Meramente passivos – no sentido de que se limitam a mostrar uma determinada mensagem sobre alguém, sobre um produto, um local ou um serviço. Nesta hipótese, tem-se algo semelhante a outros veículos de divulgação existentes no plano físico.*
>
> *2 – Canalizadores de mensagens – não se limitam a apresentar mensagens, como os anteriores, mas admitem também receber pedidos pelos interessados na compra de determinados bens ou na fruição de determinados serviços neles, ou através deles oferecidos. Esta hipótese se assemelha a uma caixa de correspondências que recebe pedidos e solicitações.*
>
> *3 – Inteligentes – assim entendidos aqueles que além de receber pedidos ou correspondências dos interessados, têm condição de realizar operações mais complexas, que instauram uma relação de interação com um internauta, chegando até a*

responder ao interessado, confirmando o recebimento do pedido, verificar a disponibilidade do fornecimento da mercadoria, emitir a ordem de entrega, informar o prazo previsto para a entrega, receber o pagamento mediante o uso de cartão de crédito ou emitir o documento bancário para pagamento.Ou, tratando-se de bens virtuais (como softwares, bancos de dados, informações etc.), o site já contém facilidades que permitem o seu respectivo download ou acesso pelo usuário."

3.3. Da possibilidade de adaptação do conceito clássico de estabelecimento comercial aos chamados "sites inteligentes"

A partir noções propedêuticas acerca do estabelecimento comercial clássico e sobre os *sites*, foi delineado o substrato teórico indispensável ao equacionamento da questão suscitada neste tópico, qual seja: a possibilidade ou não de enquadramento do *site* no conceito clássico de estabelecimento.

Da análise e confrontação das considerações acima expostas advém a conclusão de que há possibilidade de adaptação do conceito clássico de estabelecimento aos denominados "*sites* inteligentes". De fato, embora os *sites* "meramente passivos" e os "canalizadores de mensagem" careçam de elementos que autorizem a sua equiparação ao estabelecimento comercial clássico, os ditos *sites* inteligentes, por outro lado, apresentam estrutura e funcionalidade que permitem tal adaptação de conceito.

Conforme leciona Marco Aurélio Greco[11], *"a complexidade e riqueza de atividades que podem ser realizadas pelos sites inteligentes, de modo a reunir um conjunto de características que apontam, se não de forma absolutamente inequívoca, que, em certa medida, podem estar desempenhando funções que, se realizadas no mundo físico de uma loja tradicional, podem ser consideradas como configuradoras de um "estabelecimento comercial. O site acaba por funcionar como um ambiente escolhido pelas partes para operacionalizar certas transações,*

[11] GRECO, Marco Aurélio. Estabelecimento Tributário e Sites na Internet. In: DE LUCCA, Newton. *Direito & Internet - Aspectos Jurídicos Relevantes*. São Paulo: EDIPRO, 2000, p. 299-314. p. 304

prestar determinados serviços ou viabilizar o fornecimento de determinados bens na própria rede virtual (se forem bens virtuais) ou através dela (se bens tangíveis tradicionais)".

Note-se, também, que o *site* inteligente atende as características principais do estabelecimento enumeradas por Oscar Barreto Filho e mencionadas no item 3.1, quais sejam: 1. É um complexo de bens corpóreos (maquinário que disponibiliza o *site*) e incorpóreos (marca, tecnologia, *softwares)*, que constituem os instrumentos de trabalho do comerciante (titular do *site*), no exercício de sua atividade produtiva;. 2. Não se confunde com a noção de patrimônio; 3. Possui uma destinação específica dada pelo comerciante (titular do *site*); 4. Apresenta um caráter instrumental em relação à atividade econômica exercida pelo comerciante. Ademais, a imprensa tem registrado a aquisição de *sites* e a transferência de nomes de domínio, cujos valores são determinados a partir dos mesmos mecanismos e referenciais (aviamento e clientela, por exemplo) utilizados pelo estabelecimento comercial clássico.

O único empecilho teórico seria a falta de um lugar físico, mas tal óbice é afastado por Fábio Ulhoa Coelho[12], que afirma: "*A distinção entre o estabelecimento físico e o virtual depende do meio de acesso dos consumidores e adquirentes interessados nos produtos, serviços ou virtualidades que o empresário oferece ao mercado. Se o acesso é feito pelo deslocamento destes no espaço até o imóvel em que se encontra instalada a empresa, o estabelecimento é físico; se acessado por via eletrônica de transmissão de dados, é virtual. Note que o comércio eletrônico não torna obsoleto o conceito de estabelecimento: também o empresário que deseja operar exclusivamente no ambiente virtual reúne bens tangíveis e intangíveis indispensáveis à exploração da atividade econômica. A livraria eletrônica deve ter livros em estoque, equipamentos apropriados à transmissão e recepção de dados e imagens, marca, Know-how etc. A imaterialidade ínsita ao estabelecimento virtual não se refere aos bens componentes (que são materiais ou não, como em qualquer estabelecimento), mas à acessibilidade".*

O entendimento ora exposto de que o dito "*site* inteligente" - pode ser considerado um estabelecimento virtual repercute no Direito Tributário, pois, a partir desse posicionamento, toda norma tributária em

[12] COELHO, Fábio Ulhoa. Tribuna do Direito. Artigos. *O Estabelecimento Virtual e o Endereço Eletrônico.* Disponível na internet: http://www. tribunadodireito. com.br. 30.11.1999.

que o legislador tenha ficado adstrito à noção de estabelecimento proveniente do Direito Privado, será também aplicável aos "*sites* inteligentes", abrindo novas possibilidades de tributação. Como exemplo desse tipo de norma, em que o legislador ficou adstrito à noção clássica de estabelecimento, tem-se o art. 155, § 2º, inciso IX, alínea "a", da Constituição Federal, o art. 127, II do Código Tributário Nacional e o art. 12, alínea "a", do Decreto-Lei 406/68, já transcritos na introdução deste texto.

4. Possibilidade ou não de enquadramento do *site* nos conceitos de estabelecimento presentes na legislação tributária

Salvo as vedações do art. 110 do Código Tributário Nacional e do art. 146, III, alíneas "a" e "b", da Constituição Federal de 1988, expostas no tópico 2 deste texto, pode o legislador fiscal redefinir o termo estabelecimento para fins tributários

São dois os conceitos de estabelecimento para fins tributários formulados pelo legislador. O primeiro é o prescrito pelo art. 392, III do Regulamento do IPI, segundo o qual estabelecimento "diz respeito ao prédio em que são exercidas atividades geradoras de obrigação". Neste caso, não há dúvidas de que o *site* não se ajusta a esse conceito, pois jamais se enquadraria na noção de imóvel edificado que compõe o cerne conceito acima. O segundo é aquele presente no art. 11, § 3º da Lei Complementar 87, de 1996, que dispõe: "*Para efeito desta Lei Complementar, estabelecimento é o local, privado ou público, edificado ou não, próprio ou de terceiro, onde pessoas físicas ou jurídicas exerçam suas atividades em caráter temporário ou permanente, bem como onde se encontrem armazenadas mercadorias.*"

O núcleo deste segundo conceito de estabelecimento fornecido pela legislação tributária é o termo local, sem dúvida mais amplo do que edifício e do que lugar físico, de modo a permitir o seu ajuste ao "*site* inteligente". Com efeito, não se pode negar que o *site* configura um "local", ainda que virtual, em que são realizadas determinadas condutas. Claro que estas condutas têm também um referencial físico relativo à pessoa que as realiza e as respectivas coordenadas físico-territoriais em que se encontra. Porém, também não se pode negar que o "*site* inteligente", em si mesmo, pode ser considerado um local dentro de um contexto mais amplo, que é a rede como um todo. É nesse local (inteligente) que as pessoas irão exercer uma atividade econômica,

profissional ou empresarial. Aliás, há *sites* na internet que se vangloriam de ser exclusivamente virtuais, deixando claro que não existe uma loja física à qual o cliente possa se dirigir e que sua existência se dá apenas no ambiente da Rede. Também não se pode negar que, nos "*sites* inteligentes", estão configuradas as providências e etapas que compõem a fusão de vontades que é o negócio jurídico que é fato gerador do ICMS.

Portanto, se o conceito de estabelecimento presente no art. 11, § 3° da Lei Complementar 87, de 1996 é capaz de englobar os "*sites* inteligentes", estes últimos podem ser considerados como tal para efeito de cobrança do ICMS.

5. Dificuldades para a implementação prática da tributação sobre as atividades desenvolvidas no estabelecimento virtual em função da atual conjuntura legal e tecnológica

De acordo com o que se expôs até então, a conclusão a que se chegou, a partir da confrontação do conceito clássico de estabelecimento comercial e dos conceitos de estabelecimento formulados pela legislação tributária com os modos de estruturação e funcionamento dos diversos tipos de *site*, é a de que alguns deles, os ditos "*sites* inteligentes", são abarcados pelo conceito clássico de estabelecimento comercial e pelo conceito de estabelecimento fornecido pela legislação tributária para fins de cobrança do ICMS.

Se, como exposto acima, a discussão teórico-conceitual aponta em favor da tributação das atividades desenvolvidas no estabelecimento virtual, a análise da atual conjuntura legal e tecnológica demonstra as dificuldades, inconveniências ou até mesmo a impossibilidade (ao menos imediata) de se implementar na prática essa nova faceta da tributação.

Para atestar a veracidade dessa assertiva, far-se-á a partir daqui uma breve exposição de alguns dos principais problemas que afligem o efetivo empreendimento da tributação sobre as atividades desenvolvidas no estabelecimento virtual.

Para se demonstrar alguns desses problemas, é necessário esclarecer que o comércio eletrônico realizado no e pelo *site* pode ocorrer de duas formas, a depender da tangibilidade ou intangibilidade dos bens negociados. Quando a operação ocorre exclusivamente por meios eletrônicos e os bens envolvidos nessa operação são intangíveis (*softwares*, músicas, utilidades etc.), diz-se que há comércio eletrônico direto. Quando há um desdobramento físico da operação (ex: bem

negociado no *site*, mas entregue pelos correios) e esta envolve bens tangíveis, diz-se que há comércio eletrônico indireto.

Tendo em vista essa bipartição do comércio eletrônico, o primeiro problema que se pode apontar é o da identificação e fiscalização dos eventuais fatos geradores de obrigação tributária nos casos de comércio eletrônico direto.

No comércio eletrônico indireto, o desdobramento físico da operação afasta esse problema, pois a fiscalização ocorrerá como na tributação convencional. Já no comércio eletrônico direto realizado no e pelo *site*, a identificação e a fiscalização dos fatos geradores enfrenta, entre outras, duas grandes dificuldades. A primeira delas se refere à atual insuficiência dos aparatos tecnológicos para a identificação e fiscalização, em nível satisfatório, dessa nova faceta da tributação. Outra diz respeito à ausência de normas específicas sobre os poderes de fiscalização do Fisco na internet, pois tais poderes, embora estejam genericamente consagrados na segunda parte do art. 145, §1° da Constituição Federal de 1988, reclamam leis específicas a respeito, a fim de que haja o correto equacionamento entre o interesse público e os direitos individuais.

Por sua vez, a extrema dificuldade de tributação do comércio eletrônico direto, ocasionada pela ausência de condições tecnológicas e legais satisfatórias para sua efetiva fiscalização, tornou duvidosa a utilidade e a conveniência da noção de estabelecimento virtual. De fato, a grande utilidade deste conceito é a de abrir caminho para a tributação sobre o comércio eletrônico direto. Verificada a dificuldade - ou até mesmo impossibilidade, ainda que imediata - dessa nova forma de tributação, a noção de estabelecimento virtual tem sua importância esvaziada, pois a tributação do comércio eletrônico indireto não depende necessariamente desse conceito. Isto porque, nos casos de comércio eletrônico indireto, nada impede que o *site* seja visto como uma simples extensão do estabelecimento do seu titular.

Ademais, a idéia de um estabelecimento integral-mente virtual acaba esbarrando na própria forma de alimentação daquele *site*. Se por um lado ele funciona e existe no mundo virtual devidamente nominado através de seu endereço eletrônico, não é menos verdade que a sua existência está condicionada aos atos de gestão e administração de seus gerentes, controladores e/ou diretores, que deverão, no mundo físico, organizarem-se para a atividade empresarial em ambiente de internet.

Por fim, outro problema relativo à implementação prática da tributação sobre as atividades desenvolvidas no estabelecimento virtual é

o conflito de competências tributárias ocasionado pela dificuldade existente em se determinar qual a localização do *site*. Isto ocorre porque, em muitas vezes o titular do *site* pode ser uma determinada pessoa; o titular do equipamento em que ele está hospedado ser outra e o fornecedor do conteúdo nele veiculado, uma terceira pessoa. Suponha-se que sejam três pessoas jurídicas, cada uma delas com sede social em local distinto.

Suponha-se ainda que o conteúdo do *site* se caracterize como uma diversão pública (por exemplo, piadas fornecidas pelo provedor de conteúdo) a que os usuários somente podem ter acesso mediante pagamento. Neste caso, admita-se que esteja sendo prestado o serviço de diversões públicas que, nos termos da Lista Anexa da Lei Complementar nº 56/87, é tributável pelo ISS de competência municipal. Daí pergunta-se, quem é o prestador do serviço? O titular do do *site*, pois neste é que as piadas se encontram, embora ele não seja o fornecedor do respectivo conteúdo? O fornecedor do conteúdo, que é quem promove a diversão, embora não seja titular do *site* nem do equipamento está hospedado? Ou o hospedeiro, pois no seu equipamento é que está fisicamente tanto o *site* como o respectivo conteúdo.

Essas perguntas são de difícil equacionamento e servem para exemplificar, juntamente com os demais problemas apontados neste tópico, a extrema dificuldade existente para que se consiga implementar, na prática, as novas possibilidades de tributação ensejadas pela possibilidade de enquadramento dos chamados "*sites* inteligentes" no conceito clássico de estabelecimento comercial e no conceito de estabelecimento formulado pela legislação tributária para fins de incidência do ICMS.

6. Conclusão

A utilização do conceito de estabelecimento pela legislação tributária para operacionalizar os seus comandos e a necessidade de se fazer uma releitura e uma adaptação dos conceitos jurídicos clássicos à nova realidade delineada pelo notável incremento das tecnologias de informação e transmissão de dados tornaram necessário o equacionamento da questão da possibilidade ou não de o *site* ser considerado estabelecimento para fins tributários. Daí o porquê de a breve análise ora apresentada quanto aos aspectos tributários do *site* ter tomado como linha-mestra a confrontação deste com o conceito clássico

de estabelecimento comercial e com os conceitos de estabelecimento elaborados pelo legislador tributário.

Cumpre advertir que, diante dessa confrontação dos antigos institutos jurídicos com essas novas realidades, duas posturas devem ser evitadas: uma é repelir a aplicação dos conceitos que foram construídos no âmbito do Direito como se eles fossem absolutamente inadequados. A outra postura igualmente simplista é pretender que os conceitos construídos a partir de um mundo material são automaticamente transplantáveis para o âmbito da internet. Assim como existem conceitos, institutos, figuras e normas que podem ter aplicação no mundo virtual, também é fato que este apresenta características totalmente novas, que não são captadas pelas normas e conceitos já existentes.

Foi exatamente em razão dessa impossibilidade de transplante automático de normas e conceitos que as conclusões a que se chegou a partir da análise teórico-conceitual e a partir do levantamento de problemas práticos de implementação resultaram distintas. É que, no plano empírico, as peculiaridades e especificidades vêm à tona.

Isso não significa, contudo, que as conclusões da análise teórico-conceitual empreendida estejam erradas. Significa apenas que a utilização da noção de estabelecimento virtual requer uma atualização legislativa e um desenvolvimento tecnológico de aparatos de fiscalização que complementem esse transplante de conceitos.

De fato, não há impedimentos teórico-conceituais ao enquadramento dos *sites* na noção clássica de estabelecimento nem no conceito de estabelecimento elaborado pelo legislador tributário para fins de cobrança do ICMS. O que há é a necessidade de que essa adaptação seja acompanhada pelo seu devido complemento, a fim de que possam ser absorvidas pelos conceitos já existentes as peculiaridades e especificidades inerentes à nova realidade que se pretende reger.

Destarte, mesmo que a atual conjuntura legal e tecnológica aponte para a inviabilidade de utilização da noção de estabelecimento virtual para fins tributários, as argumentações teóricas formuladas neste texto não perdem valor, pois não se pode desconsiderar que, no futuro, a evolução conduza no sentido de que o *site* configure um verdadeiro estabelecimento autônomo, já que ele possui características que o permitem vir a ser considerado como tal.

7. Bibliografia

BARRETO FILHO,Oscar. *Teoria do Estabelecimento Comercial*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 1988

_____. Tribuna do Direito. Artigos. *O Estabelecimento Virtual e o Endereço Eletrônico*. Disponível na internet: http://www. tribunadodireito. com.br. 30.11.1999.

GRECO, Marco Aurélio. *Internet e Direito*. 2.ed. São Paulo: Dialética, 2000.

_____. Estabelecimento Tributário e Sites na Internet. In: DE LUCCA, Newton. *Direito & Internet - Aspectos Jurídicos Relevantes*. São Paulo: EDIPRO, 2000.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 13.ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

LEI Nº 8.072 DE 1990 (LEI DOS CRIMES HEDIONDOS): QUESTÕES POLÊMICAS ACERCA DE SUA APLICABILIDADE

José Ricardo do Nascimento Varejão
(Aluno do 6º período da Graduação em Direito da UFPE; Monitor de Direito Penal 4)

Sumário: 1. Introdução; 2. O art. 9º da Lei dos Crimes Hediondos: sua parcial inconstitucionalidade; 3. Problemática acerca da revogação do art. 14 da Lei nº 6.368/76 pelo art. 8º da Lei nº 8.072/90; 4. Art. 263 da Lei nº 8.069/90 x arts. 6º e 9º da Lei nº 8.072/90: discussão superada; 5. Conclusões; 6. Bibliografia.

1. Introdução

Diariamente somos testemunhas de vários delitos. Todavia, há alguns crimes que extrapolam tão bruscamente o sentido médio da moral e do pudor públicos que nos criam uma ânsia por castigos mais severos ao infrator.

Tendo em vista esse sentimento de inconformismo populacional e tentando diminuir o cometimento de determinados crimes, tidos como mais ofensivos e repudiáveis frente aos demais dentro de uma sociedade institucionalmente organizada, é que o legislador, no dia 25 de julho de 1990, promulgou a Lei nº 8.072 que veio a enumerar, entretanto sem definir, os crimes mais graves dentro do ordenamento jurídico brasileiro, cominando-lhes novas penas e majorando outras, com o fim de inibir o delinqüente a praticá-los.

Não obstante a necessidade presente de maior represália aos crimes hediondos (que são aqueles única e exclusivamente contidos na

Lei nº 8.072/90)[1], o diploma legal criado foi alvo, e ainda o é, de várias críticas acerca de sua real aplicabilidade. Isto porque o legislador não teve o cuidado de elaborar uma lei observando sistematicamente o ordenamento jurídico federal, principalmente nossa Carta Magna, fonte e suporte do Direito Brasileiro, e o próprio Código Penal, em seus princípios e previsões.

Por tais motivos, fala-se até da inconstitucionalidade, e conseqüente inaplicabilidade, de alguns de seus artigos por confrontarem princípios dogmaticamente árduos de serem construídos e altamente respeitados, tamanha sua utilidade na preservação dos direitos e garantias individuais.

No presente trabalho analisarem os pontos controvertidos da Lei nº 8.072/90, os quais alteram de maneira a tornar mais gravoso o sistema penal até então vigente, principalmente seus arts. 8º e 9º, os mais observados pela doutrina e jurisprudência e, em decorrência, mais atingidos pelas críticas.

2. O art. 9º da Lei dos Crimes Hediondos: sua parcial inconstitucionalidade

Prevê o art. 9º da Lei nº 8.072/90: "as penas fixadas no art. 6º para os crimes capitulados nos artigos 157, § 3º, 158, § 2º, 159, *caput* e seus §§ 1º, 2º e 3º, 213, *caput*, e sua combinação com o artigo 223, *caput* e parágrafo único, 214 e sua combinação com o artigo 223, *caput* e parágrafo único, todos do Código Penal, são acrescidas da metade, respeitado o limite superior de trinta anos de reclusão, *estando a vítima em qualquer das hipóteses referidas no artigo 224 também do Código Penal*" (grifo nosso). O artigo 224 do Código Penal, por seu turno, trata das hipóteses de presunção de violência em relação aos crimes sexuais, quais sejam, ser a vítima menor de quatorze anos; ser alienada ou débil mental, desde que o agente conheça essa circunstância; ou não puder, por qualquer outra razão, opor resistência.

Dividiremos os tipos penais discriminados no art. 9º em dois grupos - crimes contra o patrimônio (roubo qualificado pelo resultado, extorsão qualificada pelo resultado e extorsão mediante seqüestro, e seus

[1] MONTEIRO. Antônio Lopes. *Crimes hediondos*. 7. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2002, p. 16.

gravames) e crimes contra os costumes (estupro e suas formas qualificadas e atentado violento ao pudor e suas formas qualificadas) - tentando, deste modo, possibilitar melhor entendimento acerca das críticas que se formam sobre esta previsão normativa contida na Lei dos Crimes Hediondos.

No primeiro grupo observamos que, ao se aplicar a majorante descrita no art. 9º da Lei nº 8.072/90 a alguns tipos nela previstos, tais como o latrocínio (art. 157, §3º, *in fine*), extorsão com resultado morte (art. 158, §2º) e extorsão mediante seqüestro com resultado morte (art. 159, § 3º), haverá uma equiparação entre os limites mínimo e máximo da pena em trinta anos de reclusão, impossibilitando a perfeita individualização da sanção penal pelo juiz[2], o que afronta à Constituição Federal.

Com efeito, o art. 5º, XLVI, da Carta Magna inclui entre os direitos e garantias fundamentais em matéria penal o *princípio da individualização da pena*[3].

Leciona Cezar Roberto Bitencourt que a individualização da pena ocorre em três momentos distintos: *individualização legislativa* – processo através do qual são selecionados os fatos puníveis e cominadas as sanções respectivas; *individualização judicial* – elaborada pelo juiz na sentença, concretizando a individualização legislativa que cominou as sanções penais e, finalmente, *individualização executória*, que ocorre no momento mesmo do cumprimento da pena[4]. A individualização judicial, necessária à efetivação do princípio constitucional previsto no art. 5º, XLVI, da Carta Suprema, depende da fixação dos limites mínimo e máximo da pena pelo Poder Legislativo ao criar as normas penais em seu processo de individualização legislativa. Limites são necessários, mas não a imposição de *quantum* determinado. Afirma Aníbal Bruno, com toda sua maestria, que "no Direito Penal moderno, a medida punitiva não é determinada na Lei de maneira absoluta. O que se oferece ao juiz não é uma sanção rígida e invariável a aplicar, como réplica constante, à realização de cada figura típica. Nem determinação absoluta nem

[2] FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos*. 4. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: RT, 2000, p.300.
[3] Idem, p. 301.
[4] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal: parte geral*. 5. ed. - São Paulo: RT, 1994, p. 577.

absoluta indeterminação", continua o grande mestre afirmando que "a pena absolutamente determinada impediria o seu ajustamento, pelo juiz, ao fato e ao agente, na realidade do caso concreto"[5]. A imposição pelo legislador de uma pena fixa a um tipo de delito poderia nos levar ao absurdo de punir igualmente um criminoso habituado à prática de estupros e um delinqüente eventual, que praticou o delito levado pelo comportamento da vítima. Representaria um retrocesso à Idade Média, onde se adotou a pena fixa como "mal justo" na exata medida do "mal injusto" praticado pelo delinqüente[6]. Como poderia o juiz, utilizando-se do art. 59 do Código Penal, através das circunstâncias judiciais, mensurar a pena mais justa ao sujeito ativo, de acordo com cada caso concreto, observando sua culpabilidade, os motivos determinantes, conduta social, conseqüências do delito e até mesmo o comportamento da vítima se a pena for fixada em medida certa? Impossível seria efetivar-se o princípio constitucional da individualização da pena. Delinqüentes por estado e ocasionais seriam sancionados indiferentemente.

Prática legislativa que impede o exercício judicial de adequação do *quantum* penal ao agente de acordo com cada caso concreto fere o princípio da individualização da pena previsto na Constituição, além de afrontar o moderno Direito Penal da Culpabilidade, o qual preleciona, como uma das funções da pena, a retribuição do mal causado pelo infrator através de uma sanção ajustada à sua culpabilidade, e não previamente determinada pelo legislador.

Como afirma Alberto Silva Franco, "se a Constituição Federal, nesse capítulo (Dos direitos e deveres individuais e coletivos, principalmente o art. 5º), consagrou o princípio da individualização da pena, não terá o legislador ordinário possibilidade de tangenciá-lo, estruturando uma lei que não deixe ao juiz nenhum espaço para o processo individualizador da pena. O princípio constitucional é, portanto, flagrantemente lesionado quando o mínimo e máximo punitivos são eqüipolentes"[7]. Poderia-se ainda afirmar, com total propriedade, que a equiparação entre mínimo e máximo das penas viola, outrossim, o princípio da isonomia, na medida que dá tratamento punitivo igual a

[5] BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral. Tomo III : pena e medida de segurança.* 4. ed. - Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 102.
[6] BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit. P. 576.
[7] FRANCO, Alberto Silva. Op. cit. P. 302.

agentes que, eventualmente, podem estar em situações jurídicas e sociais diversas.

De qualquer forma, resta indubitável que para estes delitos onde os limites mínimo e máximo da pena se equiparam, há uma inconstitucionalidade patente, sendo, por isso, inaplicável o art. 9° da Lei n° 8.072/90.

Com relação ao segundo grupo (crimes contra os costumes ou crimes sexuais), a questão que se propõe é diversa, uma vez que não há caso em que exista equiparação entre os limites da pena. Aqui o que se averigua é a inaplicabilidade do art. 9° da Lei n° 8.072/90 por ofensa ao princípio *ne bis in idem in idem*, ou dupla valoração fática.

Propõe o art. 9° do diploma legal em debate, como visto, que haja um acréscimo de cinqüenta por cento da pena caso o delito seja cometido *estando a vítima em qualquer das hipóteses referidas no artigo 224 do Código Penal*. Ocorre que, para configuração dos delitos de estupro ou atentado violento ao pudor, deve ocorrer o uso de violência ou grave ameaça pelo agente contra a vítima. Tal necessidade advém do fato de ser essa circunstância elementar dos tipos em questão. Porém, como bem afirma Noronha, há casos em que a violência real não se torna necessária, pela existência de circunstâncias que a dispensam, dada a impossibilidade de o ofendido opor-se à ação do agente[8]. Estando o sujeito passivo em qualquer das condições previstas no art. 224 do Código Penal, a lei dispensa a existência da violência real, presumindo-se sua utilização, por não ter a vítima maturidade suficiente para entender o caráter do ato que com ela está a ser praticado (casos das alíneas "a" – vítima menor de catorze anos, e "b" – vítima alienada ou débil mental) ou apre-sentando tal maturidade, não poder, no momento da ação delituosa, comportar-se de acordo com tal entendimento (caso da alínea "c" – a vítima não pode, por qualquer outra razão, por resistência ao ato).

Nestes casos, onde não existiu realmente o uso da força física ou grave ameaça para a prática do crime sexual, ocorre o que se chama de violência ficta, ou seja, uma presunção de violência, para se possibilitar a tipificação da conduta do agente em um dos delitos que dela necessite para ser aplicado. Porém, sendo a violência elementar dos crimes sexuais em tela, a utilização de uma circunstância prevista no art. 224 do Código

[8] NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*. vol. 3, 23. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 1998, p. 182.

Penal com o fim de dar nascedouro à violência ficta que tipificaria a conduta do ofensor, bloquearia a incidência da majorante prevista no art. 9º da Lei dos Crimes Hediondos. Isto porque o referido artigo requer que *esteja a vítima em qualquer das hipóteses do art. 224 do Código Penal* para que se possa aplicar o gravame. Mas, se uma dessas circunstâncias for valorada para possibilitar o enquadramento da conduta no tipo de estupro, por exemplo, não poderá ela ser novamente valorada para majorar a pena, melhor explicando, ocorrendo a violência ficta para tipificação da conduta delituosa não poderá a circunstância da qual se fez presumir a violência ser novamente valorada com o escopo de aumentar a pena do agente, pois haveria flagrante *bis in idem*, isto é, o agressor seria duplamente prejudicado em face da mesma circunstância, que serviria para tipificar sua conduta ao crime sexual e majorar sua pena na metade. Como afirma Bustos Ramirez, um único e mesmo pressuposto não pode dar lugar a mais de uma pena ou modificação dela[9]. Adotaria a Lei dos Crimes Hediondos como causa de aumento de pena fato considerado como elemento constitutivo de tipos básicos ou qualificados[10].

O princípio *nullum crimen, nulla poena sine lege stricta* constitui um limitador formal tanto da atividade legislativa quanto da atividade judicial, visto que, enquanto a proibição está adstrita à existência de um diploma legal formal, a repressão, ademais, está condicionada à *aplicação restritiva do direito*[11]. Corrobora-se a impossibilidade de dupla valoração de um mesmo fato em prejuízo do réu. Este princípio levou Alberto Silva Franco a afirmar que "embora a redação dada ao princípio da legalidade (art. 5º, XXXIX) não aclare todos os seus efeitos, é fora de dúvida que o princípio *ne bis in idem* é um de seus corolários[12], já que, como a lei deve ser estrita, não se pode utilizar uma mesma circunstância para impor pena mais rígida. Completa

---

[9] BUSTOS RAMIREZ, Juan. *Manual de derecho penal español: parte general* - Barcelona: Ariel, 1984, p. 77.

[10] TJSP – AC 112.456-3/6 – Voto vencido: Luiz Betanho *in* FRANCO, Alberto Silva *et alli. Código Penal e sua interpretação jurisprudencial. vol 1, tomo II: parte especial.* 6. ed. rev. e atual. – São Paulo: RT, 1997, p. 2.936.

[11] SCHIMIDT, Andrei Zenkner. *O princípio da legalidade no estado democrático de direito* – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 147.

[12] FRANCO, Alberto Silva. Op. cit. p. 303.

o referido autor dizendo que "na medida em que o legislador desprezou o princípio do *ne bis in idem*, permitindo nessa situação o duplo exercício do *jus puniendi*, afrontou ao princípio da legalidade e, portanto, a Constituição Federal"[13].

Tal inconstitucionalidade levou a grande maioria dos Tribunais, inclusive o Superior Tribunal de Justiça, em seus entendimentos dominantes, a apenas aplicar a majorante prevista no art. 9º da Lei nº 8.072/90 quando do estupro ou atentado violento ao pudor resultar lesão corporal grave ou morte da vítima, ou seja, apenas ocorrendo as hipóteses previstas nos artigos 213 e 214 do Código Penal combinados com o artigo 223 *caput* ou parágrafo único, sob afirmação de que "resultado mais grave, lógico, reclama sanção mais severa"[14]. A interpretação e a solução mais corretas, porém, não são estas.

Data venia, permito-me afirmar que se equivocaram as decisões dominantes dos nossos Tribunais ao restringir às hipóteses qualificadas dos delitos de estupro e atentado violento ao pudor a aplicação da majorante prevista na Lei dos Crimes Hediondos, limitando ainda mais sua aplicabilidade. O que se afirmou acima foi que seria inaplicável a majorante caso houvesse necessidade de se valorar uma das circunstâncias previstas no art. 224 do Código Penal no sentido de se presumir a violência para tipificar a conduta do delinqüente. Não obstante, não podemos descurar que pode perfeitamente ser utilizada a violência real ou grave ameaça contra uma vítima menor de quatorze anos, por exemplo. Neste caso, a circunstância da menoridade da vítima não fora utilizada para tipificação da conduta, presumindo-se a violência, uma vez que esta de fato ocorreu. Em tal situação é perfeitamente aplicável o gravame previsto na Lei nº 8.072/90, isto porque *a vítima encontra-se em uma das condições previstas no artigo 224 do Código Penal*, qual seja, ser menor de catorze anos, e esta circunstância não fora duplamente valorada. Respeitado o princípio da legalidade (*ne bis in idem*) e, conseqüentemente, a Carta Fundante de nosso ordenamento jurídico, não há razões para se impossibilitar a aplicação da majoração penal, independentemente de ter havido lesões graves ou morte da vítima.

A interpretação dada pelo STF é no sentido de se reconhecer a inexistência de *bis in idem*, sob o argumento de que os crimes de estupro

[13] Idem. p. 304.
[14] Idem. p. 307.

e atentado violento ao pudor independem da idade da vítima, dependendo apenas da violência real ou ficta, e que o agravamento da pena aplica-se ao caso, entre outros, em que a vítima é menor de catorze anos[15].

Pode-se concluir do exposto que o art. 9º da Lei nº 8.072/90 possui inconstitucionalidade parcial, já que inaplicável aos casos de latrocínio, extorsão com resultado morte e extorsão mediante seqüestro com resultado morte, por violar o princípio constitucional da individualização da pena, sendo também inaplicável aos delitos sexuais quando, para tipificá-los, tenha ocorrido a presunção de violência (violência ficta), uma vez que haverá afronta ao princípio da legalidade, mais precisamente ao seu corolário, o princípio do *ne bis in idem*.

3. Problemática acerca da revogação do art. 14 da Lei nº 6.368/76 pelo art. 8º da Lei nº 8.072/90

Ponto que merece apreciação é o que respeita sobre a permanência ou não em nosso ordenamento jurídico da regra prevista no art. 14 da Lei nº 6.368/76 (Lei de Tóxicos) em face no disposto no art. 8º da Lei dos Crimes Hediondos.

Prevê o art. 14 da Lei de Tóxicos que a associação de duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos artigos 12 e 13 do mesmo diploma legal, será apenada com reclusão de três a dez anos, além de multa. Trata-se, aparentemente, de um crime de quadrilha qualificado pelo fim dos agentes ao tráfico ilícito de entorpecentes. Mera aparência. Como se sabe, em nosso ordenamento jurídico o crime de quadrilha ou bando é previsto no art. 288 do Código Penal e requer para sua tipificação a presença de, ao menos, quatro integrantes no grupo delinqüente e também que este se forme para, de forma estável, praticar delitos indeterminados, configurando crime autônomo em relação aos demais praticados pelo bando[16]. Analisando-se o que leciona o art. 14 da Lei de Tóxicos, percebemos que nenhum desses pressupostos encontra-se presente.

---

[15] RT 751/530 *in* MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*. vol. 2 - parte especial. 18. ed. rev. e atual. – São Paulo: Atlas, 2001, p. 447.

[16] MIRABETE, Julio Fabrini. *Manual de direito penal*. vol. 3: parte especial. 16. ed. rev. e atual. – São Paulo: Atlas, 2001, p. 200-203.

Numericamente o art. 14 requer o mínimo de apenas dois integrantes no grupo. Não é preciso, de acordo com a disposição legal, que a associação pratique o crime de tráfico reiteradamente, ou seja, não é necessária a estabilidade e podem ser os delitos previamente acordados entre os agentes. Devido a estas divergências, alguns autores afirmaram que se trata de crime autônomo de associação voltada para cometimento de tráfico de drogas[17] e não uma espécie de quadrilha propriamente dita.

Apesar de tal entendimento, veio a Lei nº 8.072/90, em seu art. 8º, determinar que será de três a seis anos de reclusão a pena prevista no artigo 288 do Código Penal (quadrilha ou bando) quando se tratar de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, dentre outros delitos.

Frente a esta colocação, o que fazer? Qual diploma legal deve ser aplicado a um caso concreto?

Surgiram para esta discussão três teorias. A primeira afirma que a norma do art. 14 da Lei nº 6.368/76 continua em plena vigência, não se aplicando a regra prevista na Lei dos Crimes Hediondos. Uma segunda corrente afirma, ao contrário, que a Lei de Tóxicos em seu artigo 14 foi revogada, uma vez que a clareza do disposto no artigo 8º da Lei nº 8.072/90 não deixa sombra de dúvidas. Uma terceira opinião sustenta que a Lei dos Crimes Hediondos apenas derrogou o art. 14 da Lei de Tóxicos no que concerne ao preceito sancionatário, isto é, quanto à tipificação, aplica-se o art. 14 da Lei nº 6.368/76; quanto à pena, aplica-se o art. 8º da Lei nº 8.072/90. Dentre as três correntes, a que melhor atende aos requisitos da hermenêutica e da necessidade de integração harmônica do ordenamento jurídico é a terceira.

À primeira vista, impressão que se tem, realmente, é que o texto do art. 8º da Lei nº 8.072/90 é tão claro e direto que revoga o art. 14 da Lei nº 6.368/76, passando a sancionar com pena de três a seis anos de reclusão apenas a quadrilha ou bando, nos termos e requisitos do art. 288 do Código Penal, que tiver como fim o tráfico ilícito de entorpecentes.

Entretanto, o art. 10 do mesmo diploma legal altera a redação do art. 35 da Lei de Tóxicos, acrescendo-lhe um parágrafo único. Este

[17] FRANCCO, Alberto Silva (coord.), STOCO, Rui (coord.) *et alii. Leis Penais especiais e sua interpretação jurisprudencial*. vol. 2, 7. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: RT, 2001, p. 3.208.

parágrafo, por seu turno, faz menção expressa ao art. 14 da Lei nº 6.368/76. Isto nos leva a crer, de forma inequívoca, que o legislador não quis revogar realmente o art. 14 da Lei de Tóxicos por meio do art. 8º da Lei dos Crimes Hediondos[18].

Versa-se aqui sobre um conflito de normas, que deve ser determinado se aparente, e portanto solúvel, permitindo a conciliação dos dispositivos antinômicos através de inter-pretação corretiva, ou se real e insolúvel, não possibilitando ajuste normativo[19]. Neste caso a interpretação corretiva é plenamente aplicável. De acordo com Damásio de Jesus, a Lei nº 8.072/90 manteve o art. 14 da Lei nº 6.368/76, que descreve o delito de associação para fins de tráfico de drogas. Foi, este artigo, derrogado e não revogado[20].

Desta forma, pela aplicação do princípio da especialidade[21], continua o crime de associação para tráfico de drogas como delito autônomo de associação, sendo necessário para sua tipificação o preenchimento dos requisitos previstos no art. 14 da Lei nº 6.368/76. Porém, por aplicação do princípio da lei penal mais benéfica e sua retroatividade, previstos no art. 5º, inciso XL, da Constituição Federal, a pena para esta associação especial, será a prevista no artigo 8º da Lei nº 8.072/90, que prevê sanção com limite superior de seis anos, inferior ao limite de dez anos previsto pela Lei de Tóxicos, aplicando-se, inclusive, a fatos pretéritos à sua promulgação quando em benéfico do réu.

Ressalte-se que, apesar da promulgação da Lei nº 10.409, de 11 de janeiro de 2002, que veio substituir a Lei nº 6.368/76, houve o veto de seu art. 15[22], o qual tratava da associação para fins de tráfico de drogas,

---

[18] JESUS, Damásio Evangelista de. *Código Penal anotado*. 9. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 1999, p. 822.

[19] FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos*... p. 281.

[20] JESUS, Damásio Evangelista de. Op cit. p. 822.

[21] JESUS, Damásio Evangelista de. *Lei antitóxicos anotada* – São Paulo: Saraiva, 1995, p. 61.

[22] Dispõe o art. 15 da Lei 10.409/02: "Art. 15. Promover, fundar ou financiar grupo, organização ou associação de 3 (três) ou mais pessoas que, atuando em conjunto, pratiquem, reiteradamente ou não, algum dos crimes previstos nos arts. 14 a 18 desta Lei – Pena: reclusão de 8 (oito) a 15 (quinze) anos, e multa. – Publicado no D.O.U. em 14 de janeiro de 2002.

bem como do art. 59, o qual revogava expressamente a Lei de Tóxicos[23], o que fez permanecer em vigor o art. 14 do antigo diploma legal, bem como todos os outros dispositivos que com a nova lei não conflitem ou tenham sido por ela validamente revogados.

4. Art. 263 da Lei nº 8.069/90 x arts. 6º e 9º da Lei nº 8.072/90: discussão superada

Discussão que se apresentava antes da edição da Lei nº 9.281/96 era se, havendo crime de estupro ou atentado violento ao pudor contra menor de quatorze anos, aplicava-se o Estatuto da Criança e do Adolescente ou a Lei dos Crimes Hediondos. Divergências existiam entre doutrinadores e principalmente na jurisprudência acerca desta questão.

Em 13 de julho de 1990 foi editada a Lei nº 8.069, Estatuto da Criança e do Adolescente, que previa em seu art. 263 o acréscimo de um parágrafo único aos arts. 213 e 214 do Código Penal, qualificando os delitos de estupro e atentado violento ao pudor, respectivamente, quando tais crimes fossem praticados contra menores de quatorze anos.

O art. 213 do Código Penal ficaria acrescido de um parágrafo único, que preconizava pena de reclusão de quatro a dez anos se a ofendida fosse menor de quatorze anos, o art. 214 de seu parágrafo único cominando pena de três a nove anos de reclusão nas mesmas circunstâncias.

Ocorre, porém, que com a promulgação da Lei dos Crimes Hediondos, mais precisamente com as alterações trazidas em seu art. 6º, ao *caput* dos delitos de estupro (art. 213) e atentado violento ao pudor (art. 214) foram cominadas penas de seis a dez anos de reclusão aos seus tipos simples, independentemente de qualquer circunstância pessoal do

[23] Dispõe o art. 59 da Lei 10.409/02: "Art. 59. Ficam revogados a Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976, mantido o Sistema Nacional Antidrogas de que trata o art. 3º daquela Lei, e o art. 1º da Lei nº 9.804, de 30 de junho de 1999". Razões do veto deste dispositivo – "Conquanto repleto de positivas inovações, o projeto, por razões já expostas, não logra êxito quanto à juridicidade de vários de seus artigos. Isso compromete a substituição plena da Lei que regula a matéria. Portanto, a cláusula que revoga a Lei nº 6.368/76 não deve persistir, sob pena de abolição de diversos tipos penais, entre outros efeitos nocivos ao interesse público" – Mensagem de Veto nº 25, de 11 de janeiro de 2002. - Publicados no D.O.U. em 14 de janeiro de 2002.

ofendido. Sendo a vítima menor de quatorze anos, aplicar-se-ia a majorante prevista no art. 9º alínea *a* do mesmo diploma legal, elevando-se a pena na metade. Assim, a pena para estupro ou atentado violento ao pudor, desde que praticados com violência real ou grave ameaça, contra menor de quatorze anos seria de nove a quinze anos de reclusão.

Neste caso, qual diploma legal a ser aplicado? O Estatuto da Criança e do Adolescente, por ser lei penal mais benéfica ao acusado e atender ao princípio da especialidade, ou a Lei dos Crimes Hediondos?

Estabelece o art. 266 do Estatuto da Criança e do Adolescente um período de *vacatio legis* de noventa dias, só podendo esta lei ser aplicada aos fatos ocorridos a partir de outubro de 1990. Contudo, em 25 de julho do mesmo ano, foi promulgada a Lei nº 8.072, prevendo em seu art. 12 o início de sua vigência na data de sua publicação, a qual fora realizada no dia seguinte. Entendimento majoritário e acertado da doutrina e jurisprudência é no sentido de que se aplica a tais casos a Lei dos Crimes Hediondos.

Com efeito, há duas razões principais e uma eventual para que se aplique a Lei nº 8.072/90 em detrimento da Lei nº 8.069/90: I) a primeira razão é a prevista no art. 2º, § 1º da Lei de Introdução ao Código Civil, a qual determina que a lei posterior revoga a anterior quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior. O que ocorre neste conflito normativo é justamente a questão de que a Lei dos Crimes Hediondos, em seus arts. 6º e 9º combinados, regula a mesma matéria prevista no art. 263 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Por ser lei posterior, deve a Lei nº 8.072/90 prevalecer, uma vez que sua aplicação imediata derrogou a Lei nº 8.069/90 no que concerne aos delitos de estupro e atentado violento ao pudor praticados contra menores de quatorze anos. Leciona Dias Marques que "de duas leis, uma das quais foi promulgada primeiro e entra em vigor depois, e outra que foi promulgada depois e entra em vigor primeiro, será esta que, em caso de contradição, deve prevalecer sobre aquela"[24]. É exatamente o caso que se propõe; II) a segunda razão lógica é que se fosse aplicado o Estatuto da Criança e do Adolescente, cominando-se pena de quatro a dez anos de reclusão no caso de estupro e

[24] Citado por JESUS, Damásio Evangelista de. *Código Penal Anotado*. 9.ed. ver. e atual. – São Paulo: Saraiva, 1999, p. 677.

três a nove no de atentado violento ao pudor praticados contra menores de catorze anos, espécie de qualificadora, haveria uma incongruência total entre os *caputs* destes artigos e seus parágrafos únicos, os quais teriam penas menores do que aqueles, apesar de preverem uma circunstância qualificadora, já que a pena destes crimes, cometidos em suas formas simples, de acordo com a nova redação que lhes fora dada pela Lei nº 8.072/90, passaria a ser de reclusão de seis a dez anos. Então, é de se admitir que esses parágrafos únicos foram tacitamente revogados pela Lei nº 8.072/90. Interpretação contrária conduziria ao absurdo de ter o *caput* uma pena mais gravosa do que o parágrafo único, tipo qualificado. Demais disso, o tipo básico seria considerado crime hediondo e o tipo derivado não poderia ser reputado como tal[25]. Chega-se à inadmissível conclusão de que o Estatuto da Criança e do Adolescente, cujo principal objetivo é a proteção da criança, reduz as penas quando as vítimas forem exatamente crianças e adolescentes[26]; III) por fim, se fosse aplicado o art. 263 da Lei nº 8.069/90 restaria impossibilitada a incidência do art. 9º da Lei nº 8.072/90, que prevê majorante para o estupro e o atentado violento ao pudor praticados contra menores de catorze anos (art. 224, "a"), uma vez que haveria flagrante *bis in idem*.

Apesar de o art. 263 da Lei nº 8.069/90 ser mais benéfico ao agente, não pode ser utilizado pelo simples fato de que, tecnicamente, nem chegou a ingressar em nosso ordenamento jurídico, já que fora revogado antes de sua entrada em vigor. Pelo mesmo fato não se pode argüir a prevalência do princípio da especialidade.

Isto posto, percebe-se que a melhor interpretação é aquela que entende ter sido revogado o art. 263 do Estatuto da Criança e do Adolescente pela Lei dos Crimes Hediondos, lei posterior, além do que se presume a harmonia entre os dispositivos de um mesmo Código[27], o que restaria impossível se a forma simples do delito fosse apenada mais severamente do que sua forma qualificada.

---

[25] PRADO. Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. vol. 3: parte especial – São Paulo: RT, 2001, p. 200.
[26] TJSP – AC 117.796-3/0 – Rel. Ivan Marques. *in* FRANCO, Alberto Silva *et alii*. *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*... p. 2.928.
[27] TJSP – AC 105.609-3/6 – Voto vencido: Cunha Camargo. *Idem*. p. 2.927.

Pondo fim a qualquer dúvida, como já fora dito, a Lei nº 9.281/96 revogou expressamente os parágrafos únicos dos arts. 213 e 214 do Código Penal, que haviam sido acrescidos pelo art. 263 do Estatuto da Criança e do Adolescente[28].

5. Conclusões

Conclui-se que, apesar de movido por sentimento de maior represália aos crimes de maior ofensividade à sociedade, o legislador ordinário cometeu algumas falhas técnicas quando da redação da Lei dos Crimes Hediondos, tornado-a parcialmente inconstitucional e, conseqüentemente, inaplicável a certos casos, o que levou Alberto Silva Franco a afirmar que a causa de aumento de pena do art. 9º da Lei nº 8.072/90 é um caso de exagero legislativo que torna o referido dispositivo um gravame desproporcionado em relação à conduta criminosa já seriamente punida[29].

A quantidade de imperfeições trazidas pela Lei nº 8.072/90 são tão significativas que conduziram João José Leal a dizer que "tantas são as afrontas a princípios constitucionais, tantas são as ofensas a princípios básicos do Direito Penal contemporâneo; enfim, tamanha é a carga punitiva contida em seu texto, que a melhor alternativa seria a de sua própria ab-rogação pelo Congresso Nacional"[30].

Em relação aos crimes de latrocínio, extorsão com resultado morte e extorsão mediante seqüestro com resultado morte, por ofensa ao princípio da individualização da pena, não se aplica a majorante do art. 9º da Lei dos Crimes Hediondos. Em contra partida, em relação aos delitos de estupro e atentado violento ao pudor tipificados por uso de presunção prevista no artigo 224 do Código Penal, também não se aplica a majorante em questão por ofensa ao princípio da legalidade, importando, pois, *bis in idem*. Ressalte-se, todavia, que se houver utilização de violência real ou grave ameaça para a prática de um dos delitos sexuais em foco, será perfeitamente aplicável o aumento de pena.

No que respeita à associação para tráfico de drogas (art. 14 da Lei de Tóxicos), demonstrou-se que a questão se refere a um crime

---

[28] MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de direito penal*. vol. 2... p. 412.
[29] FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos*... p. 300.
[30] LEAL, João José. *Crimes hediondos: aspectos político-jurídicos da Lei nº 8.072/90*. São Paulo: Atlas, 1996, p. 150.

autônomo de associação que ainda está vigente, no que concerne ao seu preceito primário, descritivo da conduta típica. O seu preceito secundário ou sancionatário, entretanto, foi revogado pelo art. 8º da Lei nº 8.072/90, pois este trás pena mais benéfica ao agente.

O conflito aparente entre o art. 263 da Lei nº 8.069/90 (ECA) e a Lei dos Crimes Hediondos, não obstante superado pela edição da Lei nº 9.281/96 que revogou expressamente os parágrafos únicos dos arts. 213 e 214 do Código Penal, acrescidos pelo art. 263 do Estatuto da Criança e do Adolescente, já havia tido entendimento pacificado pela maior parte da doutrina e jurisprudência no sentido de interpretar prevalente a Lei dos Crimes Hediondos, por ser posterior e reguladora da mesma matéria tratada no referido Estatuto.

6. Bibliografia

1. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal: parte geral.* 5. ed. – São Paulo: RT, 1994.

2. BUSTOS RAMIREZ, Juan. *Manual de derecho penal español: parte general* -Barcelona: Ariel, 1984.

3. BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral. Tomo III: penas e medidas de segurança.* 4. ed. - Rio de Janeiro: Forense, 1984.

4. FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos.* 4. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: RT, 2000.

5. FRANCO, Alberto Silva *et alii. Código Penal e sua interpretação jurisprudencial.* vol.1, tomo II: parte especial, 6. ed. – São Paulo: RT, 1997.

6. _____. *et alii. Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial.* vol.2, 7.ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: RT, 2001.

7. JESUS, Damásio Evangelista de. *Código penal anotado*. 9.ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 1999.

8. _____. *Lei antitóxicos anotada* – São Paulo: Saraiva, 1995.

9. LEAL, João José. *Crimes hediondos: aspectos político-jurídicos da Lei nº 8.072/90* – São Paulo: Atlas, 1996.

10. MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*. vol. 2 e 3: parte especial – São Paulo: Atlas, 2001.

11. MONTEIRO. Antônio Lopes. *Crimes hediondos*. 7. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2002

12. NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*. vol. 3, 23. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 1998.

13. PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. vol. 3 – São Paulo: RT, 2001.

14. SCHIMIDT, Andrei Zenkner. *O princípio da legalidade no estado democrático de direito* – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

APLICABILIDADE DA LEI 10.259/01 EM FACE DA LEI 9.099/95: UMA NOVA VISÃO ACERCA DO CONCEITO DE INFRAÇÕES DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO

Eloyse Silvestre Teixeira
(Aluna do 7º Período da Faculdade de Direito do Recife – UFPE e monitora de Direito Penal I)

Renata Barbosa Gonçalves
(Aluna do 7º Período da Faculdade de Direito do Recife – UFPE)

Sumário: 1. Propedêutica; 2. Noções de Hermenêutica; 2.1 Da interpretação aplicada à questão; 3. Do conflito normativo; 4. Princípios constitucionais concernentes ao tema; 4.1 Da isonomia; 4.2 Da retroatividade da lei mais benéfica; 5. Do critério definidor do conceito; 5.1 Da questão da multa; 6. Dos ritos especiais; 7. Conclusão; 8. Bibliografia.

1. Propedêutica

O sistema judiciário brasileiro, em razão da grande quantidade de processos instaurados aliado ao número reduzido de funcionários e ao excesso de burocratização, estava de tal monta "sufocado" que as infrações entendidas como "menos graves" começaram a ser relegadas para segundo plano em primazia daquelas entendidas como de maior relevância. Assim, era condição *sine qua non* para uma melhor prestação da tutela jurisdicional a instituição de um "procedimento sumário para a apuração dessas infrações menores, dando pronta resposta ao ato infracional e evitando as manobras protelatórias que levavam à porta

liberatória da prescrição".[1] Com vistas a fazer face a essa necessidade o legislador instituiu no artigo 98, inciso I, da Constituição Federal brasileira a possibilidade de criação, pela União e pelos Estados, dos Juizados Especiais, que tiveram seu início com o advento da Lei 9.099/95.

A Lei 9.099/95 foi o primeiro instituto a regular os Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito estadual. Cabe a esses órgãos julgar as causas de menor complexidade, sendo estas, na esfera criminal, denominadas infrações de menor potencial ofensivo.

Os Juizados Especiais Criminais foram instituídos com o escopo de oferecer maior celeridade processual ao reduzir o volume de feitos que tramitam nas varas comuns, além de desonerar os aparelhos judiciário e executivo estatal e assegurar a liberdade daqueles que se submetem ao seu crivo. Essas características são observadas ao se transferir parte das causas processadas na justiça comum para a justiça especializada, uma vez que nesta se desenvolve um rito mais breve, sem a necessidade de realização de inúmeras audiências, em decorrência dos princípios da informalidade, oralidade e imediatidade que o inspiram. Observa-se também a redução dos gastos com detentos, bem como a possibilidade da reparação do dano pelo autor do fato em liberdade, na medida em que se busca a aplicação de penas restritivas de direito em detrimento das penas privativas de liberdade.

A competência dos Juizados Especiais Criminais é definida através do conceito de infrações de menor potencial ofensivo, que está previsto no art. 61, da Lei 9.099/95, segundo o qual

> *"Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a um ano, excetuados os casos em que a lei preveja procedimento especial".*

O advento da Lei 10.259/01 trouxe à tona discussão a respeito dessa definição quando dispôs em seu art. 2º, parágrafo único, que

[1]MIRABETE, Julio Fabbrini. *Juizados Especiais Criminais – comentários, jurisprudência, legislação.* 4. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p.24.

> "*Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, ou multa*".

Esse dispositivo levou alguns doutrinadores a divergirem quanto à possibilidade de se ampliar o conceito previsto na Lei 9.099/95, derrogando ou até mesmo revogando seu art. 61, havendo ainda aqueles que defendem a inconstitucionalidade da nova lei por afrontar princípios constitucionais.

Diante dessas considerações preliminares, trataremos, nas linhas subseqüentes, de abordar os aspectos controversos referentes ao tema através de uma análise sucinta dos mesmos.

2. Noções de Hermenêutica

Hermenêutica é interpretação do sentido das palavras[2] através de métodos que auxiliam na apreensão da idéia que se quis transmitir em certo texto. Dentre esses métodos podemos elencar: o *gramatical*, que observa a estrutura das palavras, isoladas ou em conjunto, sintática e morfologicamente, incluindo pontuação, origem e etimologia das mesmas; o *lógico*, que busca a adequação entre o sentido e o alcance da norma através do encadeamento das palavras em determinado *locus*; o *sistemático*, que leva em conta a norma como parte de um conjunto normativo, e não isoladamente; o *histórico*, com fulcro nas circunstâncias sociais e econômicas que inspiraram o legislador no momento da edição da norma, assim como no próprio projeto de elaboração da mesma; o *sociológico*, que visa adaptar as normas às novas vicissitudes dos tempos atuais, de modo que "a aplicação das normas jurídicas consiste na técnica de adaptação dos preceitos nelas contidos, assim interpretados, às situações de fato que se lhes subordinam"[3]; e *o teleológico*, que persegue a finalidade social da norma.

---

[2] HOUAISS, Antônio e VILLAR, Mauro de Salles. *Houaiss – Dicionário da Língua Portuguesa*. 1. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 231.
[3] RÁO, Vicente. *O Direito e a vida dos direitos*. V. 2. São Paulo: Max Limonad, 1952, p. 542.

Ressalte-se que os métodos supracitados devem ser utilizados concomitantemente, eis que são complementares e não excludentes uns dos outros.

2.1. Da interpretação aplicada à questão

Há um entendimento de que, na análise do art. 2º, parágrafo único, da Lei 10.259/01, não se deve ater meramente à natureza semântica do dispositivo, mas ao caráter pragmático a que se destina. Nesse sentido temos decisão exarada pelo magistrado do Juizado Especial Criminal de Olinda[4] destacando a necessidade de se utilizar o método teleológico na solução do conflito que ela gerou, uma vez que em sua concepção a finalidade almejada pelo legislador foi a de dar tratamento diferenciado aos autores de crimes submetidos à competência da Justiça Federal. Ademais, defende ele que o ambiente social conturbado em que a sociedade brasileira se encontra, com a escalada crescente dos índices de violência, desaconselha a ampliação do conceito aos crimes da Justiça Estadual, o que poderia elevar a sensação de impunidade existente no seio da comunidade.

Não obstante as sábias palavras do referido juiz, não nos parece coerente tal posicionamento. Atentando-se para a intenção do legislador na edição do preceito, observamos que fora identificada a necessidade precípua de se eliminar o excesso de feitos que tramitam nas varas da Justiça Federal e que, para o alcance desse resultado, insuficiente seria a criação dos Juizados Especiais Federais mantendo-se o mesmo *quantum* punitivo previsto na Lei 9.099/95, pois raros seriam os processos enquadrados naquele limite. Destarte, o meio encontrado para a concretização deste intento foi a majoração do limite penal em abstrato para dois anos.

De outra sorte, a ampliação da competência dos Juizados Estaduais não implica necessariamente uma correlata ampliação do sentimento de impunidade pela sociedade. Deveras, penas continuam sendo aplicadas e de forma mais célere e eficaz do que ocorre na justiça comum, onde, não raras vezes, processos criminais são prescritos sem que qualquer punição seja aplicada ao acusado. Nos Juizados Especiais

[4] Conflito de Competência nº 82494-4, TJ/PE, Rel.: Des. Antônio Camarotti, Rel. Subst.: Des. Roberto Ferreira Lins. Referente ao processo nº 0079/2002 do Juizado Especial Criminal de Olinda.

Criminais, por outro lado, a imposição de penas restritivas de direitos resulta por estimular o seu cumprimento em razão de que não mitiga a liberdade do autor do fato, nem traz gravame a sua integridade física e/ou psíquica.

3. Do conflito normativo

Todos são concordes de que a publicação da Lei 10.259/01 originou um conflito normativo no momento em que seu art. 2°, parágrafo único, regulou de forma diversa matéria prevista no art. 61, da Lei 9.099/95. Entretanto, o próprio ordenamento jurídico pátrio aduz a solução para tal embate ao eleger diversos critérios, quais sejam o hierárquico (*lex superior derogat inferiori*), o da especialidade (*lex specialis derogat generalis*) e o cronológico (*lex posterior derogat priori*). Por conseguinte, "o princípio de que 'a lei posterior revoga a lei anterior' é fundamento de uma das técnicas de ab-rogação implícita nas regras de direito. Se uma disposição posterior, emanada da mesma autoridade, ou de uma autoridade superior, opõe-se a uma disposição mais antiga, esta é implicitamente ab-rogada[5]".

Apesar do exposto, alguns juristas entendem que este conflito não pode ser resolvido com a utilização da regra cronológica, posto que as leis dispõem sobre jurisdições distintas, tendo a Lei 10.259/01 como objetivo alcançar exclusivamente a Justiça Federal, não influindo, assim, no âmbito da Justiça Estadual.

Não é de se admitir, todavia, esta concepção, diante do exposto no item 2.1 deste artigo, além do fato de que as leis tratam da mesma matéria. Logo, estamos diante de normas de mesma hierarquia - leis ordinárias-, oriundas de uma mesma autoridade e que versam sobre o mesmo objeto, o que nos leva à conclusão mais coerente: a lei posterior revoga a anterior.

[5] PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica*. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 121.

4. Princípios constitucionais concernentes ao tema

Princípios são regras genéricas, abstratas e que prescrevem um valor. São "ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas".[6]

Podemos elencar dois princípios concernentes ao tema e que vêm gerando polêmica entre os estudiosos do direito: o da isonomia e o da retroatividade da lei mais benéfica, que analisaremos a seguir.

4.1. Da isonomia

Isonomia, do grego *iso,* igual, e *nomos*, lei, traduz que a lei deve acolher todos os seus subordinados de forma igualitária.

O art. 5º, *caput*, da Magna Carta brasileira alberga a igualdade de todos perante a lei. Não se pode, porém, entender tal premissa da forma em que é matematicamente empregada, ou seja, a existência de uma igualdade absoluta entre dois direitos isoladamente considerados. Em verdade, as pessoas ou situações são iguais ou desiguais de modo relativo, ou seja, sob certos aspectos.[7] A idéia de justiça é satisfeita na medida em que o legislador trata de maneira igual os iguais e de maneira desigual os desiguais.[8]

Sob o fundamento de que o art. 2º, parágrafo único, da Lei 10.259/01 fere o princípio da isonomia, há uma corrente de pensamento defendendo a inconstitucionalidade daquele dispositivo, já que cuida distintamente de matérias equivalentes. Sustentam que crimes de mesma espécie não podem ser punidos diferentemente pela simples razão de que foram praticados por sujeitos diversamente qualificados. Este critério é adequado para distinguir competências jurisdicionais, e não ritos processuais. Em conseqüência, alegam ser o artigo retromencionado natimorto, pelo que em momento algum chegou a se tornar eficaz, não podendo ser utilizado na esfera estadual, nem sequer na federal.

Compreendemos que a questão deve ser analisada por outro ângulo. *Data venia,* a idéia acima levantada não passa de uma falácia. Haverá, sim, afronta ao princípio da igualdade caso não se admita a

---

[6] SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo.* 19. ed. São Paulo: Melhoramentos, 2001, p. 96.
[7] Idem, p. 219.
[8] Idem, p. 216.

revogação, ou ao menos a derrogação, do art. 61, da Lei 9.099/95. Este é o remédio cabível para resguardar aquele princípio. A sua inobservância acarretaria situações inadmissíveis, como seria exemplo o crime de desacato, previsto no art. 331, do CP, cuja pena máxima *in abstrato* é de dois anos, e que, ao ser cometido contra funcionário público federal, permitiria a aplicação de pena restritiva de direito, ficando esta vedada quando o mesmo crime fosse cometido contra funcionário público estadual, apesar de estarmos diante de idênticas infrações.

Note-se que a Lei 10.259/01 outorgou um benefício a um grupo específico da sociedade. Isto, por si só, não contraria a Constituição Federal pátria. Declarar este ato "inconstitucional, eliminando-o da ordem jurídica, seria retirar direitos legitimamente conferidos, o que não é função dos tribunais. Como então resolver a inconstitucionalidade da discriminação? Precisamente, estendendo o benefício aos discriminados que o solicitarem perante o Poder Judiciário".[9] Por versarmos aqui sobre normas de Direito Processual Penal mistas, independentemente da solicitação por parte do acusado e por salvaguardar uma das principais garantias do cidadão, qual seja, sua liberdade, deve o favor ser atribuído a todos com fulcro no art. 2º, parágrafo único, do Código Penal, que analisaremos no item 4.2 a seguir.

Em suma, temos que a lei em si não é inconstitucional. Sua aplicação em concreto é que geraria inconstitucionalidade. Isso justifica a ampliação dos seus efeitos à justiça estadual, de forma que o mesmo tratamento seja dispensado a todos os que cometerem os crimes compreendidos no conceito de infrações de menor potencial ofensivo, dotando aquela lei, por esta via, de saúde constitucional.

4.2. *Da retroatividade da lei mais benéfica*

Retroatividade, "de *retroativo*, do latim *retroactus*, de *retroagere* (fazer recuar, agir para trás), exprime a qualidade ou caráter do ato ou ação que possa exercer *efeito em coisas passadas* ou *afetar coisas passadas*".[10]

Juridicamente, a retroatividade tem natureza excepcional, devendo ser aplicada apenas quando expressamente prevista na norma ou

[9] Idem, p. 231.
[10] SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 6ª ed. V. 5. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 1377.

quando sua índole assim aconselhar. A lei penal mais benigna se enquadra nesse contexto, uma vez que comina sanções capazes de atingir direitos e garantias fundamentais do indivíduo. Isso levou o legislador a instituir o princípio da retroatividade da lei penal quando esta outorgar um benefício ao criminoso. Este princípio está expresso no art. 2º, parágrafo único, do Código Penal, que dispõe:

> *"A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado",*

como também no art. 5º, XL, da CF/88, segundo o qual:

> *"A lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu".*

Poder-se-ia argüir que a norma em comento é de matéria processual e, por isso, a ela não se imprime o disposto nos artigos suprareferidos. Todavia, em verdade estamos diante de norma mista, eis que possui destinação processual, quando regula o procedimento, e penal, quando altera a cominação imposta ao autor do fato[11].

A despeito disso, alguns cientistas do direito consideram inaplicável o princípio da retroatividade ao tema em análise em razão do que reza o art. 25, da Lei 10.259/01:

> *"Não serão remetidas aos Juizados Especiais as demandas ajuizadas até a data de sua instalação".*

---

[11] **EMENTA:** RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - LEI 10.259/01 - DELITO DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO – RETROA-TIVIDADE - IMEDIATIDADE - JUIZ NATURAL - COMPETENCIA DO JEC. 1- O art. 2º, parágrafo único, da Lei 10.259/01 ampliou a conceituação de delitos de menor potencial ofensivo. Sendo de natureza mista, tem aplicação imediata e retroage em favor do réu. 2- A incidência da ampliação é imediata, por seu aspecto processual, como dispõe o art. 2º do CPP, e por seus efeitos penais, consistentes nos institutos despenalizadores, retroage por ser benéfica, como assegura o art. 5º, inc. XI, da CF e o art. 2º, parágrafo único (primeira parte) do CP. 3- Existindo na organização judiciária Juizados Especiais Criminais, assegurado ao cidadão o juiz natural art. 5º, inc. LIII, da CF, incompetente o juiz comum para processar e julgar os delitos de menor potencial ofensivo com amplitude conferida pela Lei 10.259/01. Recurso improvido. (7 fls.) (Recurso em sentido estrito nº 70003745148, Câmara Especial Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Rel.: Des. Elba Aparecida Nicolli Bastos, julgado em 05/02/02).

Não compactuamos com este ponto de vista. O artigo acima transcrito refere-se ao processo na sua materialidade, ou seja, aos próprios documentos autuados e não ao conteúdo destes. Tal dispositivo justifica-se pelo interesse do Judiciário em evitar que os Juizados Especiais Criminais Federais já nascessem "sufocados" por um excesso de feitos, o que traria óbice ao afã de promover uma maior celeridade dos ritos processuais.

Ex positis, concordamos que os processos originados antes da instauração dos Juizados Especiais Criminais Federais devem permanecer na sua jurisdição inicial. Contudo, haverá retroatividade dos benefícios trazidos pela nova lei, em obediência aos princípios da isonomia e da retroatividade da lei penal mais benigna.[12]

Assim, ainda que tramitem numa vara comum, aos autores de crimes de menor potencial ofensivo devem ser assegurados todos os benefícios introduzidos no ordenamento jurídico pela Lei 10.259/01.

5. Do critério definidor do conceito

Podemos identificar, após tudo o que já foi apresentado, que o conceito de infração de menor potencial ofensivo é definido, em ambas as leis, pelo *quantum* da pena máxima cominada *in abstrato*. Para tanto, "não devem ser consideradas no cálculo as circunstâncias agravantes e atenuantes genéricas (artigos 61, 62, 65 e 66, do CPB)".[13]

Tal critério tem sofrido críticas, pois muitos defendem que, por serem os crimes repugnados pelo fato de atentarem contra bens jurídicos

---

[12] **EMENTA:** PENAL. PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. PORTE E DISPARO DE ARMA DE FOGO. COMPETENCIA. ISONOMIA. DERROGACAO DO ARTIGO 61 DA LEI 9.099/95. RETROATIVIDADE DA LEI 10.259/01. - Com o advento da Lei 10.259/01, restou ampliado o conceito de infração penal de menor potencial ofensivo, por exigência da isonomia constitucional. - O comando normativo contido no art. 2°, da Lei 10.259/01 possui contornos penais suficientes a atrair a observância imperativa do disposto no inciso XL do rol das garantias constitucionais (art. 5°). - As demandas iniciadas antes de 14.01.02 tramitarão no juízo comum, assegurado ao réu os benefícios da Lei 9.099/95. - Recurso provido, em parte, por unanimidade. (13 fls) (Recurso em Sentido Estrito nº 70003736428, 5ª Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Rel.: Des. Amilton Bueno de Carvalho, julgado em 20/02/02).

[13] PAZZAGLINI FILHO, Marino; MORAES, Alexandre de; SMANIO, Gianpolo Poggio e VAGGIONE, Luiz Fernando. *Juizado Especial Criminal – aspectos práticos da lei 9.099/95*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999, p.25.

protegidos, estes é que deveriam ser levados em consideração na construção do conceito.

Vemos que não há o que se perquirir a esse respeito, pois o bem jurídico socialmente relevante já é valorado no instante em que a pena é estipulada quantitativamente pelo legislador. Logo, os crimes punidos com penas menos gravosas são aqueles que lesam o bem jurídico de forma menos prejudicial.

5.1. Da questão da multa

O art. 2º, parágrafo único, da Lei 10.259/01 inovou na descrição do conceito de infrações de menor potencial ofensivo ao estabelecer que são da competência dos Juizados Especiais Criminais Federais as infrações, cujas penas não ultrapassem dois anos em abstrato, ou multa. A Lei 9.099/95 não fazia menção alguma a esta última, sendo de sua competência todos os crimes compreendidos no limite de pena de um ano, independente da cominação de multa alternativa ou cumulativa.

Com o advento da nova lei, muitos têm considerado que a incidência ou não de multa exerce influência sobre a identificação de uma infração de menor potencial ofensivo. A esse respeito existem três correntes as quais abordaremos a seguir.

A primeira delas entende que os crimes cujas penas sejam de detenção alternada com multa, independente do *quantum* daquela, são da esfera do Juizado Especial Criminal, pois, como o legislador autorizou a possibilidade de aplicação da multa isolada, e esta é uma sanção menos gravosa que a detenção, poderiam tais crimes ser considerados de menor potencial ofensivo. Como exemplo teríamos o art. 6º, da Lei 8.137/90, que tipifica crime contra a ordem econômica e as relações de consumo, ao qual atribui pena de um a quatro anos, ou multa.

Peca este pensamento ao olvidar que ao juiz cumpre a função de decidir pela aplicação da pena de multa em detrimento da de detenção. A par disso, só na própria sentença seria definida a penalidade a ser imposta, de forma que o processo nunca poderia ser instaurado no Juizado Especial, pois isto impediria a determinação da pena privativa de liberdade. Uma vez que esses crimes têm pena máxima superior a dois anos, decidindo o juiz pela pena privativa de liberdade, poderia restar excluída a competência do Juizado Especial Criminal.

A segunda corrente afirma que a pena de multa cumulativa atua como um adicional à pena de detenção com o objetivo de exasperar a punição do agente. Ocorre essa cumulação no momento em que se consideram certos crimes mais prejudiciais ao bem jurídico penalmente tutelado, mas não a tal ponto de se aumentar sua pena de detenção, bastando para tanto a multa e sendo esta suficiente para excluir a competência do Juizado Especial Criminal, vez que a pena de dois anos e multa ultrapassaria o limite previsto no art. 2º, parágrafo único, da Lei 10.259/01.

Essa mesma teoria considera como infração de menor potencial ofensivo aquela cuja pena estabelece detenção máxima de um ano e/ou multa em decorrência do previsto no art. 61, da Lei 9.099/95, já que este não empregava tratamento diverso quando houvesse previsão de multa além da pena privativa de liberdade. Contudo, ao se ultrapassar o *quantum* de um ano de pena máxima, recairia o crime nas condições do art. 2º, parágrafo único, da Lei 10.259/01 apresentadas no parágrafo anterior.

Em suma, consideram da competência do Juizado Especial Criminal os crimes com detenção de até um ano, independente da existência de multa, cumulada ou alternada, e os crimes com pena de até dois anos com multa alternada, sendo da competência da justiça comum aqueles que têm multa cumulada com detenção.

A crítica às duas correntes mencionadas é o próprio fundamento da concepção do terceiro grupo de estudiosos do tema e será por nós defendida.

Entendemos que o conceito de infração de menor potencial ofensivo é determinado, única e exclusivamente, pelo máximo da pena em abstrato, sendo a multa uma sanção acessória que não atribui tamanha gravidade ao crime a ponto de desaconselhar seu processamento perante os Juizados Especiais Criminais. Assim, não se deve levar em consideração a multa ao se definir o rito ao qual será submetida a infração. Cremos que a referência à pena acessória contida no art. 2º, parágrafo único, da Lei 10.259/01 teve como objetivo abranger as contravenções penais, já que não existem crimes cuja pena seja exclusivamente de multa. Tal expressão - multa - vem como uma forma de suprir indiretamente a previsão das contravenções explicitamente posta no art. 61, da Lei 9.099/95.

6. Dos ritos especiais

O art. 61, da Lei 9.099/95 excluiu da competência dos Juizados Especiais Criminais os crimes objeto de procedimento especial por entender que estes demandariam rito específico adequado a sua natureza, como se verifica nos crimes contra a honra, na lei de tóxicos, dentre outros.

Esta restrição não se repetiu no art. 2°, parágrafo único, da Lei 10.259/01, sendo este omisso a esse respeito.

Ocorre que, ao regular completamente a mesma matéria, o novo dispositivo revogou o anterior, depreendendo-se daí que agora não mais quis o legislador processar diversamente aqueles crimes com previsão de procedimento especial que estejam dentro do limite de infração de menor potencial ofensivo. Logo, hoje podemos considerar que todos os crimes, sejam de procedimento comum ou especial, com pena de até dois anos, submetem-se ao crivo dos Juizados Especiais Criminais[14].

7. Conclusão

O tema sobre o qual discorremos é bastante recente, o que justifica a multiplicidade de opiniões controversas a seu respeito. Não buscamos aqui liquidar o assunto, mas apenas chamar à atenção os leitores para uma reflexão acerca do mesmo, afinal, trata-se de inovação demasiado importante para o Direito Processual Penal brasileiro, inexistindo até o momento jurisprudência consolidada, apesar de os Tribunais já terem proferido decisões que representam o marco inicial na busca de um entendimento comum. O Tribunal de Justiça de Pernambuco, destaque-se, já tratou indiretamente do conflito normativo debatido

---

[14] **EMENTA:** PROCESSUAL PENAL. CONFLITO DE COM-PETENCIA. CRIME CONTRA A HONRA. LEI 10.259/01 E CRIMES COM RITO ESPECIAL. - Com o advento da Lei 10.259/01, restou ampliado o conceito de infração penal de menor potencial ofensivo no âmbito da Justiça Estadual, por exigência da isonomia constitucional. - O comando normativo contido no art. 2°, parágrafo único, da Lei 10.259/01 deu novo conceito a menor potência, ficando excluída a restrição aos crimes com rito especial contida no art. 61, *in fine*, da Lei 9.099/95. - À unanimidade, negaram provimento ao conflito, mantendo a competência do Juizado Especial Criminal. (Conflito de jurisdição nº 70004092680, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Rel.: Des. Amilton Bueno de Carvalho, julgado em 24/04/02).

quando, em voto proferido no julgamento do *Habeas* Corpus nº 80747-2 em 24/04/02, o Relator Desembargador Rivadávia Brayner, da Terceira Câmara Criminal, comentou: "Hoje, diante do novo preceito da Lei 10.259/01, referente às infrações de menor potencial ofensivo, o porte ilegal de arma é da competência dos Juizados Especiais Criminais e por ser norma de ordem material, deve retroagir para beneficiar o réu".

Insistimos na questão de que é indispensável maior preocupação com as mudanças provenientes da Lei 10.259/01, posto que têm o condão de influenciar diretamente um dos pilares mor dos direitos individuais constitucionalmente garantidos: a liberdade do cidadão. Afinal, observamos a ampliação da imposição das penas restritivas de direitos, capazes de permitir uma punição menos sacrificante e mais ressocializadora ao criminoso, vez que possibilita a continuidade de sua vida pública, sem que este perca seu emprego, garantia de sua subsistência; os laços afetivos, que são tão necessários a sua recuperação; e sua auto-estima, ao evitar o malfadado estigma de presidiário.

Não podemos considerar o clima de tensão social vivido atualmente em nosso país para crer que penas privativas de liberdade são mais eficazes que penas alternativas, procurando restringir ao máximo a abrangência do art. 2º, parágrafo único, da Lei 10.259/01. Ademais, "o Poder Judiciário, no exercício de sua função jurisdicional de dizer o direito ao caso concreto, deverá utilizar os mecanismos constitucionais no sentido de dar uma interpretação única e igualitária às normas jurídicas".[15]

Por oferecer tratamento mais benéfico ao autor do fato, deve esta lei se estender tanto à esfera federal quanto à estadual, retroagindo de forma a alcançar tanto os processos que já estão em andamento quanto aqueles que já transitaram em julgado. Não podemos esquecer que hoje há milhares de indivíduos encarcerados por terem cometido crimes abarcados agora pelo novo conceito de infração de menor potencial ofensivo. Desta feita, estamos diante de várias prisões indevidas, donde concluímos que surge então a necessidade de uma união de esforços no sentido de se impetrar *habeas corpus* almejando a concessão da liberdade aos agentes, hoje ilicitamente afastados do convívio social, através da substituição das penas privativas de liberdade pelas penas restritivas de direitos.

[15] MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 63.

Faz-se indispensável uma maior preocupação também com a própria estrutura dos Juizados Especiais, eis que passarão a receber um volume de processos bastante superior ao que atualmente recebem. Não podemos permitir que tal alteração ponha por terra a importantíssima conquista da celeridade processual que tanto nos traz esperança com relação ao futuro do sistema judiciário brasileiro.

Por fim, não poderíamos deixar de elencar, resumidamente, as principais conclusões a que chegamos após o estudo da matéria:

- o advento da Lei 10.259/01 trouxe à tona discussão a respeito da definição de infrações de menor potencial ofensivo quando ampliou o limite da pena para a identificação dos crimes abrangidos pelo conceito inicial previsto no art. 61, da Lei 9.099/95. As divergências originaram se quando o legislador decidiu restringir o alcance dessa ampliação apenas aos delitos da competência dos Juizados Criminais Federais;
- o conflito gerado pela nova lei resolve-se da seguinte forma: estamos diante de normas de mesma hierarquia - leis ordinárias -, oriundas de uma mesma autoridade e que versam sobre o mesmo objeto, o que nos leva à conclusão mais coerente: a lei posterior revoga a anterior, devendo seus efeitos alcançarem os Juizados Especiais Criminais Estaduais.
- não há afronta ao princípio da igualdade ao se admitir a revogação, ou ao menos a derrogação, do art. 61, da Lei 9.099/95;
- A Lei 10.259/01 em si não é inconstitucional. Sua apli-cação em concreto é que geraria inconstitucionalidade caso não fosse o princípio da isonomia respeitado, justificando, assim, a ampliação dos seus efeitos à Justiça Estadual;
- os processos originados antes da instauração dos Juizados Especiais Criminais Federais devem permanecer na sua jurisdição inicial. Contudo, haverá retroatividade dos benefícios trazidos pela nova lei, em obediência aos princípios da isonomia e da retroatividade da lei penal mais benigna;

- não se deve levar em consideração a multa ao se definir o rito ao qual será submetida a infração. Cremos que a referência à pena acessória contida no art. 2º, parágrafo único, da Lei 10.259/01 teve como objetivo abranger as contravenções penais, suprindo assim a omissão de sua referência expressa no dispositivo;
- ao regular completamente a mesma matéria, o novo dispositivo revogou o anterior. Logo, hoje podemos considerar que todos os crimes, sejam de procedimento comum ou especial, com pena de até dois anos, submetem-se ao crivo dos Juizados Especiais Criminais.

"Aquilo que existe deve ceder ao novo, pois tudo que nasce há de perecer".[16]

8. Bibliografia

Livros

1. HOUAISS, Antônio e VILLAR, Mauro de Salles. *Houaiss – Dicionário da Língua Portuguesa.* 1. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.
2. IHERING, Rudolf von. *A luta pelo Direito.* São Paulo: Martin Claret, 2001.
3. MIRABETE, Julio Fabbrini. *Juizados Especiais Criminais – comentários, jurisprudência.* legislação. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2000.
4. MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional.* 7. ed. São Paulo: Atlas, 2000..

[16] IHERING, Rudolf von. *A luta pelo Direito.* São Paulo: Martin Claret, 2001, p.32.

5. PAZZAGLINI FILHO, Marino; MORAES, Alexandre de; SMANIO, Gianpolo Poggio e VAGGIONE, Luiz Fernando. *Juizado Especial Criminal – aspectos práticos da lei 9.099/95.* 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

6. PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica.* 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

7. RÁO, Vicente. *O Direito e a vida dos direitos.* V. 2. São Paulo: Max Limonad, 1952.

8. SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico.* 6. ed. V. 5. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

9. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo.* 19. ed. São Paulo: Melhoramentos, 2001.

Artigos

1. GOMES, Luiz Flávio. *Primeiras polêmicas sobre a nova competência dos Juizados Criminais,* Boletim IBCCRIM, nº111, ano 10, fevereiro/2002.

2. GONÇALVES, Vitor Eduardo Rios. *O novo conceito de infração de menor potencial ofensivo,* Boletim IBCCRIM, nº111, ano 10, fevereiro/2002.

3. JUNIOR, Arnaldo Hossepian e GARCIA, Waleria Garcelan Loma. *Considerações sobre a Lei 10.259/01, em face dos crimes de porte ilegal de armas e porte de entorpecentes,* Boletim IBCCRIM, nº111, ano 10, fevereiro/2002.

Artigos da Internet

1. ALVES, Francisco Glauber Pessoa. *Constitucionalidade da Lei 10.259/01: desvirtuamento do princípio isonômico, interpretação equivocada e juízes-legisladores,* Http://www1.ius.com.br/doutrina/texto.asp?id=2903, 01 de maio de 2002.

2. FONTANA, Milton. *A Lei 10.259/01 e a competência dos Juizados Especiais Criminais Estaduais,* Http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2898. 01 de maio de 2002.

3. MARTINI, Paulo. *A não aplicação da Lei 10.259/01 no âmbito estadual,* Http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2892. 01 de maio de 2002.

4. SOTERO, Jorge Eduardo e Melo. *Efeitos e alcance da nova conceituação das infrações de menor potencial ofensivo,*Http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2828. 01 de maio de 2002.

REMÉDIOS CABÍVEIS CONTRA A LIMINAR CONCEDIDA EM MANDADO DE SEGURANÇA

Cecília de Melo Lopes Guimarães
Cristiane Cavalcanti Barreto Campello
(Alunas do 7° período da graduação em Direito da UFPE)

1. Introdução

Uma preocupação recorrente em todos os sistemas jurídicos consiste na maneira pela qual se deve garantir o duplo grau de jurisdição tendo em vista a possibilidade de erro das decisões judiciais com a necessária efetividade que se deve conferir ao processo. "À conveniência da rápida composição dos litígios, para o pronto restabelecimento da ordem judicial contrapõe-se o anseio de garantir, na medida do possível, a conformidade da solução ao direito".[1] Assim, o princípio do duplo grau de jurisdição, em função da segurança jurídica, confronta com a efetividade da Justiça.

O mandado de segurança é uma espécie de ação prevista pela Constituição Federal e regulamentada pela Lei nº 1.533/51, cujo objetivo é proteger direito líquido e certo lesionado ou ameaçado de lesão. É uma criação do direito brasileiro prevista desde a Carta Magna de 1934.

O art. 7º, II da referida lei prevê a possibilidade de concessão de medida liminar quando forem relevantes os fundamentos e quando do ato impugnado puder resultar a ineficácia da segurança, caso seja concedida.

O escopo deste trabalho é analisar os remédios cabíveis para atacar a liminar concedida contra pessoa jurídica de direito público em sede de mandado de segurança. Caberia agravo contra a decisão que concede a liminar? Qual a natureza jurídica do pedido de suspensão da

[1] BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. 5. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

liminar dirigido ao Presidente do Tribunal? A decisão que determina esta suspensão é eminentemente política ou deve analisar os pressupostos jurídicos? Seria possível a utilização simultânea desses dois remédios ou haveria afronta ao princípio da unicidade dos recursos?

2. Mandado de segurança

O mandado de segurança é remédio heróico assegurado constitucionalmente (art.5°, inciso LXIX) e destinado a evitar lesão ou ameaça de lesão a direito individual ou coletivo, líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data,* praticada por autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

Trata-se de uma ação de natureza civil, independente da natureza ou origem do ato impugnado, de rito sumário especial e específico, aplicando-se as regras de processo civil apenas subsidiariamente.

Cabe mandado de segurança contra atos omissivos ou comissivos de autoridades públicas de qualquer dos três poderes do Estado, inclusive do Ministério Público.[2]

Destarte, o objeto do mandado de segurança é a impugnação de um ato de autoridade praticado com ilegalidade ou abuso de poder, capaz de violar ou ameaçar direito líquido e certo. Entende-se por ato de autoridade a ação ou omissão do Poder Público no exercício de suas funções.

O sujeito ativo (impetrante) é o titular do direito individual ou coletivo líquido e certo. Pode ser pessoa física ou jurídica (nacional ou estrangeira), órgão público e universalidade patrimonial.

O sujeito passivo (impetrado) é a autoridade coatora, que "pratica ou ordena concreta e especificamente a execução ou inexecução do ato impugnado, responde pelas suas conseqüências administrativas e detenha competência para corrigir a ilegalidade, podendo a pessoa jurídica de direito público, da qual faça parte, ingressar como litisconsorte".[3] Parte da doutrina e da jurisprudência diverge quanto a este

[2] *Cf.* MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional.* 9.ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 157.
[3] *Idem.* p. 161.

tema. Tem-se considerado que a entidade ou órgão a que pertence a autoridade coatora figuraria no pólo passivo do mandado de segurança, em litisconsórcio necessário com aquela.

Podem ser objetos do *writ* os atos praticados pelos integrantes dos Poderes da União, Estados e Municípios, autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e pessoas jurídicas de direito privado que desempenhem funções delegadas pelo Poder Público.

Cabe distinguir a autoridade pública, que detém o poder de decisão, do agente público, que executa o ato impugnado.[4] Assim, apenas os atos ilegais praticados ou ordenados pela autoridade pública são suscetíveis de impugnação por via de mandado de segurança.

Por direito líquido e certo, entende Hely Lopes Meirelles, ser "o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração". E continua, "quando a lei alude a direito líquido e certo, está exigindo que esse direito se apresente com todos os requisitos para o seu reconhecimento e exercício no momento da impetração. Em última análise, direito líquido e certo é direito comprovado de plano".[5] Por tal motivo, não há dilação probatória em sede de mandado de segurança.

3. Liminar

Etimologicamente, a expressão liminar deriva do termo latino "*in limine*", que significa "no começo". Dessa forma, liminar é medida de caráter acautelatório e instrumental, deferida *inaudita altera parte*, ou seja, antes da efetivação do contraditório, cujo objetivo é resguardar a plena eficácia da futura sentença de mérito proferida no julgamento da lide. É, para Sérgio Ferraz, "o pressuposto básico de preservação da possibilidade de satisfação, *in natura*, do direito invocado pelo impetrante".[6]

---

[4] *Cf.* MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, *habeas* data, ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade. Atualizada por Arnold Ward e Gilmar Ferreira Mendes. 22 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000. p. 32.

[5] *Idem*. p. 36.

[6] FERRAZ, Sérgio. *Mandado de Segurança (individual e coletivo): aspectos polêmicos*. São Paulo: Malheiros Editores, 1992. p. 108.

Segundo os ensinamentos do mestre Calmon de Passos, "a liminar não é liminar em função de seu conteúdo, mas em decorrência do seu momento e das circunstâncias do seu deferimento".[7]

Para concessão da liminar, faz-se mister a presença de dois requisitos, quais sejam: a fumaça do bom direito e o perigo da demora.

O *fumus boni iuris* resulta da análise prévia do direito alegado pelo autor a fim de constatar a sua relevância. No caso do mandado de segurança, são necessários indícios capazes de comprovar o direito líquido e certo alegado pelo impetrante. Conforme os ensinamentos de Liebman, consiste na formação de um juízo de probabilidade sobre a existência de um direito cuja tutela é pedida no processo.[8]

O *periculum in mora* é o receio de que, no aguardo do término do processo, ocorra o aniquilamento do direito do autor. Mais do que isso, é o perigo de lesão ao direito ameaçado, que tornaria mais difícil ou impossível a sua tutela. É a possibilidade de a demora do processo tornar ineficaz a finalidade do mandado de segurança.

Portanto, presentes os pressupostos, é dever do juiz, no exercício da função jurisdicional do Estado, conceder a liminar, não sendo, assim, um ato de liberalidade. Frise-se: inexistentes os requisitos de admissibilidade, não deve ser concedida a medida liminar. Cabe ao juiz analisar, com prudência, o caso concreto.

De suma importância é a lição do professor Hely Lopes Meirelles: "Se é certo que a liminar não deve ser prodigalizada pelo Judiciário, para não entravar a atividade normal da Administração, também não deve ser negada quando se verifiquem seus pressupostos legais, para não se tornar inútil o pronunciamento final a favor do impetrante".[9]

---

[7] PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil.* v. 3. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 18.

[8] LIEBMAN, Enrico Tullio. Manual de Direto Processual Civil. v. 1. 2.ed. Tradução e notas Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p. 217.

[9] MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. Cit.* p. 75.

4. Remédios cabíveis contra a liminar concedida em mandado de segurança

4.1. Recursos propriamente ditos

A Lei nº.1.533/51 tratou especificamente dos recursos cabíveis na ação de mandado de segurança: apelação (art. 8º), recurso de ofício (art.12, parágrafo único) e agravo regimental (art.13). Todavia, não excluiu a possibilidade de cabimento das demais espécies recursais. Atualmente, são cabíveis contra o mandado de segurança os recursos previstos pelo Código de Processo Civil, desde que presentes seus requisitos de admissibilidade, salvo os embargos infringentes em apelações decididas por maioria (súmulas 597 do STF e 169 do STJ).

Contudo, de grande monta mostrou-se a discussão sobre o cabimento do agravo no mandado de segurança.

O agravo é o recurso cabível contra as decisões interlocutórias (art.522 do CPC) proferidas no curso do processo e capazes de provocar prejuízo às partes em virtude de seu conteúdo decisório.

Aqueles que defendem a impossibilidade alegam a incompatibilidade do agravo com o mandado de segurança em virtude da natureza célere e sumária, peculiar a esta espécie de ação. Contra a decisão interlocutória proferida (liminar), admitia-se a impetração de outro *writ*. Era este o posicionamento do extinto TFR.

Além disso, a impetração de um novo *mandamus* era capaz de suspender o cumprimento da decisão agravada. Mas, este argumento foi derrotado com a nova redação dada ao art.558 do CPC, que conferiu a possibilidade do agravo com efeito suspensivo em caso de lesão grave e de difícil reparação, sendo relevante a fundamentação.

A Lei nº. 9.139/95 modificou a sistemática do agravo, conferindo-lhe maior celeridade e simplicidade, com sua interposição diretamente no Tribunal e em autos apartados. O advento da referida lei enfraqueceu os argumentos contrários ao seu cabimento no processo de mandado de segurança. Com isso, a maioria da doutrina e da jurisprudência tendeu a admitir sua interposição para evitar que decisões prejudiciais às partes e à Justiça fiquem sem remédio. Neste sentido decidiu a Segunda Turma do STJ:

> "PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGU-RANÇA IMPETRADO APÓS O ADVENTO DA LEI N. 9.139/95. LIMINAR INDEFERIDA PELO JUIZ DE PRIMEIRO GRAU. IMPETRAÇÃO DE OUTRO WRIT, ATACANDO A DECISÃO JUDICIAL: IMPOSSIBILIDADE. MEIO DE IM-PUGNAÇÃO ADEQUADO: AGRAVO DE INS-TRUMENTO. RECURSO IMPROVIDO.
> I - Antes do advento da lei 9.139/95 ("Lei do agravo"), admitia-se a impetração de mandado de segurança contra decisão indeferitória de liminar em outro writ. Atualmente, contra decisão monocrática que indefere liminar em writ, cabe tão somente recurso de agravo de instrumento e não outra ação de mandado de segurança. Hoje, não há mais que se falar em writ para conferir efeito suspensivo a recurso, nem em mandado de segurança como sucedâneo de recurso sem efeito suspensivo. Em suma, o mandado de segurança voltou ao seu leio natural, deixando de ser a panacéia de outrora. Precedente do STJ: RMS 5.854/PE.
> II – Ainda que a decisão interlocutória seja de conteúdo negativo, a via adequada para impugná-la é o recurso de agravo de instrumento, ao qual pode ser conferido o denominado 'efeito suspensivo ativo'. Interpretação teleológica do 'novo' art. 558 do CPC. Precedentes dos tribunais regionais federais.
> III – Recurso ordinário conhecido, mas improvido." (STJ, Recurso em Mandado de Segurança nº 8.516 (97.030297-0)-RS, Segunda Turma, Rel. Min. Adhemar Maciel, julgado em 04/08/97, publicado em 08/09/97)

Barbosa Moreira, comentando o art. 522 do Código de Processo Civil, deixa claro que de modo algum se excluiu o cabimento do agravo no mandado de segurança.[10]

Conforme mencionado, a Lei nº.1.533/51 especificou alguns recursos cabíveis na ação de mandado de segurança, mas não tornou este rol taxativo, isto é, não impediu que fossem utilizados os demais recursos previstos na lei processual civil, inclusive o agravo de instrumento e o

[10] *Cf.* BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. 5. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 485.

retido. Pelo contrário, devem ser aplicadas todas as normas processuais ao mandado de segurança, desde que compatíveis com seu regimento legal. A celeridade do mandado de segurança deve ser atenuada com o fim de evitar decisões distorcidas.

4.2. Pedido de suspensão dirigido ao Presidente do Tribunal

O pedido de suspensão dos efeitos da liminar ou da sentença encontra-se previsto na Lei nº.4.348/64:

> *Art. 4º "Quando, a requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, o Presidente do Tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso (VETADO) suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar, e da sentença, dessa decisão caberá agravo, sem efeito suspensivo, no prazo de cinco dias, contados da publicação do ato." (grifamos)*

Este pedido deve ser formulado não só pela pessoa jurídica de direito público interessada, como prevê o referido dispositivo legal, mas também pelo órgão interessado e pelas pessoas e órgãos de direito privado, que suportem os efeitos da liminar.[11] No mesmo sentido é o posicionamento de Hugo de Brito Machado.[12]

A expressão "ordem pública", prevista no supracitado dispositivo legal, permitiu interpretações diversas para o aplicador da norma, ampliando as possibilidades de suspensão da liminar, e tornando discutível a natureza da decisão. O Ministro do STF, José Néri da Silveira, afirmou que "nesse conceito se compreende a *ordem administrativa em geral*, ou seja, a normal execução do serviço público, o regular andamento das obras públicas, o devido exercício das funções da administração pelas autoridades constituídas".[13] Por isso, cabe ao Presidente do Tribunal competente analisar com cautela e prudência o caso concreto, já que se trata de uma medida excepcional.

---

[11] *Cf.* MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. Cit.* p. 83.
[12] MACHADO, Hugo de Brito. *Mandado de Segurança em matéria tributária.* 3. ed. São Paulo: Dialética, 1998. p. 123.
[13] TFR, Sseg n. 4405-SP, DJU 7.12.79, p. 9.221 *apud* MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. Cit.* p. 83

O despacho do Presidente do Tribunal deve ser motivado e fundamentado. Em caso de suspensão da execução da liminar ou da sentença proferida pelo juiz de primeiro grau, cabe agravo regimental, sem efeito suspensivo. Caso contrário, seu despacho é irrecorrível, de acordo com a súmula nº 506 do STF ("O agravo a que se refere o art. 4º da Lei 4.348, de 26 de junho de 1964, cabe, somente, do despacho do presidente do Supremo Tribunal Federal que defere a suspensão da liminar, em mandado de segurança; não do que a denega."). Todavia, Hely Lopes Meirelles critica esta súmula, argumentando que a manutenção da liminar ou da sentença, isto é, o indeferimento do pedido de suspensão, pode ser tão prejudicial à parte como a sua suspensão.[14]

Todavia, a súmula nº 506 do STF foi revogada pelo § 3º, art. 4º, da Lei nº.8.437/92, com redação dada pela Medida Provisória nº.2180-35 de 24/08/2001, ao dispor que do despacho que concede ou denega a suspensão cabe agravo no prazo de cinco dias. Em consonância com o §4º do mesmo dispositivo legal, também alterado pela referida Medida Provisória, é cabível novo pedido de suspensão dirigido ao STF ou STJ (dependendo da matéria) se do julgamento do agravo tratado no §3º resultar a manutenção ou o restabelecimento da decisão que se pretende suspender.

O art. 25 da Lei nº.8.038/90 dispõe sobre a possibilidade do Presidente do STJ suspender a execução da liminar ou da sentença proferida em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados e do Distrito Federal, com o escopo de evitar grave lesão ao interesse público. Cumpre destacar que já é pacífico o entendimento deste Tribunal Superior sobre a impossibilidade de impetração de recurso especial em relação a essa matéria.

5. Natureza jurídica do pedido de suspensão da liminar

Cumpre esclarecer se o pedido de suspensão é ou não uma espécie recursal. Vale salientar que não há um entendimento pacífico na doutrina, como será demonstrado.

---

[14] *Cf.* MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. Cit.* p. 84.

O ilustre professor Carlos Alberto Menezes Direito inclui o pedido de suspensão dos efeitos da liminar e da sentença no rol de recursos cabíveis no mandado de segurança.[15]

Entretanto, segundo Humberto Theodoro Júnior recurso é "o poder de provocar o reexame de uma decisão, pela mesma autoridade judiciária ou por outra hierarquicamente superior, visando a obter a sua reforma ou modificação ou apenas a sua invalidação".[16] Ao acolher o requerimento, o Presidente do Tribunal "cinge-se a suspender os efeitos da decisão concessiva; não a reforma nem a cassa: ela subsiste embora tolhida na eficácia. Provido que venha a ser o agravo interponível contra a decisão do Presidente, voltam os efeitos a produzir-se *ipso iure*".[17]

Hely Lopes Meirelles, em sua obra sobre o mandado de segurança e outros remédios constitucionais, não tratou do pedido de suspensão no capítulo referente aos recursos, mas sim em um capítulo à parte, denominado de "Suspensão da liminar ou da sentença". É no mesmo sentido o posicionamento do mestre Scarpinella Bueno[18].

Acertada é a posição daqueles que negam a natureza jurídica de recurso ao pedido de suspensão, visto que este não tem por fim reformar, modificar ou invalidar a decisão do juiz de primeiro grau, mas apenas tolher a sua eficácia a fim de impedir a lesão a um direito ainda incerto.

6. Natureza jurídica do ato do Presidente do Tribunal que determina a suspensão da liminar e da sentença.

Existem controvérsias acerca da natureza do ato que suspende os efeitos da liminar.

O requisito básico capaz de ensejar a suspensão é a possibilidade de grave dano ao interesse público. Assim, mesmo que presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, ensejadores da concessão da liminar pelo juiz *a quo*, a sua suspensão ainda poderá ser determinada desde que seja "para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à

---

[15] DIREITO, Carlos Alberto de Menezes. *Manual do mandado de segurança*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1994. p. 133.

[16] THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. V. I. 27. ed. Editora Forense: Rio de Janeiro. 1999. p. 555.

[17] BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Recorribilidade das decisões interlocutórias no processo de mandado de segurança*. Revista Forense. Rio de Janeiro: a.89, 1993 p. 78.

[18] BUENO, Cassio Scarpinella. *Liminar em mandado de segurança: um tema com variações*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 211.

segurança e à economia públicas". Isto mostra, em primeira análise, que não cabe ao Presidente do Tribunal a análise do mérito do mandado de segurança.

Esta foi a primeira interpretação dada à Lei nº. 4.348/64. A decisão do Presidente do Tribunal que determinasse a suspensão da execução da liminar era um ato eminentemente político, mais se aproximando de um ato administrativo, face à imprecisão dos requisitos necessários à suspensão da medida liminar. Isso ocorreu em virtude do contexto histórico no qual a lei foi promulgada, marcado pelo autoritarismo. Não se levava em conta os fundamentos utilizados na impetração e nem a probabilidade de acerto da liminar.

Foi este o entendimento adotado pelo professor Barbosa Moreira: "Ao presidente do tribunal não incumbe reexaminar em todos os aspectos a matéria pertinente à liminar. De modo nenhum está ele autorizado a proceder a nova valoração dos pressupostos legais da medida, para apurar se o juiz *a quo* acertou ou errou em reputá-los presentes. Sua cognição é extremamente limitada: o que lhe cabe verificar é, exclusivamente, se a concessão da liminar – ainda que justificada pela concorrência dos pressupostos legais – acarreta 'grave lesão' a qualquer dos interesses públicos enumerados no dispositivo."

Todavia, surgiram várias interpretações da referida lei, no sentido de ceifar-lhe este cunho político e autoritário, inclusive com manifestações do STF. Esta Corte Maior entendeu que a suspensão da liminar ou da sentença tem natureza cautelar, o que mostra a necessidade de análise dos fundamentos da impetração do mandado de segurança. Tal entendimento pode ser demonstrado pelo voto do Ministro Sepúlveda Pertence, no Agravo Regimental em Suspensão de Segurança:

> *"Verdadeiramente inconciliável com o Estado de Direito e a garantia constitucional da jurisdição, seria o impedir a concessão ou permitir a cassação da segurança concedida, com base em motivos de conveniência política ou administrativa, ou seja, a superposição ao direito do cidadão das* ***'razões de Estado'****. (...) ... o Tribunal abandonou o preconceito segundo o qual, ao deferimento da suspensão de segurança, seria de todo estranha a*

indagação, ainda que em juízo de delibação, da plausibilidade das razões jurídicas opostas pelo Estado à sentença, cuja eficácia se pretenda suspender" (STF, AGRSS-1149/PE, Tribunal Pleno, Rel. Sepúlveda Pertence, julgado em 03/04/97, publicado em 09/05/97).

Ao determinar a suspensão da execução da liminar ou da sentença, o Presidente do Tribunal sacrifica o direito individual do impetrante em favor de toda a coletividade, ou seja, aplica o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado. Para o professor Cassio Scarpinella Bueno, como não há interesse público à margem do direito positivo, o Presidente não pode deixar de analisar o mérito do mandado de segurança, isto é, o requerente da suspensão deve demonstrar, além das razões políticas, a antijuridicidade da medida liminar.[19] Desta forma, passou-se a considerar necessária a ausência dos requisitos ensejadores da medida cautelar, isto é, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* para a suspensão da medida.

Com isso, o pedido de suspensão tornar-se-ia inócuo diante da possibilidade de concessão do efeito suspensivo ao agravo, já que a análise dos requisitos jurídicos poderia ser feita através deste. Sendo mister a comprovação da ausência da fumaça do bom direito e do perigo da demora na liminar concedida, seria inútil pedir a suspensão ao Presidente do Tribunal. Assim, acertada é a posição daqueles que entendem ter o ato de suspensão um caráter apenas político, sem análise dos pressupostos ensejadores da concessão da liminar.

Além disso, não cabe ao Presidente do Tribunal analisar a presença de tais pressupostos jurídicos, já que ele atua como um órgão administrativo, inclusive relacionando-se com outros poderes, o que, impreterivelmente, afetará a sua imparcialidade.

7. O agravo e o pedido de suspensão

O agravo tem por objetivo a reforma ou invalidação da decisão, através do ataque aos pressupostos de direito ensejadores da concessão da medida liminar. Já o pedido de suspensão, como foi sustentado, possui

[19] *Cf.* BUENO, Cassio Scarpinella. *Op. Cit.* p. 224.

um fundamento estritamente político, cuja finalidade é apenas suspender os efeitos da liminar ou da sentença, nos casos em que estas, ao serem efetivadas, possam causar grave lesão à ordem pública.

Assim, tais institutos possuem finalidades específicas e inconfundíveis.[20] No agravo, o ataque à liminar se baseia em outros fundamentos, quais sejam, a falta da fumaça do bom direito ou do perigo da demora.

A possibilidade de requerer o pedido de suspensão não é incompatível com a de agravar. Cada um desses remédios possui sua própria índole e finalidade. Os dois são absolutamente inconfundíveis. De acordo com o novo § 6º do art.4º da Lei 8.437/92, o pedido de suspensão de liminar não é prejudicado nem condicionado pela concomitante interposição do agravo.

O pedido de suspensão, *hodiernamente*, está sendo utilizado de forma abusiva e banal, não se coadunando com o Estado de Direito. Por isso, conforme citado, a jurisprudência tentou imprimi-lhe um caráter jurídico, ou seja, passou-se a considerar necessária a ausência do relevante fundamento da demanda e do perigo da demora para a suspensão da liminar. Em outras palavras, seria imprescindível, de acordo com esta nova tendência, a presença dos dois requisitos (jurídico e político).

Todavia, tal interpretação desvirtua a finalidade do pedido de suspensão, visto que ataca também o direito, matéria própria do agravo, o que fere o princípio da unicidade dos recursos. O objetivo do pedido de suspensão é evitar que naquele momento uma decisão (ainda que perfeita material e formalmente) cause um dano de grandes proporções ao interesse público. Por tal motivo, a liminar ficaria suspensa até que o juiz tenha certeza do direito (não só uma fumaça), ou até que, no caso da sentença, esta seja confirmada pelo órgão *ad quem*.

Com relação ao agravo, o fundamento é exclusivamente jurídico, ou seja, a demonstração da inexistência do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, na decisão concessiva da liminar.

Quando o agravo é recebido no efeito suspensivo, a finalidade se confunde com aquela buscada no pedido dirigido ao Presidente do Tribunal, qual seja, a suspensão da liminar. Todavia, o fim buscado pelo

[20] OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de. *Mandados de segurança e de injunção*. Obra coletiva sob a coordenação de Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 1990. p.286.

agravo é outro: a reforma ou invalidação da decisão. Destarte, o deferimento do pedido de suspensão não impede o prosseguimento do agravo, visto que a reforma ou invalidação da liminar é mais do que a simples suspensão de seus efeitos. Por outro lado, no caso de provimento do agravo, o pedido de suspensão resta prejudicado em virtude da perda de seu objeto.

8. Conclusão

O Código de Processo Civil deve ser aplicado subsidiariamente às regras do mandado de segurança. A modificação operada no agravo com a Lei nº 9.139/95 tornou-o compatível com o procedimento célere deste remédio. Assim, é possível interpor agravo contra decisão liminar proferida no curso do processo de mandado de segurança.

Diante dessa nova sistemática dada ao agravo, não deve prosperar a intenção de parte da jurisprudência de conceder ao pedido de suspensão um cunho jurídico. O pedido de suspensão não é um recurso, visto que analisando apenas a possibilidade de dano à coletividade, não visa à modificação da decisão judicial, mas tão somente a sua suspensão. Por tal motivo, não há violação do princípio processual da unicidade de recursos. A suspensão somente se justifica pela supremacia do interesse público sobre o caso concreto, e não em virtude da falibilidade da liminar.

Desta feita, não obstante a tentativa do STF de ceifar o caráter político do pedido de suspensão, ele continua presente, até pela sua própria natureza. Do contrário, não faria sentido a sua existência.

Indubitavelmente, é um remédio de extrema impor-tância para a proteção do interesse público, desde que a lei determine as hipóteses de cabimento de forma restrita, sem permitir interpretações diversas, como ocorre com a lei atual, o que gera abuso de direito por parte de seus aplicadores.

9. Bibliografia

1. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Recorribilidade das decisões interlocutórias no processo de mandado de segurança.* Revista Forense. Rio de Janeiro: a.89, 1993.

2. _____.*Comentários ao Código de Processo Civil.* v. 5. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

3. BUENO, Cassio Scarpinella. *Liminar em mandado de segurança: um tema com variações.* 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

4. DIREITO, Carlos Alberto de Menezes. *Manual do mandado de segurança.* 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.

5. FERRAZ, Sérgio. *Mandado de Segurança (individual e coletivo): aspectos polêmicos.* São Paulo: Malheiros Editores, 1992.

6. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direto Processual Civil.* v. 1. Tradução e notas: Cândido Rangel Dinamarco. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

7. MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, habeas data, ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade.* Atualizada por Arnold Ward e Gilmar Ferreira Mendes. 22.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

8. MACHADO, Hugo de Brito. *Mandado de segurança em matéria tributária.* 3.ed. São Paulo: Dialética, 1998.

9. MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional.* 9.ed. São Paulo: Atlas, 2001.

10. OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de. *Mandados de segurança e de injunção.* Obra coletiva sob a coordenação de Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 1990.

11. PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil.* v. 3. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

12. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil.* v. 1. 27.ed. Forense: Rio de Janeiro, 1999.

A PROBLEMÁTICA DOS PRECATÓRIOS NA EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA E AS NOVAS PERSPECTIVAS COM O ADVENTO DAS EMENDAS CONSTITUCIONAIS Nº 30/2000 E 37/2002.

Desirée Cristina Rodrigues Vasconcelos
(Aluna do 9º período da graduação em Direito pela UFPE)

Sumário: 1. Considerações gerais; 2. Precatório Judicial: Origens, Conceitos e Procedimentos; 3. O Tratamento dado pela Constituição Federal de 1988 aos Precatórios; 4. As Modificações Advindas da Emenda Constitucional nº 30/2000; 5. Precatório e Requisitório de pequeno valor: modificações trazidas em face da EC nº 37/2002; 6. Considerações finais; 7.Referências bibliográficas.

1. Considerações Gerais

Trata-se de uma crise institucional pela qual vem passando a administração pública, cujo reflexo atinge o judiciário que por sua vez também enfrenta problemas outros inerentes ao sistema, fazendo com que a tão conhecida "questão dos precatórios" piore a olhos vistos, na mesma proporção em que, mais credores fazendários se queixam da morosidade no recebimento de seus créditos.

Com efeito, o privilégio da Fazenda Pública no pagamento de seus débitos é constitucionalmente garantido através do art. 100 da Carta Federal de 1988, no entanto, se estamos em um Estado dito Democrático de Direito, espera-se que todos os órgãos do poder público cumpram fielmente o ordenamento jurídico em vigor, procedendo, entre outras coisas, uma previsão orçamentária suficiente para satisfação de seus credores.

Infelizmente, dá-se atualmente o inverso em nosso país; pois, como desabafa o Ministro Humberto Gomes de Barros: "pagar a dívida não dá placa nem rende votos aos governantes e por isso mesmo eles reduzem ao mínimo a previsão orçamentária e deixam os credores à míngua".[1]

Em face dessa situação, pesquisas realizadas pelo Conselho Federal de Justiça em parceria com a Universidade Federal Fluminense (UFF) com o objetivo de investigar as causas da recalcitrância da Fazenda Pública em relação às ordens judiciais confirmam a gravidade da crise com o resultado alarmante de que apenas 60% (sessenta por cento) dos precatórios devidos em 1999 foram efetivamente honrados, enquanto que os 40% (quarenta por cento) restante das requisições quedaram desatendidas.

Mais ainda, em termos de valor, o montante pago corresponde a 31% (trinta e um por cento) da dívida judicial, enquanto que 69% (sessenta e nove por cento) das condenações não foram adimplidas. Patente, pois, uma das máculas do sistema, qual seja, a de somente solver as pequenas condenações.[2]

Nessa perspectiva, questiona-se: que fizeram dos princípios da moralidade e da legalidade administrativa? Sim, porque se a Carta Magna manda que as entidades de direito público incluam no orçamento verba necessária ao pagamento de seus débitos oriundos de sentença judicial transitada em julgado, constantes de precatórios judiciários apresentados até 1° de julho do ano anterior e isso efetivamente é ignorado pelas mesmas, então, resta lamentar, mas a regra do § 1° da Constituição Federal de 1988 não passa de letra morta.[3]

É do conhecimento de todos que a situação assim se apresenta em vista do endividamento cada vez mais insuportável da União, dos

---

[1] BARROS, Humberto Gomes de. *Execução contra a Fazenda Pública*. THEMIS – revista da ESMEC. Ceará.v.1, nº 1, 1997, p.109-128.

[2] SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. *Execução contra a Fazenda Pública – razões políticas do descumprimento às ordens judiciais*. Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, Secretaria de Pesquisa e documenteção. – Brasília:CJF,2001.

[3] NETTO, Domingos Franciulli. *Notas sobre o precatório na execução contra a Fazenda Pública*. Revista dos Tribunais. São Paulo. Ano 88, v. 768, 1999, p. 39-59.

Estados-membros e dos Municípios, incluindo, em todos os graus, das autarquias.

Entretanto, o discurso acerca da falta de verbas não é privilégio da Fazenda Pública. Os devedores comuns padecem do mesmo mal e tal fato, não os isenta do ônus da execução que lhes penhora os bens para a satisfação dos seus credores.

Por outro lado, a Fazenda Pública, investida da peculiaridade que lhe é inerente, tem ao seu dispor todo um aparato judicial específico (o precatório) para que possa quitar seus débitos, todavia, o que assistimos quotidianamente são atos verdadeiramente odiosos que não pretendem outra coisa, senão o locupletamento ilícito.

Em tempo, se a Lei maior institui o pagamento e a entidade fazendária, ao receber a requisição judicial, não inclui no orçamento próprio quantum necessário à satisfação de seus credores, então, não há escusas, trata-se de flagrante desrespeito à ordem legal instituída.

Não bastasse, publica-se a emenda constitucional nº 30 em 13 de setembro de 2000, legalizando um verdadeiro "calote" ao credor fazendário, na medida em que se introduz o artigo 78 e seus parágrafos no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal, determinando, entre outras coisas, o parcelamento da dívida de ações iniciais ajuizadas até 1º de dezembro de 1999, excetuando as de natureza alimentar.

Recentemente, a emenda constitucional nº 37 de 2002 tratou de particularidades referente à matéria, adentrando em detalhes que, via de regra, deveriam ser trazidos por lei ordinária. O constituinte desse modo não entendeu e o fato é que, matéria específica e controversa, como por exemplo, o que deveria ser entendido por "pequeno valor" agora resta definido no texto constitucional.

Exposto, portanto, o contexto jurídico-político a ser estudado. Registra-se aqui não só a pretensão de demonstrar os institutos e denunciar as situações, como também a de vislumbrar soluções que dependem muito mais de vontade política do que propriamente de reformas legais ou institucionais.

2. Precatórios Judiciais: origens, conceitos e procedimentos.

O termo executar em sua etimologia significa "ir até o fim".[4]

Raramente, da condenação judicial resulta o reconhecimento espontâneo do credor, tornando desnecessário o processo executivo. Assim, é comum entre nós, o credor acionar o judiciário no intuito de conseguir a efetiva prestação jurisdicional.

Via de regra, na prestação jurisdicional executiva, especialmente na obrigação de pagar quantia certa, o exeqüente tem seu crédito satisfeito através da expropriação. Nesses casos, os bens do devedor são alienados a terceiros, para que o preço respectivo seja utilizado no pagamento do exeqüendo. Instaura-se essa situação quando o devedor não paga e tem seus bens penhorados.

Acontece que, na execução contra a fazenda pública não há possibilidade de penhora e conseqüentemente, de expropriação, vez que os bens públicos são impenhoráveis.

Desse modo, criou-se todo um procedimento constante do artigo 100 da Magna Carta e também dos artigos 730 e ss do CPC cuidando do processamento de execuções contra a Fazenda Pública.

Vale ressaltar que este procedimento não prevê um meio efetivo de constranger a Fazenda Pública a pagar o que deve, pois a sentença judicial que a condena, depois de obedecer ao princípio do duplo grau de jurisdição, passa por um processo de liquidação e somente assim origina o meio de execução, ou seja, o precatório, o qual, nada mais é do que uma requisição do juiz da execução ao presidente do Tribunal para determinar que as pessoas de direito público devedoras incluam os respectivos valores devidos no orçamento do exercício seguinte.[5]

O precatório, registre-se, é um processo incidental acessório ao principal que teve sua origem nas Ordenações do Reino e foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro desde a constituição de 1934 sendo mantido pelas demais, inclusive pela carta de 1988 em seu art. 100, sendo que recentemente a matéria sofreu inquietantes modificações com o advento da EC n ° 30 de 2000, e depois com a EC n ° 37 de 2002.

---

[4] BARROS, Humberto Gomes de. *Execução Contra a Fazenda Pública.* Themis – revista da Esmec. Ceará. V.1, nº 1, 1997, p. 109-128.

[5] PINTO, Marcelo. *Execução contra a Fazenda Pública.* Ed. Esplanada, Doutrina nº 11, novembro, 1999, ano II, p. 366-371.

No que tange ao Direito Comparado, este instituto – o precatório – não encontra qualquer similar, consubstanciando-se como instituto tipicamente brasileiro, que apesar de sua maior falha, qual seja, a de não permitir o efetivo cumprimento de sentenças judiciais que impõem qualquer modalidade de um pagamento pelo poder público, encontra-se, justificado pela doutrina, que o tem em conta de remédio necessário, para inibir tanto a chamada advocacia administrativa ou a vontade do administrador como força política do credor ou, ainda, protegidos pela administração, para aquelas condenações ao pagamento em dinheiro, na busca de observar o princípio da impessoalidade.[6]

Nesse sentido, o precatório representa um avanço democrático, destarte careça de coerção efetiva, pois o judiciário, nesse sistema, não tem como obrigar a obediência do seu preceito, não tem instrumentos para satisfazer o credor.

De fato, o Presidente do Tribunal expede o pedido para que os devedores incluam os valores devidos no orçamento do exercício seguinte, mas o efetivo adimplemento do precatório depende da vontade administrativa, pois do descumprimento de tal pedido não resulta qualquer sanção para a Administração, exceto nos casos de preterimento do direito de precedência do credor, quando o mesmo poderá valer-se do seqüestro. (art. 100, § 2º da CF/88).

Resta claro, somente a vontade política que poderá operar uma reforma no sistema de pagamentos do débito público, libertando o Estado do arraigado estigma de "mau pagador".

3. O Tratamento dado pela Constituição Federal de 1988 aos Precatórios.

Como já mencionado anteriormente, o processo de execução contra a fazenda pública tem início após o transito em julgado da ação principal que, como de praxe, deve ter sido morosa face os intermináveis recursos interpostos.

Após liquidada a sentença e transitada em julgado, a quantia certa a que foi condenada a Fazenda Pública será requisitada ao

[6] GRECO FILHO, Vicente. *Da Execução Contra a Fazenda Pública*. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 33.

Presidente do Tribunal, ocasião em que, o juiz da execução indicará as peças necessárias à formação do precatório, de acordo com a regulamentação pertinente, sendo no âmbito da Justiça Federal de primeiro e segundo graus estribada na resolução 258 do Conselho da Justiça Federal de 21/03/2002.

Recebido o requisitório pelo Presidente do Tribunal, a quem compete aferir a regularidade formal do mesmo e assegurar a obediência à ordem de preferência de pagamento do crédito, e, após a atualização do valor em 1° de julho, como determina o parágrafo 1° art. 100 de Constituição, será o crédito inscrito na proposta orçamentária da União ou da entidade de Direito Público devedora para pagamento no exercício seguinte.

O pagamento dos créditos devidos pela Fazenda Pública eram feitos, antes da Emenda Constitucional n°30/00, sem a devida correção monetária acarretando a expedição do precatório complementar.

Se por em lado, a Emenda Constitucional n° 30/00 determina a correção dos créditos até o efetivo pagamento, diminuindo o prejuízo de quem aguada a satisfação de uma ordem judicial, por outro lado, pune o credor quando determina o parcelamento dos créditos não alimentares, em prestações anuais, iguais e sucessivas em até 10 anos, conforme disposto no art. 78 do ADCT.

No âmbito da Justiça Federal foram instituídos, através de lei n° 10.259, de 12/07/2001, os Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Referida lei, redefiniu o conceito de crédito de pequeno valor, anteriormente fixado na Lei n° 10.099/00 e na Lei de Diretrizes Orçamentárias – n° 10.266/02, que regulamentavam o preceito do § 3° do artigo 100 da Constituição Federal, no que tange aos requisitórios de pequeno valor.

Como também já se referiu, a doutrina prestigia o instituto pela previsão do pagamento em ordem cronológica de apresentação. Excetuando dessa ordem apenas os créditos de natureza alimentícia.

São considerados créditos de natureza alimentícia, os trabalhistas; os advindos de indenização por ato cometido por funcionário ou servidor público, os provenientes de indenização de férias e licença-prêmio não gozadas, também os decorrentes de cobrança de correção

monetária em diferenças salariais e por fim os devidos em face de condenação em ação de acidente de trabalho, entre outras.[7]

Há algum tempo, gerou-se uma polêmica em torno do art. 100 da CF/88 que culminou na interposição da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 47 que pretendia que os créditos de natureza alimentar fossem honradas imediata-mente, porém, tal pretensão foi rejeitada pelo Pretório Excelso, que pacificou o assunto determinando que o art. 100 não dispensa precatórios, se limita apenas a livrar os créditos alimentares da rigorosa ordem cronológica reservada as dívidas de outra natureza.

Importante também mencionar a hipótese de seqüestro que, a requerimento do credor, poderá ser autorizada pelo Presidente do Tribunal, a fim de que o credor preterido tenha seu crédito garantido.

Tal dispositivo tem por objetivo evitar a escolha de credores pelo poder público, que não poderá, em nenhuma hipótese, quebrar a ordem constitucional da preferência cronológica, mesmo que um eventual credor do erário público apresente a estas vantagens no adimplemento de seu crédito.

Somente os credores de obrigações definidas como de pequeno valor é que são dispensados do pagamento através de precatórios. Muito se discutiu a respeito do que seria "pequeno valor". Agora, com o advento da EC nº 37/02 o debate chegou ao final, tendo em vista que a citada emenda acrescentou o artigo 87, I e II do ADCT, redefinindo o vago conceito de pequeno valor para a Fazenda Pública estadual e municipal.

4. As Modificações advindas da Emenda Constitucional nº 30 de 2000

Merece apreço a iniciativa do legislador constituinte ao instituir um pagamento real dos precatórios em moeda corrente eliminando a figura do precatório complementar que acarretava substancial aumento de trabalho para o judiciário e para a atividade administrativa.

[7] NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 4ª ed. 1999, p. 174.

Antes, os créditos a serem pagos eram atualizados até 1º de julho e inscritos na proposta orçamentária da Fazenda Pública ou de seus entes, entretanto, como o ente tem até o final do exercício do ano seguinte para solver a dívida, ocorria, neste ínterim, uma desvalorização no valor da moeda, principalmente em tempos de inflação, criando-se, a partir daí, uma série de precatórios complementares que se estendiam ao infinito.

O precatório era pago dando ensejo, imediatamente, a um precatório complementar que ao restar honrado abria espaço para mais um porque havia ocorrido nova desvalorização do valor complementar. Daí se depreende que, somente uma atualização monetária ao tempo do pagamento ao credor poderia obstar tal série.

Publicada a Emenda nº 30/00, o legislador pôs termo a tão complicado problema, entretanto, como tudo tem seu preço e estamos no Brasil, tal iniciativa, parodiando Augusto dos Anjos, é apenas a véspera do escarro.

O legislador risivelmente, nos faz acreditar no pessimismo do antigo aluno da "Casa de Tobias", pois ao afagar o ordenamento com a correção monetária real, apedreja a Constituição Federal quando institui - no art. 78 do ADCT - o parcelamento do débito público para ações iniciais ajuizadas até trinta e um de dezembro de 1999; ignorando com isso, vários princípios constitucionais entre os quais o da legalidade, moralidade, isonomia e da razoabilidade.

Apesar da ironia que tal fato enseja, a situação, em verdade, é de extrema gravidade. O Poder Constituinte Derivado não está autorizado, em hipótese alguma, a afrontar nenhum dos princípios constitucionais e menos ainda qualquer das cláusulas pétreas da Constituição Federal.

Tal previsão de parcelamento da dívida fazendária afronta o princípio da legalidade, na medida em que a sentença judicial condenatória transitada em julgado que garante ao credor o pagamento até o final do exercício seguinte à sua inclusão no orçamento, resta descumprida, descuidando-se de tudo mais que o seu significado expressa, qual seja, o que está contido no art. 5º, XXXVI da CF/88, o qual estabelece: "a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada".[8]

Assim, concordamos com André Netto quando ele expõe: "não se pode deixar de considerar que parte da EC nº 30/2000, ao determinar a

[8] Constituição Federal de 1988. 3ª ed. 1999

protelação do pagamento dos precatórios pelo prazo de 10 anos, acabou por inserir no mundo jurídico, de forma absolutamente abusiva e viciada, um comando jurídico de natureza constitucional que autoriza (logicamente de forma inválida) o descumprimento frontal de uma decisão judicial".[9]

O citado autor persiste no mesmo raciocínio para dizer que "... ao restar determinado que uma decisão judicial condenatória passada em julgado não deve ser cumprida, o legislador constituinte derivado acabou por desatender a cláusula pétrea que de modo algum poderia ter sido afrontada pela EC nº 30/00, que diz respeito à necessária preservação da separação de poderes (inciso III, § 4º do art.60 da CF/88).[10]

Flagrante também o descaso para com o principio de moralidade que se estende ao poder legislativo justamente para não permitir que esse poder use a Constituição Federal através de emendas abusivas e viciadas, que não correspondam ao ideal de vida honesta, de não prejudicar com outrem e de dar a cada um o que lhe pertence, seguindo os princípios de Direito Natural já lapidarmente formulados pelos jurisconsultos romanos.[11]

Infelizmente, tal não se verifica e, novamente, o principio da moralidade é olvidado, como ocorreu com a inclusão do art. 33 no ADCT de CF em 1988. Não bastante aquela hipótese de parcelamento, agora, o legislador pretende outra, ainda mais aviltante.

Maculado também se encontra o principio da Isonomia, constante do "caput" do art. 5º da Constituição Federal, pois quando se permitiu o não pagamento dos precatórios pendentes na data de sua promulgação, o legislador constituinte derivado concedeu tratamento desigual para os iguais, pois todos estavam aguardando o pagamento na ordem cronológica e de repente, alguns (os que tiveram suas ações ajuizadas até 31 de dezembro de 1999) foram apanhados desprevinidamente pela emenda e tiveram suas relações para com o ente devedor prorrogadas, vez que o crédito poderá ser solvido nos próximos 10 anos.

Tal atitude do legislador constituinte reformador, além de atentar contra a isonomia - garantia de todos - é imoral, pois se disfarça

---

[9] NETTO, André L.Borges. EC 30: *a emenda do calote dos precatórios.* http://www.Jus.com.br/Doutrina página principal/doutrina.30/06/02

[10] NETTO, André L. Borges. *idem*

[11] MEIRELES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro.* São Paulo: 25ª ed. 2000. p. 84

de lei para instituir uma verdadeira moratória da dívida pública sem permitir qualquer pronunciamento do credor que se viu obrigado a "engolir" tal desmando.

A razoabilidade, princípio implícito na CF/88 prevendo a proibição de excesso, também foi desrespeitado, vez que não houve por parte do legislador o objetivo de aferir a compatibilidade entre os meios e os fins, de modo a evitar restrições desnecessárias ou abusivas com lesão aos direitos fundamentais.

A Emenda Constitucional nº 30, portanto, também não é razoável, pois no seu art. 2º institui norma que lesiona direitos fundamentais, entre os quais os da igualdade e do direito adquirido.

Diante de tão gritantes afrontas ao ordenamento jurídico, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - OAB juntamente com a Confederação Nacional da Indústria - CNI ajuizaram ADIN contra o art. 2º da EC 30/2000, que introduziu o art. 78 e seus parágrafos no ADCT da CF/88 e no julgamento da medida liminar o min. Nery da Silveira entendeu que quanto aos precatórios pendentes, há aparente ofensa à garantia constitucional no cumprimento das decisões judiciárias contra a Fazenda Pública, porquanto tais precatórios, decorrentes de sentença condenatória trânsita em julgado, e já formados no sistema do art. 100 da CF, garantem ao credor o pagamento até o final do exercício seguinte à sua inclusão no orçamento, violando, assim, o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada (CF/88, art 5º, XXXVI), bem como, quanto a validade da mencionada norma, o art. 60, § 4º, III e IV, da CF ("não será objeto de deliberação.a proposta de emenda tendente a abolir: ... III - a separação dos poderes; IV- os direitos e garanto os individuais.").[12]

Resta-nos aguardar a definitiva decretação pelo Supremo Tribunal Federal da inconstitucionalidade parcial da EC nº 30/00, na parte em que instituiu o referido parcelamento para alguns precatórios.

Lamentável é que, constitucional ou não, a emenda está em vigor e os referidos pagamentos já estão sendo feitos segundo seus preceitos, sem contar que todo aparato administrativo já se encontra adaptado ao novo comando, que em sendo declarado inconstitucional, acarretará novas mudanças no sistema acompanhado de mais gastos para o erário.

[12] Supremo Tribunal Federal.
http//www.stf.gov.Br/noticia/informativo/anteriores/info257.asp

5. Precatório e requisitório de pequeno valor: alterações em face da Emenda Constitucional nº 37 de 2002

Em meio às duas formas de procedimentos utilizados para executar a Fazenda Pública, precatórios e requisição de pequeno valor, e, às vésperas da data base para inclusão dos precatórios para pagamento no exercício de 2003, surge a Emenda Constitucional nº 37/02 acrescentando o § 4º ao art. 100 da Constituição Federal, o qual veda a expedição de precatório complementar ou suplementar de valor pago, bem como o fracionamento, repartição ou quebra do valor da execução, a fim de que o pagamento se faça, em parte na forma estabelecida no § 3º do referido artigo e, em parte, mediante expedição de precatório.

Apenas para relembrar, o § 3º do art. 100 da Carta Federal de 1988 é aquele que estabelece que os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estadual, Distrital ou Municipal em virtude de sentença transitada em julgado, se definidos em lei como de pequeno valor, não serão objeto de precatórios, daí surgindo os requisitórios de pequeno valor, cujo teto é de até 60 salários mínimos no âmbito da Fazenda Federal (art. 3º da Lei nº 10.259 – Juizados Especiais Cíveis e Criminais).

No que se refere aos Estados e Distrito Federal, esse teto alcança até 40 salários mínimos, enquanto que, perante a Fazenda Municipal o patamar é de trinta salários mínimos (art. 87, I e II do ADCT).

As vedações contidas no § 4º do art. 100 da CF/88 consideram a expressão "por beneficiário" e não por processo, a fim de que o pagamento do mesmo beneficiário, no mesmo processo originário não seja feito parte por precatório e parte por requisitório de pequeno valor.

Podemos exemplificar através da seguinte forma: o beneficiário de um precatório teve seu valor atualizado e inscrito em julho de 1999, o qual foi pago em setembro de 2000, sem correção monetária, ensejando, dessa forma, a expedição de precatório complementar. Vamos imaginar que o precatório complementar é de R$ 6.000 (seis mil reais). Antes da EC nº 37/02 este beneficiário receberia seu crédito em 60 dias através do requisitório de pequeno valor. Hoje, na vigência da referida Emenda, o crédito será recebido através do precatório, ou seja, inscrito no Tribunal competente até 1º de julho e incluído na proposta orçamentária do exercício seguinte (2003).

O mesmo ocorre no caso do precatório suplementar: a execução ainda não transitou em julgado, mas o juiz resolve cobrar a

parte incontroversa. Neste caso, para definir a forma de procedimento, se precatório ou requisitório de pequeno valor, considera-se o valor total do crédito e não apenas a parte incontroversa.

Digamos que o valor total do crédito é R$ 18.000,00 e a parte incontroversa é de R$ 5.000,00. Ora, tal importância, é inferior a sessenta salários mínimos, caberia um requisitório de pequeno valor, todavia o valor controvertido, ou seja, R$ 13.000,00 está fora do limite estabelecido para expedição de requisição de pequeno valor e a EC nº 37/02 veda a expedição de cobrança suplementar de modo diverso daquele utilizado para cobrança inicial, se não for considerado o valor total do crédito para definição do procedimento, se precatório ou requisitório de pequeno valor, o credor poderá ter seu direito de receber o crédito total cerceado, face à vedação contida no § 4º "in fine" do art. 100.

O mesmo ocorre se a parte incontroversa for cobrada através de precatório, mesmo que o restante do crédito corresponda a valor inferior a sessenta salários mínimos. O procedimento adotado é o de precatório, visto que a EC nº 37/02 veda procedimentos diversos para cobrança do crédito do mesmo beneficiário no mesmo processo.

Por fim, o § 4º do art. 100 da Constituição Federal, com a nova redação dada pela emenda constitucional nº 37, de 12 de junho de 2002, altera os procedimentos pertinentes à expedição do precatório ou requisitório de pequeno valor no juízo de origem, bem como critérios e requisitos de admissão nos Tribunais competentes.

6. Considerações finais

Voltamos às primeiras linhas desse trabalho e insistimos em dizer que um melhoramento na questão dos precatórios - expedidos nas execuções contra a Fazenda Pública - somente ocorrerá quando a vontade política assim determinar.

A execução de sentenças contra a Fazenda Pública através dos precatórios judiciários é uma regra tipicamente brasileira, sendo considerada como nefanda por muitos doutrinadores que não cansam de clamar pelo seu extermínio.

À míngua desses protestos, o instituto parece festejar vida longa com as publicações das emendas constitucionais 30 de 2000 e 37 de 2002 que vêm complicar mais ainda o que já era complexo desde sua criação. Tal fato causa sérios transtornos para o poder Judiciário, na

medida em que, este, perde a credibilidade frente à sociedade que muitas vezes culpa apenas este último pela morosidade no recebimento dos seus créditos devidos pelo erário.

A discussão acerca do tema, ao tempo da publicação da EC 30/00, provocou finalmente uma reação de ataque e duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade foram impetradas pela OAB e pela Confederação Nacional da Indústria sustentando que a conduta generalizada do descumprimento às ordens judiciais pela Administração Pública traduz-se numa da mais graves rupturas do regime constitucional, por violar os dois pilares do Estado Democrático de Direito, quais sejam, a independência e harmonia dos poderes constituídos e a proteção dos direitos e garantias fundamentais.

Decisões liminares proferidos pelo Ministro Nery da Silveira demonstraram o descontentamento da Suprema Corte com os desmandos do legislador constituinte reformador e, apesar desta não entender o parcelamento inaugurado pela Emenda como um calote oficializado (como pretende a OAB), já vislumbra nesta, afronta a princípios constitucionais.

Em tempo, muitos doutrinadores enumeram, como causas do descumprimento das sentenças judiciais que cominam no não-pagamento de precatórios a questão da burocracia ou ineficiência estatal, do continuo déficit orçamentário e a falta de respeito às instituições jurídicas.

Entretanto, todos concordam que nenhuma dessas questões pode servir de escusas para que a Administração Pública não observe os princípios norteadores desta, encontrados no "caput" do art 37 da CF/88, notadamente os da legalidade estrita e da moralidade.

Enfim, ainda assim, acreditamos na futura moralização de nossas instituições, através do simples e estrito cumprimento dos princípios constitucionais que são os verdadeiros pilares do Estado Democrático de Direito.

Talvez, este seja um sonho apenas, espera-se que não, mas, se for, lembrando Don Pedro Calderón de La Barca, pretender as coisas boas é sempre bom, pois não se perde em fazer o bem, ainda que seja em sonhos.[13]

---

[13] LA BARCA, Pedro Calderón. La vida es sueño, Act. II, 4.ª Apud NETTO, Domingos Franciulli. *Notas sobre o precatório na execução contra a Fazenda Pública.* Revista dos Tribunais, São Paulo: 1999 v. 768. a 88, p.39-59.

7. Referências Bibliográficas

7.1 Livros:

1. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, SP: Saraiva, 1992, vol. 2.

2. GRECO FILHO, Vicente. *Da execução contra a Fazenda Pública.* SP: Saraiva, 1986.

3. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro.* 25ª edição. SP: Melhoramentos, 2000.

4. NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria Andrade de.*Código de Processo Civil Comentado.* 4ª edição. SP: revista dos tribunais, 1999.

5. NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal.*12ª edição.SP: revista dos tribunais, 1995.

6. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito da Constitucional Positivo.* 16ª edição. SP:Malheiros,1999.

7. SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes. *Execução contra a Fazenda Pública- Razões Políticas do Descumprimento às Ordens Judiciais.* Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2001.

7.2 Artigos:

1.BARROS, Humberto Gomes de.*Execução contra a Fazenda Pública.* Themis- revista da Esmec. Ceará: v.1, n.1, p.109-128, 1997.

2. CORREIA, Antonio de Pádua Muniz. *Precatório de pequeno valor. Execução contra a Fazenda Pública.* Revista Tributaria e de Finanças Públicas. a. 8, n.32, p.154, maio/junho 2000.

3. NETTO, Domingos Franciulle. *Notas sobre o Precatório na Execução contra a Fazenda Pública.* Revista dos tribunais a. 88, v.768, p. 39-59, outubro.1999.

4. PINTO, Marcelo. *Execução contra a Fazenda Pública.* Doutrina Adcoas. a. 2, n.11, p.366 novembro.1999.

7.3 Legislação:

1. BRASIL. Emenda Constitucional nº 30. Altera a redação do art.100 da Constituição Federal e acrescenta o art.78 no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, referente a pagamento de Precatórios Judiciários. Diário Oficial da União. Brasília, 14 de setembro. 2000.

2. BRASIL. Emenda Constitucional nº37. Altera os arts. 100 e 156 da Constituição Federal e acrescenta os arts. 84,85,86,87 e 88 ao Ato da Disposições Constitucionais Transitórias.

3. BRASIL. Lei nº 10.559, 12 de julho.2001.Dispõem sobre a Instituição dos Juizados especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal. Diário Oficial da União. Brasília, 12 de julho. 2001.

7.4 Documento eletrônico/ internet:

1. BAPTISTA, Joaquim de Almeida. *Da alteração advinda da Emenda Constitucional 30, que alterou o art.100 e acresceu ao ADCT o art.78.* Disponível na internet: http://www.jus.com.br/doutrina/paginaprincipal/doutrina.30/06/02

2. NETTO, André L. Borges. *EC30: a Emenda do calote dos Precatórios.*http://www.jus.com.br/doutrina/paginaprincipal/doutrina. 30/06/02

3. PRUDENTE, Antonio Souza. *EC30 e a imoralidade da execução precatorial*.
http://www.ius.com.br/doutrina/paginaprincipal/doutrina,30/06/02

4. SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL.
http//www.stf.gov.Br/notícia/informativo/anteriores/info257.asp

O ABUSO NO DIREITO DE RECORRER SOB A ÓTICA DA RETÓRICA ARISTOTÉLICA

Gabriela Tavares Miranda Maciel
(Aluna do 7º período da Graduação em Direito da UFPE, Pesquisadora do PIBIC/CNPq, ex-monitora de Introdução ao Estudo do Direito II)

Sumário: 1. Introdução: a injustiça gerada pela delonga processual; 2. A distribuição do tempo no processo; 3. O duplo grau de jurisdição e o abuso no direito de recorrer; 4. A origem dos recursos protelatórios; 5. A desilusão; 6. Conclusões; 7. Bibliografia.

1. Introdução: a injustiça gerada pela delonga processual

O tempo no processo constitui tema que, embora não receba a atenção devida por parte dos processualistas, é de suma importância para a efetividade do direito de acesso à justiça.

De fato, o direito garantido pelo art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal brasileira, não se limita à afirmação de que todos têm acesso ao Judiciário, envolve também a adequada tutela jurisdicional, exigindo portanto tempestividade e efetividade nessa tutela. Afinal, tempo no processo pode significar prejuízos irreparáveis ou de difícil reparação ao litigante.

Já de muito se repete que a justiça tardia é injustiça temerária. Entretanto, de nada adianta, como bem ressalta Marinoni, "a doutrina continuar afirmando, retoricamente, que a justiça atrasada é uma injustiça, se ela não tem a mínima sensibilidade para perceber que o processo sempre beneficia o réu que não tem razão"[1].

[1] MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Antecipatória, Julgamento Antecipado e Execução mediata da Sentença*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 15.

A interposição de recursos meramente protelatórios consiste hodiernamente numa das grandes causas da demora na prestação jurisdicional. Se é certo que diversos são os fatores a provocar esse retardamento, verifica-se que o abuso no direito ao recurso é um dos principais agentes complicadores da tutela tempestiva do direito pleiteado em juízo.

Aristóteles já observara as minúcias que podem levar a parte a atuar de maneira desleal, levando a um desfecho injusto da lide. O filósofo aponta, inclusive, algumas circunstâncias que corresponderiam ao que hoje se denomina de abuso no direito de recorrer e que àquela época poderia significar apenas o uso da retórica no discurso judicial.

Ora, pretende-se na presente discussão abordar o tema dos recursos meramente protelatórios, partindo-se para uma sucinta análise das hipóteses de sua ocorrência, e, ao final, observar algumas das apreciações propostas por Aristóteles em sua *Retórica*[2].

2. A distribuição do tempo no processo

Sob a perspectiva processualista, autor seria aquele que pleiteia o reconhecimento de um direito, enquanto réu é o sujeito processual que pretende a declaração de inexistência do direito requerido pela parte autora. Não obstante, deve-se atinar para o fato de que o autor, em verdade, almeja a mudança de uma realidade fática, quando, por outro lado, o requerido visa à manutenção da situação empírica, justamente porque, de regra, o bem jurídico pretendido está em poder do réu.

Desse modo, a contenda pelo bem da vida, exatamente por exigir tempo, só pode prejudicar o autor que tem razão, beneficiando o réu que não a tem[3]. Como conseqüência, a delonga processual é favorável

[2] ARISTÓTELES. *Retórica*. Trad. ALEXANDRE JÚNIOR, Manoel; ALBERTO, Paulo Famrhouse; PENA, Abel do Nascimento. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1998.

[3] Marinoni bem afirma que "é preciso admitir, ainda que lamentavelmente, a única verdade: a demora, sempre beneficia o réu que não tem razão". MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Antecipatória, Julgamento Antecipado e Execução mediata da Sentença*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 16-17.

a este último, tornando-se, na grande maioria das vezes, um ótimo negócio!

Explica-se: o réu pode até não pretender demonstrar a falta do direito do autor, mas tão somente manter o bem jurídico em seu patrimônio pelo maior lapso de tempo possível[4]. E o processo como está estruturado hoje tende a colaborar com essa situação.

A estrutura processual faz com que o tempo no processo seja suportado unicamente pelo autor, representando uma tremenda injustiça. O fator temporal não pode prejudicar o autor e apenas beneficiar o réu. As partes devem ser tratadas de forma isonômica. Os ônus decorrentes da demora na solução da lide não devem ficar a cargo somente do requerente. É preciso que ambas as partes suportem tal carga, proporcionando um tratamento igualitário entre os litigantes.

As resistências dilatórias são encorajadas, na medida em que o processo, em virtude de sua duração, cada vez mais, leva à premiação dessas resistências por oferecer vantagens econômicas, já que, no mais das vezes, ao réu é mais conveniente e viável sob o ponto de vista econômico esperar a decisão desfavorável, mantendo o bem da vida sob sua esfera jurídica, que cumprir a obrigação pontualmente.

Chiovenda, com toda sua propriedade, atinando para a citada celeuma, conclui: "a necessidade de servir-se do processo para obter razão não pode reverter em dano a quem tem razão", caso contrário "a administração da justiça faltaria ao seu objetivo e a própria seriedade dessa função do Estado estaria comprometida se o mecanismo organizado para o fim de atuar a lei tivesse de operar com prejuízo de quem tem razão".

Destarte, uma vez reconhecido o direito do autor, caso o réu recorra, não é justo que seja o autor a parte a suportar, ainda, o tempo do processo. Se o pedido do requerente já foi considerado procedente, e o requerido, insatisfeito com a decisão, recorre, deveria ser este último, então, a suportar a delonga processual causada pela interposição de seus recursos.

Diante do exposto, pode-se concluir que para uma correta prestação da justiça, faz-se mister a distribuição do tempo no processo, de maneira que ambas as partes suportem os gravames oriundos da demora na prestação jurisdicional. Como o direito de recorrer é constantemente

[4] ANDOLINA, Ítalo. *Cognizione ed esecuzione forzata nel sistema della tutela giurisdizionale*. Milano: Giuffrè, 1983, p. 28.

utilizado para protelar a solução da controvérsia posta em juízo, verifica-se que o abuso na utilização de tal direito apresenta grande obstáculo para uma efetiva distribuição do fator tempo entre as partes.

Em oportuno, vale salientar, por fim, que a Convenção Européia para Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais garante, em seu art. 6°, §1°, que toda pessoa tem direito a uma audiência eqüitativa e pública, **dentro de um prazo razoável**, por um tribunal independente e imparcial. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, por sua vez, em seu art. 8°, dispõe que "toda pessoa tem direito de ser ouvida, com as devidas garantias e **dentro de um prazo razoável**" (grifo nosso)[5].

3. O duplo grau de jurisdição e o abuso no direito de recorrer

Desde há muito, critica-se o abuso do direito a esses remédios processuais voluntários. Cite-se passagem de José Olympio de Castro Filho: "recorrer é um direito que também se pode abusar, e de que amiúde se abusa largamente com graves prejuízos para uma das partes, que não pode descansar do incômodo da demanda, e para o Estado, cujos tribunais de grau superior cada dia mais vêem aumentar a afluência dos recursos, *a grande maioria deles injustificável*"[6].

Entendendo-se a tempestividade do processo como corolário do direito de acesso à justiça e, portanto, garantido constitucionalmente, o processo deve desenrolar-se de modo que tal direito seja observado e efetivado, não se satisfazendo com mera realização formal.

No direito brasileiro o autor, na maioria dos casos, é obrigado a esperar o duplo grau de jurisdição para ver seu direito reconhecido. Isso porque há uma sacralização do direito de recorrer. As sentenças quase nunca podem ser executadas provisoriamente. O sistema favorece o réu para que recorrendo, mesmo sabendo que lhe falta razão, mantenha em sua esfera jurídico-patrimonial o bem pretendido pelo autor ou arranque deste concessões ou acordos vantajosos, prejudicando-o.

Observe-se, também, que o abuso no direito de recorrer é mais grave que o abuso do direito de defesa, pois o autor encontra-se ainda mais fragilizado e menos resistente a suportar a espera, que poderá ser

---

[5] Note-se que tal disposição tem plena vigência na ordem jurídica brasileira em face da previsão do art. 5°, § 2° da Constituição Federal de 1988.

[6] CASTRO FILHO, José Olympio de. *Abuso do direito no processo civil*. Belo Horizonte: Imprensa Oficial, 1955, p. 142-143.

bastante longa, da efetivação de seu direito. Diante desse quadro torna-se mais fácil para o réu oferecer ao autor o tempo no processo em troca de alguma vantagem patrimonial.

Contra tal injustiça processual, Marinoni, em obra intitulada *Tutela Antecipatória, Julgamento Antecipado e Execução Imediata da Sentença*, aponta algumas "armas", as quais podem ser, resumidamente, assim elencadas:

- a aplicação do art. 557 do Código de Processo Civil, negando o relator seguimento ao recurso manifestamente protelatório;
- a antecipação de tutela nos moldes previstos no art. 273, do CPC;
- a súmula vinculante, que embora sofra bastantes críticas por parte de alguns processualistas, é indicada por Carreira Alvim como "a melhor proposta para acelerar a prestação jurisdicional"[7];
- execução imediata da sentença, pois de nada adiantaria falar em distribuição no tempo do processo se a efetivação do direito não ocorre;
- a extinção dos embargos infringentes; e
- a condenação por litigância de má-fé.

Curioso observar que, não obstante tanto o autor como o réu possa interpor recursos infundados, uma simples análise da jurisprudência[8] quanto às condenações por litigância de má-fé levam à conclusão de que é a parte ré que recorre abusivamente, pois afinal de contas é quem pretende a manutenção do *status quo* para assim auferir vantagens, mesmo sabendo não possuir razão e que ao fim da lide será reconhecido o direito do autor.

---

[7] ALVIM, José Eduardo Carreira. *Alternativas para uma maior eficácia da prestação jurisdicional*. Doutrina. v. 1, p. 29.

[8] Vários são os julgados que têm se prestado a reprimir o uso dos recursos como meio meramente protelatório, embora possa ser percebida ainda certa timidez por parte dos tribunais brasileiros em proceder a tal condenação. Cite-se como exemplo: TJSP, 9ª Câm. Civ., Ap. n. 268.437-2, v.u., julg. em 28.09.1995, rel. Des. Debatin Cardoso; TARS, 2ª Câm. Civ., Ap. n. 186002218, v.u., julg. em 11.03.1986, rel. Juiz Cacildo de Andrade Xavier; TAPR, 6ª Câm. Civ., Ap. n. 96365-7, v.u., julg. em 28.10.1996, rel. Juiz Ruy Fernando de Oliveira; TAPR, 6ª Câm. Civ., Ap. n. 86420-0, v.u., julg. em 12.02.1996, rel. Juiz Ruy Fernando de Oliveira.

Costuma-se apresentar o princípio do duplo grau de jurisdição em defesa do direito de recorrer. Entretanto, o direito de ter a decisão revista por um órgão superior, não é direito garantido constitucionalmente. Em realidade, o direito de acesso à justiça, cujo corolário consiste na prestação jurisdicional efetiva e tempestiva, é muito mais importante que o direito de recorrer, sendo, por isso, garantido pela Carta Magna.

Acrescente-se que nenhum ordenamento positivo considera o duplo grau como garantia constitucional. Aliás, muitos deles prescrevem mitigações ao duplo grau para melhor atender ao princípio do acesso à justiça[9].

Ora, o duplo grau permite ao réu uma maior permanência com o bem litigioso em sua esfera jurídica, prejudicando o autor que tem razão, à proporção em que este, embora já tenha seu direito reconhecido por decisão do juiz de primeira instância, terá que esperar, na maioria das vezes, o julgamento do recurso, ou, então, que ceder a acordos desvantajosos e injustos propostos pelo réu em troca do tempo no processo.

É de praxe os que advogam a favor do duplo grau afirmarem que ninguém se conforma com uma única decisão desfavorável. Óbvio que ninguém gosta de deliberação contrária à sua pretensão, mas tal desgosto não irá se desfazer se a decisão for confirmada. Fala-se também na possibilidade do juiz de primeiro grau errar. Ora, será que o magistrado de segunda instância não é homem e falível do mesmo modo? Outro argumento seria a maior experiência dos juízes de segundo grau. Entretanto, experiência não significa necessariamente melhor formação ou instrução.

Marinoni incisivamente afirma que o duplo grau "é uma boa desculpa para o réu que não tem razão retardar o processo". O jurista propõe, inclusive, que nos casos de matéria de fato, ou ao menos em algumas hipóteses de matéria exclusivamente de fato, o duplo grau seja dispensado, em favor da qualidade e tempestividade da prestação jurisdicional[10]. Justifica-se tal entendimento pelo fato de o juiz singular estar mais próximo da realização das provas no processo. É por isso mesmo

---

[9] Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Antecipatória, Julgamento Antecipado e Execução mediata da Sentença*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 219.

[10] MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Antecipatória, Julgamento Antecipado e Execução mediata da Sentença*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 213, 219.

que o doutrinador em comento defende a permanência do duplo grau apenas em matéria de direito, quando teria importância para a uniformização da jurisprudência.

Mauro Cappelletti se posiciona no mesmo sentido: "El hecho es que, cada vez que se añade un nuevo grado de jurisdicción, no solamente se le hace un buen servicio a la parte que no tiene razón, sino que se le hace también obviamente un mal servicio, a la parte que la tiene. El exceso de garantías se vuelve contra el sistema"[11].

Astuciosa ainda é a observação de Ovídio Baptista, referindo-se ao afastamento do processo do "devido processo legal" em razão do aumento de sua duração: "O 'devido processo legal' é um privilégio processual reconhecido apenas aos demandados? Ou, ao contrário, também os autores terão direito a um processo igualmente 'devido', capaz de assegurar-lhes a real e efetiva realização prática – não apenas teórica – de suas pretensões? Um processo capenga, interminável em sua exasperante morosidade, deve ser reconhecido como um 'devido processo legal', ao autor que somente depois de vários anos logre uma sentença favorável, enquanto se assegura ao réu, sem direito nem mesmo verossímil, que demanda em procedimento ordinário, o 'devido processo legal', com plenitude de defesa?"[12]

Em face das observações sugeridas, conclui-se que o duplo grau de jurisdição não é sinônimo de uma maior qualidade na prestação jurisdicional, ao revés, pode representar sérios prejuízos à parte que tem razão e que teve seu direito já reconhecido pelo juiz de primeiro grau, principalmente quando a isso se alia à interposição de recursos manifestamente protelatórios.

4. A origem dos recursos protelatórios

Retórica, conforme os ensinamentos aristotélicos, seria a capacidade de encontrar o que é adequado a cada caso com o fim de persuadir. Em outras palavras, a retórica apresenta a faculdade de descobrir os meios de persuasão sobre qualquer questão dada.

---

[11] CAPPELLETTI, Mauro. Dictamen iconoclastico sobre la reforma del proceso civil italiano. In: *Proceso, ideologías, sociedad*. Buenos Aires: EJEA, 1974, p. 279.

[12] SILVA, Ovídio Baptista. A "plenitude de defesa" no processo civil. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *As garantias do cidadão na justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993.

Segundo Aristóteles, três são os gêneros de retórica: deliberativo, judicial e epidíctico. Para a discussão aqui proposta, interessa o discurso judicial, a que convém mais o uso dos entimemas[13]. A utilização desses silogismos retóricos consiste em demonstrar que de certas premissas pode resultar uma proposição nova e diferente pelo simples fato delas serem sempre ou quase sempre verdadeiras[14].

Ao tratar do discurso judicial, Aristóteles, de certa forma, define injustiça como o ato de causar dano voluntariamente em violação ao Direito. No entanto, o filósofo vai mais longe, destrinchando diferentes situações que poderiam ser consideradas injustas. Ainda com o fito de oferecer subsídios para construção de argumentos, são estabelecidas e exemplificadas circunstâncias que geram o prazer e sentimentos agradáveis; critérios do justo e do injusto, além de critérios sobre a gravidade dos delitos.

Por fim, são tecidas considerações sobre os meios de prova utilizados, diferenciando-se as provas em técnicas, comuns a toda a espécie de discurso, e específicas ou não técnicas, próprias do discurso judicial. Técnicas são as provas que podem ser preparadas por método pelo próprio orador. São apontadas como específicas as leis, os testemunhos, os contratos, as confissões e o juramento.

Evidente é a constatação de que muitas das observações aristotélicas necessitam ser adaptadas à realidade atual, como as provas não técnicas que hodiernamente assumiram feições diversas. Entretanto, muitos aspectos importam para a compreensão do tema abordado, principalmente no que se refere à conjuntura do abuso do direito de recorrer.

Aristóteles assinala várias ocasiões que levam uma pessoa a cometer injustiça. E o emprego de recursos com a finalidade exclusivamente de protelar a solução da lide, em verdade, não passa de ato injusto e desleal para com a parte cuja boa-fé configura princípio norteador de seu agir no processo, trazendo, de forma mediata, prejuízos, a toda a administração da justiça.

Dentre as razões, determinadas por Aristóteles, pelas quais se comete injustiça destaque-se, em virtude da pertinência à matéria, o fato

---

[13] Entimema: espécie de silogismo; é o silogismo retórico. Entende-se o entimema como um silogismo abreviado, pois uma das premissas não é expressa.

[14] ARISTÓTELES. *Retórica*. Trad. ALEXANDRE JÚNIOR, Manoel; ALBERTO, Pauio Famrhouse; PENA, Abel do Nascimento. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda. 1998, p. 51.

de pensar que "o seu ato não será descoberto ou, se o for, que ficará impune; ou porque se este for punido, a punição será menor do que o lucro que esperam para si mesmos ou para aqueles de quem cuidam. (...) Aqueles para quem o castigo não é igual ao benefício" [15].

Pois bem, pode-se dizer que são interpostos recursos meramente procrastinatórios justamente nas hipóteses destacadas. Ou se tem a idéia de que o intuito protelador não é perceptível, ou acredita-se que mesmo se descoberta tal intenção não haverá penalidade, ou, ainda, que, se punição houver, não será proporcional à vantagem auferida com a manutenção do bem jurídico em litígio na sua esfera patrimonial.

Infelizmente, é de fácil constatação a constante ocorrência do abuso realizado por litigantes mal-intencionados. Eles argumentam até o inexistente para fundamentar sua pretensão e o fazem de maneira tão persuasiva que chegam a convencer os mais descuidados, ou "ocultos aliados", que seu direito "é bom". E mesmo quando é percebida ou "descoberta" a má-fé na utilização dos remédios processuais voluntários, na grande maioria das vezes, não é aplicada nenhuma sanção. Absurdo. Mas condiz com a realidade.

Não obstante, tenham ocorrido diversas condenações por litigância de má-fé em virtude de reconhecimento da interposição manifestamente protelatória de recursos, o número é bastante pequeno quando comparado à quantia de recursos improvidos. Há, ainda, muito receio por parte dos magistrados. Além disso, muitas dessas condenações são "derrubadas" em segunda instância.

Entretanto, pior de tudo é perceber que nos casos em que são aplicadas penalidades pela interposição procrastinatória dos recursos, tais condenações, muitas vezes não imprimem o efeito de amedrontar e evitar novas interposições, pois muitas vezes é mais vantajoso recorrer, mesmo sabendo não possuir razão e pagar eventual multa, que cumprir a obrigação pontualmente, tendo em vista que a manutenção do bem é mais rentável e a punição não representa grandes perdas em face da vantagem auferida pela conservação do bem na respectiva esfera jurídico-patrimonial por mais algum tempo.

Diante desse contexto, pode-se facilmente afirmar que o sistema, como está, favorece ao recurso procrastinatório.

---

[15] ARISTÓTELES. *Retórica*. Trad. ALEXANDRE JÚNIOR, Manoel; ALBERTO, Paulo Farnrhouse; PENA, Abel do Nascimento. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1998, p. 88-89.

Aristóteles ainda analisa contra quais pessoas seriam cometidas as injustiças, cabendo destacar os que "não têm vantagem em perder tempo à espera do veredicto ou de uma indenização, como é o caso dos estrangeiros e dos trabalhadores por conta própria; pois transigem com pouco e facilmente desistem do processo"[16].

Em verdade, o mais pobre não pode esperar muito tempo para ver seu direito reconhecido. E muitas vezes tal particularidade é aproveitada para obtenção de vantagem, pois se propõe um acordo em troca do tempo no processo. Nesse acordo perde-se parte do direito em troca de tê-lo, mais rapidamente. Nesses termos é o depoimento de Mauro Cappelletti: "A duração excessiva é fonte de injustiça social, porque o grau de resistência do pobre é menor que o grau de resistência do rico; esse último, e não o primeiro, pode normalmente esperar sem dano grave uma justiça lenta"[17].

Se a morosidade do provimento jurisdicional traz lesão para a administração da justiça como um todo e para o litigante que tem razão, maior será o dano causado àquele que não pode esperar o tempo demandado no processo, muito menos a duração prolongada pelo uso de recursos procrastinatórios, sendo obrigado, dessa forma, a transigir com pouco, como já afirmara Aristóteles.

Ante o exposto, verifica-se que são bastante atuais e pertinentes certos ensinamentos aristotélicos, trazendo grande contribuição para abordagem do tema.

5. A desilusão

O Estado a partir do momento que chamou para si o pretenso monopólio da solução de conflitos, proibindo, salvo mínimas exceções, a "justiça com as próprias mãos", firmou compromisso com a sociedade de exercer tal função satisfatoriamente[18]. Portanto, as disfunções da administração da justiça devem ser vistas como um problema sobretudo

---

[16] ARISTÓTELES. *Retórica*. Trad. ALEXANDRE JÚNIOR, Manoel; ALBERTO, Paulo Famrhouse; PENA, Abel do Nascimento. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1998, p. 91.

[17] CAPPELLETTI, Mauro. El proceso como fenómeno social de masa. In: *Proceso, ideologías, sociedad*. Buenos Aires: EJEA, 1974, p. 133-134.

[18] Quanto ao tema do monopólio da administração da justiça ver TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. "Manual de Processo Penal". 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 03 e seguintes.

social, pois levam à insatisfação e ao descrédito, compro-metendo o funcionamento do sistema.

O tardar da prestação jurisdicional é fonte de desestímulo à procura do Judiciário para dirimir conflitos, porque os cidadãos desistem de lutar por seus direitos quando enxergam uma Justiça inatingível. Não há como prever, nem mesmo aproximadamente, o termo final da lide. Portanto, torna-se preferível fazer acordos, ainda que injustos, cedendo parte do direito em troca do tempo ganho, que se aventurar numa interminável, cansativa e desgastante batalha judicial.

Todo esse quadro só poderia resultar a injustiça social, pendendo obviamente para o lado mais fraco. O menos favorecido é exatamente aquele que menos pode suportar os males da morosidade, não lhe restando, muitas vezes, outra alternativa a não ser abrir mão dos seus direitos.

Não poderia haver efeito diverso: quanto maior é o número dos casos de abuso do direito de recorrer, é necessário o desenvolvimento de mais atos processuais e, por conseguinte, maior é a quantidade de juízes e funcionários envolvidos, causando mais congestionamento e morosidade na administração da justiça. A desestruturação do sistema, a que contribui, sobremaneira, a prática da interposição de recursos procrastinatórios, pode até mesmo conduzir à deslegitimação do poder, através daquilo que Cappelletti designou de fuga da justiça estatal[19].

Não bastassem todas as mazelas apontadas, adicione-se o aumento da probabilidade de erro por parte do juiz, já que o momento da decisão final tardará distanciando-se da oportunidade de ocorrência do fato e da produção das provas, à proporção da quantidade de recursos interpostos, os quais sempre demandam tempo para sua apreciação.

Uma verdadeira desilusão é o que sente aquele que, cheio de esperanças, dirigiu-se ao Judiciário pretendendo ver seu direito reconhecido face à violação ocorrida no mundo dos fatos, e, no entanto, encontra uma situação caótica gerada pelo perverso uso de um direito que muitos teimam ainda em garantir, mesmo que para tanto seja preciso o sacrifício de todos os demais envolvidos no processo.

---

[19] CAPPELLETTI, Mauro. Dictamen iconoclastico sobre la reforma del proceso civil italiano. In: *Proceso, ideologías, sociedad*. Buenos Aires: EJEA, 1974, p. 278.

6. Conclusões

O art. 5º, inciso XXXV, da Carta Magna, dispõe que nenhuma lesão ou ameaça a direito será excluída de apreciação do Judiciário. Tal regra constitui o princípio do acesso à justiça compreendendo a efetiva, adequada e tempestiva tutela jurisdicional.

Não basta de fato, afirmar retoricamente que todos têm acesso à justiça, quando a administração judiciária não está organizada de forma a fornecer um adequado provimento jurisdicional. Do mesmo modo, se o Estado, para dirimir os conflitos propostos, exige necessariamente certo tempo, este não pode ser jogado nas costas do autor que tem razão como se fosse o único culpado pela delonga processual. O tempo no processo tem que ser dividido sob pena de transformar o princípio da igualdade processual no que Calamandrei denomina de "coisa irrisória"[20].

Dentre as causas da morosidade do processo, foi destacado o abuso do direito de recorrer, cujos motivos principais seriam a impunidade dessa forma de litigância de má-fé, ou a penalidade de pequena expressão quando comparada ao lucro de manter o bem litigioso por mais algum tempo em seu poder. Viu-se que quem mais sofre com a delonga processual é exatamente o menos favorecido, sendo levado, quase que obrigatoriamente, a acordos desproporcionais.

A interposição de recursos protelatórios atinge o sistema judiciário como um todo, porque funcionários e magistrados empenham-se no desenvolvimento de atos processuais decorrentes da propositura dos recursos, muitos deles ao final julgados improcedentes. Todo esse conjunto só poderia resultar numa tremenda injustiça social, levando à descrença no Poder Judiciário e, quiçá, à sua deslegitimação.

Assim sendo, a questão dos recursos protelatórios é tema que merece cuidado por parte dos aplicadores do direito, sendo de fundamental relevo sua apreciação para o desenrolar de um provimento jurisdicional justo e tempestivo.

---

[20] CALAMANDREI, Piero. *Apud* MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Antecipatória, Julgamento Antecipado e Execução mediata da Sentença*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 98.

7. Bibliografia

1. ALVIM, José Eduardo Carreira. *Alternativas para uma maior eficácia da prestação jurisdicional*. Doutrina. v. 1, p. 29.
2. ANDOLINA, Ítalo. *Cognizione ed esecuzione forzata nel sistema della tutela giurisdizionale*. Milano: Giuffrè, 1983, p. 28.
3. ARISTÓTELES. *Retórica*. Trad. ALEXANDRE JÚNIOR, Manoel; ALBERTO, Paulo Famrhouse; PENA, Abel do Nascimento. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1998.
4. CAPPELLETTI, Mauro. Dictamen iconoclastico sobre la reforma del proceso civil italiano. In: *Proceso, ideologías, sociedad*. Buenos Aires: EJEA, 1974, p. 279.
5. _____ El proceso como fenómeno social de masa. In: *Proceso, ideologías, sociedad*. Buenos Aires: EJEA, 1974, p. 133-134.
6. CASTRO FILHO, José Olympio de. *Abuso do direito no processo civil*. Belo Horizonte: Imprensa Oficial, 1955, p. 142-143.
7. MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Antecipatória, Julgamento Antecipado e Execução mediata da Sentença*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 213, 219.
8. SILVA, Ovídio Baptista. A "plenitude de defesa" no processo civil. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *As garantias do cidadão na justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993.
9. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

ABUSO DO DIREITO DE DEFESA NA TUTELA ANTECIPADA

Paula Albuquerque Armstrong.
(Aluna do 5° período da graduação em Direito da UFPE, ex-monitora de Teoria Geral do Processo e monitora de Constitucional III).

Sumário: 1. Considerações preliminares; 2. Conceito; 3. Hipóteses do abuso de direito de defesa; 4. Tutela antecipada como afronte às Garantias do Contraditório e da Ampla Defesa; 5. Conclusões; 6. Bibliografia.

1. Considerações Preliminares

No presente trabalho pretende-se discutir a respeito do abuso do direito de defesa, um dos requisitos ou modalidades da tutela antecipada. Por conseguinte, o mesmo não poderia ser iniciado sem antes comentar o mencionado instituto, que representou uma inovação no Código de Processo Civil com o advento da Lei n° 8.952, de 13.12.1994, modificando a redação do seu artigo 237.

De acordo com Humberto Theodoro Júnior [1] "O que o novo texto autoriza é, nas hipóteses nele apontadas, a possibilidade do juiz conceder um provimento antecipado que, provisoriamente, lhe assegure o bem jurídico a que se refere a prestação de direito material reclamado como objeto da relação jurídica envolvida no litígio."

---

[1] THEODORO JR, Humberto. *Tutela Antecipada.* In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord). *Aspectos polêmicos da Antecipação de Tutela.* São Paulo: Revista dos tribunais. 1997, p.188.

[2] WATANABE, Kazuo. *Apud* THEODORO JR, Humberto. *Tutela Antecipada.* In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord). Op Cit (n. 1). p. 200.

Complementando a idéia acima exposta, transcreve-se a opinião de Kazuo Watanabe[2]: "A tutela antecipatória é satisfativa, parcial ou totalmente, da própria tutela postulada na ação de conhecimento. A satisfação se dá através do adiantamento dos efeitos, no todo ou em parte, do provimento postulado. Já na cautelar, segundo a doutrina dominante, há apenas a concessão de medidas cautelares que, diante da situação objetiva de perigo, procura observar as provas ou assegurar a frutuosidade do provimento da ação principal. Não é dotada, assim, de caráter satisfativo".

Para concessão da tutela antecipada é necessária a observância dos pressupostos explicitados a seguir:

- **Requerimento da parte** – como um requisito genérico, visto que o artigo 273 do Código de Processo Civil prescreve: " O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial (...)";
- **Prova inequívoca do direito pretendido** – é mais do que a simples aparência do bom direito (*fumus boni iuris),* reclamada para as medidas cautelares. Exige a lei que a prova preexistente seja clara, evidente, portadora de grau de convencimento tal que a seu respeito não se possa levantar dúvida razoável. Como disserta José Joaquim Calmon de Passos [3]: "A prova inequívoca é a do fato título da demanda (caso de pedir) que alicerça a tutela (pedido) que se quer antecipar ";
- **Convencimento do juiz acerca da veros-similhança da alegação do autor** – é a probabilidade da verdade dos fatos alegados pelo autor; é o meio termo entre a certeza e a dúvida, pois se refere ao juízo de convencimento do juiz em torno de todo o quadro fático invocado pela parte que pretende a antecipação da tutela.
- **Reversibilidade do provimento antecipado** – Aqui há uma discussão entre autores, porque alguns defendem que a lei se refere aos *efeitos* da tutela, ou seja, seu plano

[3] PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil.* 8ºed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p 23.

fático, como versa Nelson Nery Júnior[4]: "O provimento nunca é irreversível, porque provisório e revogável. O que pode ser irreversível são as conseqüências de fato ocorridas pela execução da medida". Por outro lado, o jurista Luiz Guilherme Marinoni[5] entende em sentido contrário, defendendo que a irreversibilidade é do *provimento* antecipado, correspondendo este a declarações e constituições provisórias. Com a devida vênia, o presente trabalho filia-se ao primeiro entendimento porque o provimento jurisdicional só se torna irreversível quando coberto pela coisa julgada. Vale salientar que o dispositivo legal que elenca esse requisito (§ 2º do artigo 273 do CPC) objetiva evitar o *periculum in mora* para o autor, mas que não seja à custa de transportá-lo para o réu (*periculum in mora inversum).*

- **Existência da ação em curso** – para haver o requerimento da antecipação da tutela é imprescindível que o processo esteja em curso, ou seja, que o litígio acerca daquele direito material que se quer satisfazer esteja à tona.

Além desses pressupostos genéricos há outros dois que devem ser observados de forma alternativa:

- **A caracterização do abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu ou;** do qual discutirá o trabalho em tela.
- **A existência de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação** – caracterizada pela existência concreta de risco de prejuízo grave ao direito do autor, o que poderia tornar inútil o provimento pretendido.

---

[4] NERY, Nelson .*Apud*, BELLINETTI, Luiz Fernando. *Irreversibilidade do Provimento Antecipado.* In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord). Op Cit (n.1). p.247.
[5] MARINONI, Luiz Guilherme. *Apud*, BELLINETTI, Luiz Fernando. *Irreversibilidade do Provimento Antecipado.* In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord). Op Cit (n.1). p. 248.

Segundo o professor Marcelo M. Bertoldi[6], e baseado nesses dois últimos pressupostos acima referidos, a tutela antecipada pode ser dividida em **mista** ou **assecuratória** e **pura** ou **punitiva.** A primeira visa reprimir a possibilidade de ocorrer dano irreparável ou de difícil reparação (art.273, I do CPC), contém nítidos contornos acautelatórios, já que visa garantir e viabilizar a realização de direito firmado pelo autor. Já a tutela pura é aquela que visa reprimir o uso do processo de forma maliciosa pelo réu, que abusa do seu direito de defesa ou pratica atos nitidamente protelatórios. É exatamente nesta modalidade que se encontra o debate do presente trabalho.

2. Conceito

Feita a inserção do tema num contexto passa-se à definição da idéia de abuso de direito de defesa.

Ocorre quando o réu apresenta resistência à pretensão do autor, totalmente infundada ou contra direito expresso, ou ainda, quando emprega meio ilícito ou escuso para forjar sua defesa, ou seja, enganando o juiz ou desvirtuando a verdade dos fatos.

Humberto Theodoro Júnior[7] menciona: "O direito de defender-se não pode equiparar-se ao direito de agir leviana ou maldosamente, resistindo à pretensão do autor de maneira apenas a tumultuar e procrastinar o andamento do processo".

Enfatiza Eduardo Otieiza[8]: "*Si los participantes dejam de realizar un uso adecuado, com la certeza de la sin rezón, mantienen conductas que limitan la posibilidad de zanjar el conflito, corresponde que el órgano jurisdiccional repruebe tal comportamiento*".

Como se percebe, aquele que abusa do direito de defesa, em geral, busca também protelar o processo como forma de atender seus próprios interesses. Por isso, vale salientar que o legislador ao elaborar o inciso II do art.273 do CPC quis diferenciar o "abuso do direito de defesa" do "propósito protelatório do réu", porém isso não impede que esses pressupostos andem juntos.

---

[6] BERTOLDI, Marcelo M. *Tutela antecipada: abuso do direito e propósito protelatório do réu.* In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). Op Cit. (n.1), p.312.

[7] THEODORO JR, Humberto. *Relatório Brasileiro.* In: MOREIRA, José Carlos Barbosa (coord.). *Abuso dos direitos processuais.* Rio de Janeiro: Forense, 2000.p.114.

[8] OTIEIZA, Eduardo. *Relatório.* In: MOREIRA, José Carlos Barbosa (coord.). Op Cit. (n.7). p.19

Diante disso, vale salientar a opinião de Marcelo M. Bertodi[9] do que seja o abuso do direito de defesa: "(...) se dá na medida em que o réu, no uso dos instrumentos que lhe são postos pelo ordenamento jurídico, extrapola ao seu direito e o faz de modo a prejudicar ilicitamente o autor (...)". Aqui passa a idéia que esse abuso ocorre necessariamente por meios processuais de defesa dos quais se utiliza o réu.

Por outro lado, pode ocorrer o propósito protelatório do réu, a fim de retardar o andamento do feito e impedir uma solução justa e eficaz da lide, utilizando-se outras vias, ou seja, por atos extraprocessuais, não incidindo concomitantemente o abuso de direito de defesa. Um exemplo disso ocorre quando o réu troca de endereço com vistas a dificultar a ciência dos atos processuais.

Diante do exposto, pode-se dizer que o propósito protelatório do réu pode incidir como um abuso do direito de processual (ou seja, utilizando as vias processuais) ou por vias extraprocessuais.

3. Hipóteses do Abuso do Direito de Defesa

A repressão ao abuso de direito no processo liga-se ao Princípio da Igualdade, de modo a possibilitar ao réu o uso dos mesmos mecanismos postos à disposição do autor para o convencimento do juiz, porém, impedindo que os utilize inadequada ou maliciosamente para não quebrar a igualdade, ocasião em que é chamado de litigante de má-fé, segundo o art. 17 do CPC, pois esse Código não apresenta uma definição genérica do abuso de direito de defesa processual.

Foi no Código de Processo Civil Nacional (Dec. Lei 1608, de 18.9.39) que o abuso de direito processual mereceu tratamento amplo e genérico, recebendo conceituação e repressão específica. Decorreu da necessidade de se diferenciar os casos em que ocorre abuso da parte do uso legítimo dos instrumentos colocados à sua disposição com vistas a sua defesa de forma mais ampla possível.

De acordo com o ensinamento da doutrina, norma jurídica e jurisprudência, as formas mais comuns assumidas pelo abuso de direito

[9] BERTOLDI, Marcelo M. *Tutela antecipada: abuso do direito e propósito protelatório do réu.* In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). Op Cit. (n.1),. 314

no processo, (ressaltando que pode ser ocasionado tanto pelo autor como pelo réu, mas no presente trabalho nos interessa especificamente por este ultimo) são as seguintes:

1) Dolo:

Ocorre quando a parte tem intenção de causar dano a outrem se utilizando manobras para desviar a vontade judicial. O sujeito a quem se dirige a parte é o juiz, buscando prejudicar o parceiro na controvérsia processual. Viola-se o Princípio da Lealdade e Probidade Processual entre as partes.

Configura-se, por exemplo, quando o réu ardilosa-mente, induz o julgador a aceitar uma versão falsa da realidade fática da lide provocando um vício da vontade judicial. Imagine-se no que pese a exposição deste trabalho, quando o réu utiliza um meio ilícito como esse para impedir ou protelar a obtenção do provimento judicial pelo autor, justifica-se, claramente, a concessão da tutela antecipada. Outro exemplo de dolo processual que ensejaria a concessão deste instituto é uma defesa baseada na argüição de falsidade do contrato (apresentado pelo autor) quando o réu sabe que o contrato não é falso, mas válido e eficaz.

2) Fraude

Corresponde uma situação muito próxima do dolo, porém, enquanto esse envolve meios ilícitos para provocar erro na vontade do juiz, a fraude vale-se de meios lícitos visando enganar a vontade da lei, configura-se a hipótese prevista no inciso III, art.17 do CPC: "*Reputa-se litigante de má-fé aquele que: III -Usar do processo para atingir objetivo ilegal*". Pode se caracterizar, por exemplo, quando o réu junta ao processo um contrato falso que contradiz com as alegações do autor ou mesmo quando alienar bens causando sua insolvência para tornar ineficaz a execução.

Assim, segundo Castro Filho[10], "a fraude consiste, em regra, em atos reais, queridos e realizados efetivamente, mas combinados de tal

[10] CASTRO FILHO, José Olympio.*Abuso de Direito no Processo Civil.* Rio de Janeiro: Forense, 1960. p. 87-88.

maneira, que ainda sendo ilícitos entre si permitem burlar a lei, e fazê-la produzir efeitos contrários a seu espírito e seu fim".

3) *Temeridade*

É uma das formas de desdobramento do dolo, pois o litigante vai a juízo com plena consciência de que não tem razão, visando protelar o processo, como no caso em que a parte entra com uma ação totalmente despropositada possibilitando ao juiz a concessão da tutela antecipadamente. Configura-se a hipótese do litigante de má-fé prevista no inciso V, art.17 do CPC: "(...) V- *proceder de modo temerário em qualquer incidente do processo.*"

4) *Emulação*

É a defesa injustificada, pela prática de atos sem utilidade a fim de causar dano à outra parte por desrespeito ou represália, ou seja, é o exercício do próprio direito juridicamente protegido, porém, de forma a proporcionar prejuízo a outrem. O art. 3° do Código Processual de 1939 se referia ainda ao *mero capricho* que era, na verdade, uma variante da emulação.

5) *Erro Grosseiro*

Consiste na ignorância inescusável das vias judiciais. É o caso da interposição de recurso sabiamente incabível podendo dar ensejo à Antecipação da Tutela. Pode-se inserir esta modalidade nos incisos I e IV, art.17 do CPC atual: "I - *deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso; VI - provocar incidentes manifestamente infundados*".

Marcelo M. Bertoldi[11] classifica este abuso de direito como uma "defesa carecedora de consistência".

[11] BERTOLDI, Marcelo M. *Tutela antecipada: abuso do direito e propósito protelatório do réu.* In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim.(coord). Op Cit (n.1). p. 312.

6) Protelação do Processo

É uma prática típica do abuso do direito de defesa, prevista no inciso IV, art.17 do CPC: "*IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo*".

O réu cria incidentes ou utiliza artimanhas para procrastinar a solução do litígio. É uma hipótese evidente para a concessão do provimento antecipadamente.

Ao mesmo tempo em que contraria o Princípio da Lealdade e Probidade Processual, afronta também o Princípio da Brevidade e Economia Processual, preceito pelo qual o processo deve ser feito com menor desperdício de tempo e dinheiro, tanto para o Estado quanto para os litigantes.

7) A Falta ao Dever de Veracidade

Elencada no inciso II do art.16 do CPC: "(...) II - Alterar *a verdade dos fatos*". Aqui o réu (ou o autor) visa deturpar a realidade desviando a correta solução da lide. Pode ocorrer também com o silêncio malicioso para manutenção da percepção deturpada dos fatos. Deve, por isso, ser penalizado com a concessão provisória e antecipadamente do provimento à outra parte (desde que presentes os outros requisitos), para que o processo não se torne um instrumento de quem não tem razão, promovendo injustiças gritantes.

Enfim, essas são as modalidades em que se pode enquadrar um excesso de direito por parte do réu, possibilitando o requerimento da tutela antecipada e a sua concessão, desde que presente os pressupostos necessários á sua concretização, já expostos nesta discussão.

4. Tutela Antecipada como Afronte à Garantia do Contraditório e da Ampla Defesa.

Depois do exposto surge a questão de se saber se há compatibilidade da providência da tutela antecipada com o Princípio do Devido Processo Legal, elencado no inciso LIV, art.5° da Constituição Federal: "*Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal*". Desse princípio derivam diversas garantias

processuais, mas para a presente questão interessam a Garantia do Contraditório e da Ampla Defesa.

De início, vale dizer que os princípios e garantias fundamentais nem sempre são absolutos, cabendo ao aplicador do direito harmonizá-los. Diante da concessão da tutela antecipada por conseqüência do abuso do direito por parte do réu, o conflito que aparece é o do Princípio da Efetividade Processual e o Princípio do devido Processo Legal. Este proporciona aos cidadãos a segurança jurídica porque não se pode privar alguém de direitos sem o contraditório e a ampla defesa no processo, que por sua vez, reporta ao direito que todos têm de defesa por todos os meios possíveis e lícitos e também à informação dos atos processuais para que possa reagir. Já o Princípio da Efetividade é a garantia de que o processo deve ter aptidão para cumprir sua função social, política e jurídica, atingindo todos os seus escopos institucionais. Ou seja, a efetividade do processo corresponde à eficiência do sistema processual na consecução da sua missão social de eliminar os conflitos e fazer justiça.

O conflito se dá porque com a antecipação da tutela procura-se a eficiência do processo, ou seja, que o provimento jurisdicional não se torne inútil pela demora do processo, assegurando assim, um resultado útil e efetivo, deixando o contraditório para segundo plano.

Resta então, lançar mão de princípios exegéticos como os Princípios da Necessidade e da Proporcionalidade; admitindo assim, solução limitadora de um direito fundamental diante da necessidade de harmonizar, na medida do possível, os princípios em conflito.

Como lembra o mestre Calmon de Passos[12] "(...) cuida-se da aplicação do princípio da proporcionalidade, que impõe o sacrifício de um bem jurídico, suscetível de tutela subseqüente, em favor de um outro bem jurídico que, se não tutelado de pronto, será definitivamente sacrificado".

No entendimento desse trabalho, o Contraditório e a Ampla Defesa, não serão de todo anulados, apenas "adiados" no momento da concessão da tutela, a fim de evitar a posterior inutilidade do provimento, até porque um dos pressupostos da antecipação é a provisoriedade como conseqüência da reversibilidade do provimento que foi concedido num momento outro precedente ao do trânsito em julgado da decisão. Assim,

[12] PASSOS, José Joaquim Calmon de. Op Cit (n.3), p 17.

depois da antecipação, abrem-se o pleno contraditório e a ampla defesa e só ao final dar-se-á uma solução definitiva da lide.

Além disso, busca-se proporcionar justiça a quem merece, ou seja, àquele que tem como evidente o direito e pode vir a ser prejudicado por um ato da outra parte, pois o réu pode se valer de artimanhas a fim de que o provimento torne-se inutilizado pela demora do processo.

5. Conclusões

Diante do que foi dito percebe-se que a possibilidade de concessão da antecipação da tutela, quando se percebe o abuso de direito de defesa pelo réu, é uma evolução das leis processuais e busca, sobretudo, a garantia da justiça, contemplando o Princípio da Efetividade Processual sem deixar de assegurar as demais garantias processuais asseguradas às partes.

É uma forma apenas de redistribuir o ônus do tempo no processo evitando que o autor tenha seu direito prejudicado, sem, porém, impor ao réu esse prejuízo para seu direito. É um dos instrumentos, de ordem eminentemente pública, para evitar o uso indevido do processo através dos meios legais de defesa postos à disposição do réu.

Busca-se evitar que os ritos processuais ou algo proposital causado pelo réu prejudiquem a obtenção do provimento requerido pelo autor. Isso porque a parte que resiste a pretensão pode utilizar vários meios para impedir ou protelar a satisfatividade do autor, como o dolo, a fraude e emulação conforme visto anteriormente.

Imagine-se o que seria da segurança jurídica e da garantia da justiça se não existisse institutos como a Antecipação de Tutela e as Medidas Cautelares para impedir que o processo se torne um instrumento de quem não tem razão, manipulado por aqueles que conhecem o ordenamento jurídico e utilizam-no como forma de prejudicar outrem. Se hoje, mesmo com esses institutos e muitos outros assegurados pelo nosso direito, já se tem tanta burocracia e processos fraudulentos ocasionando uma baixa eficiência do Sistema Processual Brasileiro.

Enfim, a tutela antecipada como forma de evitar e sancionar o abuso do direito de defesa do réu é uma das muitas conquistas dos cidadãos, rumo a um concreto Estado Democrático de Direito.

6) Bibliografia

1. ALVIM, J.E. Carreira. *Elementos da Teoria Geral do Processo.* 7° ed. Rio de Janeiro: Saraiva. 1999.

2. CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Comentários ao Código de Processo Civil.* 8°ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

3. CASTRO FILHO, José Olympio. *Abuso de Direito no Processo Civil.* Rio de Janeiro: Forense. 1960.

4. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo.* 8ª ed. São Paulo: Malheiros. 2000.

5. GRINOVER, Ada Pellegrini e outros. *Teoria Geral do Processo.* São Paulo: Revista dos Tribunais. 1983.

6. MOREIRA, José Carlos Barbosa (coord). *Abuso dos Direitos Processuais.* Rio de Janeiro: Forense, 2000.

7. PEÑA, Henrique Tibúrcio. *Tutela antecipada: Questões de aplicabilidade.* http://www.ius.com.br/doutrina [24.04.2002]

8. SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil.* 18°ed. São Paulo: Saraiva. 1995.

9. THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil.* 26°ed. Rio de Janeiro: Forense. 1999.Vol.1.

10. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord). *Aspectos polêmicos da Antecipação de Tutela.* São Paulo: Revista dos tribunais. 1997.

A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NA RELAÇÃO PROCESSUAL DE CONSUMO

Jayana Freitas Poggi de Carvalho
(Aluna do 7° período da graduação em Direito da UFPE)

Sumário: 1. Introdução; 2. A inversão do ônus da prova como ato do juiz; 3. Os requisitos essenciais para a inversão; 4. O momento processual da inversão; 5. Os efeitos da inversão; 6. Conclusão; 7. Bibliografia.

1. Introdução

Na sociedade de consumo em que vivemos, o Direito do Consumidor, como "sistema global de normas, princípios e instrumentos de implementação em favor do consumidor"[1], justifica-se cotidianamente e jamais perde sua atualidade. Seu surgimento, decorrente das necessidades sociais, alterou profundamente o Direito tradicional e trouxe mecanismos mais adequados para a tutela do consumidor em suas relações com os fornecedores.

No ordenamento brasileiro, sua relevância tomou vulto com a entrada em vigor da Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990 – *Código de Proteção e Defesa do Consumidor.* Era o reconhecimento da necessidade de uma tutela legal para superar ou, ao menos, minimizar a vulnerabilidade do consumidor.

Mencionado diploma legal inseriu novidades nos diversos ramos do Direito nacional, representando, sem dúvida, um grande avanço. Afinal, o legislador não se limitou a traçar normas de direito material, mas criou um verdadeiro direito processual para os litígios de consumo. Prova disto, é que reservou um título próprio, Título III –

---

[1] BENJAMIN, Antônio Herman V. *O Direito do Consumidor.* Revista dos Tribunais. v. 670, p. 53.

Da defesa do consumidor em juízo, para as normas de natureza processual.

Não se deve, porém, imaginar que a tutela judiciária dos direitos e interesses do consumidor restringe-se a este título. Ao longo do Código, outras regras complementam esta proteção, como a inversão, *ope judicis,* do ônus da prova (art. 6°, VIII), de que trataremos neste trabalho.

A justificativa para a necessidade de uma parte processual no Código de Proteção e Defesa do Consumidor é clara. Como bem destaca Carlos Roberto Barbosa Moreira, a aplicação de princípios clássicos e de normas já tradicionais, em matéria processual, aos litígios de consumo poderia simplesmente inviabilizar o sucesso de inúmeras e legítimas iniciativas, pelas notórias dificuldades com que a parte vulnerável na relação de consumo normalmente depara-se[2].

Dentro desta preocupação com a efetividade do processo destinado à proteção do consumidor e com a facilitação de seu acesso à justiça é que se deve entender a possibilidade do juiz, no âmbito do processo civil, inverter o ônus da prova em favor do consumidor.

No âmbito deste trabalho, sem qualquer pretensão de esgotar a matéria, ressaltaremos alguns de seus pontos relevantes. A princípio, abordaremos o caráter excepcional da inversão do ônus da prova e os requisitos que justificam sua ocorrência como ato do juiz. Depois, trataremos do momento processual em que deve ser determinada e quais os efeitos dela decorrentes. Por fim, em uma breve conclusão, tentaremos sintetizar os aspectos que merecem maior atenção por parte dos operadores do Direito.

2. A inversão do ônus da prova como ato o juiz

Com base na idéia de que é preciso conferir tratamento desigual aos manifestamente desiguais, na exata medida de suas desigualdades, a Lei 8.078/90 trouxe um novo enfoque acerca do equilíbrio das partes na relação processual. Os velhos princípios e normas do Direito tradicional foram postos de lado frente à vulnerabilidade do consumidor.

---

[2] Cf. MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. *O Processo Civil no Código do Consumidor.* Revista de Processo. n. 63. p. 138.

Em busca de uma igualdade real, e não só formal, o legislador pretendeu fortalecer a posição do consumidor em juízo, elevando ao status de direito básico a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a possibilidade de inversão do ônus da prova como meio mais viável para atingi-la.

Desde já, entretanto, destacamos que tal inversão não é automática[3], tampouco pode ser afastado seu caráter excepcional. Trata-se de um direito básico do consumidor e uma das mais importantes inovações processuais do seu Código de Defesa, mas que merece cuidadoso exame.

Como bem destaca Humberto Theodoro Jr, a regra do CDC autorizadora da inversão do ônus da prova deve ser entendida como "extraordinária e não como norma geral automaticamente observável em todo e qualquer processo pertinente a relação de consumo"[4].

A simples existência de um processo judicial entre consumidor e fornecedor não implica inversão do ônus da prova. Nos litígios envolvendo consumidores, assim como nos demais de natureza civil, a distribuição do ônus probatório submete-se, em princípio, às normas do art. 333 do CPC.

A inversão decorre necessariamente de ato do juiz que a determinará ou não, caso a caso, segundo lhe pareçam presentes as condições mencionadas em lei. Antes do pronunciamento do magistrado, cabe ao autor a prova quanto aos fatos constitutivos de seu direito e ao réu, a prova da existência de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor.

Não compartilhamos, portanto, da opinião de que "não está o Juiz obrigado a avisar ou alertar a parte contrária para a inversão do *onus probandi*, se a lide versar sobre relação de consumo", nem de que o "consumidor, quando está em juízo, tem automaticamente garantida a modificação do encargo probatório a seu favor, militando por igual em

---

[3] "Isto quer dizer que não é automática a inversão do ônus da prova. Ela depende de circunstâncias concretas que serão apuradas pelo juiz no contexto da facilitação da defesa dos direitos do consumidor" (STJ, Resp. nº 171.988/RS, 3ª.T., Rel. Min. Waldemar Zveiter, ac. de 24.05.1999, *in DJU* 28.06.1999, p.104).

[4] THEODORO JR, Humberto. *Direitos do Consumidor.* p.142. No mesmo sentido,CALDEIRA, Mirella D'Angelo. *Inversão do ônus da prova.* Revista de Direito do Consumidor. n. 38, p.175, 176.

seu prol a presunção de verossimilhança das alegações e hipossuficiência"[5].

A inversão do ônus da prova de que estamos a tratar, ou seja, a autorizada pelo inciso VIII do art. 6º do Código de Defesa do Consumidor, não decorre diretamente da lei[6]. Esta apenas abriu espaço para sua ocorrência, deixando a cargo do juiz sua concretização ou não, de acordo com o caso *sub judice.*

Tal entendimento depreende-se da própria ênfase que a norma autorizadora dá à participação do juiz, além da subordinação expressa de sua adoção a pressupostos. Caso estivéssemos diante de uma inversão automática do ônus da prova operável em todos os casos por que o legislador a teria condicionado à existência da verossimilhança do alegado ou à hipossuficiência do consumidor?

Em outros casos do Código temos realmente uma inversão *ipso iure* do ônus da prova – como a presunção o vício estabelecida em relação aos defeitos de produtos (art. 12, §3º, II) e de serviços (art. 14,§3º,I)- acerca da qual desnecessária qualquer pronunciamento judicial, mas não na hipótese do art. 6º,VIII. Neste a previsão é de um poder-dever dado ao juiz e seu pronunciamento é imprescindível.

Assim, sem a decisão interlocutória do juiz assentando sua deliberação, não temos *in concreto* a inversão do *onus probandi* e sua distribuição segue as regras tradicionais do Código de Processo Civil.

3. Os requisitos essenciais para a inversão

Como já referido anteriormente, a inversão do ônus da prova para a facilitação da defesa dos direitos do consumidor, prevista no art. 6º, VIII, do CDC, apenas é possível se verificada a verossimilhança do fato alegado ou a hipossuficiência do consumidor. Somente após a

---

[5] GAULIA, Cristina Tereza. *A inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor.* Revista de Direito do Consumidor, n. 40, p. 86 e 88.

[6] "Quando, a critério do juiz, configura-se a hipótese de inversão o ônus da prova, nos termos do art. 6º, VIII, do CDC, sob pena de nulidade, é mister a prévia determinação à parte, em desfavor de quem se inverte o ônus, para que prove o fato controvertido. A inversão, sem esta cautela, implicará em surpresa e cerceamento de defesa". (TARS, 4ª. Câm. Cível, ApCiv 194.110.664)

constatação de um destes pressupostos é que o juiz tem autorização para proceder à inversão.

Não se trata, porém, de mera faculdade do juiz. A inversão ou não do ônus da prova não fica a seu critério, não lhe é dada a possibilidade de escolha. Estando indicadas nos autos qualquer das duas hipóteses, pois o legislador empregou a conjunção alternativa "ou", ele terá o dever de assim proceder. Presente um dos dois requisitos legais, estará o magistrado obrigado a inverter o ônus da prova[7].

Analisando as duas hipóteses de inversão, temos que verossímil é o que não repugna a verdade, o provável, que tem aparência de verídico. Logo, a verossimilhança relaciona-se à presença de indícios favoráveis ao consumidor.

Nas palavras de Humberto Theodoro Jr, "é juízo de probabilidade extraída de material probatório de feitio indiciário, do qual se consegue formar a opinião de ser provavelmente verdadeira a versão do consumidor"[8].

Prescreve o Código que este juízo de verossimilhança deve ser feito "segundo as regras ordinárias da experiência" (art. 6º, VIII), ou seja, com base na observação do que habitualmente acontece.

Quanto à hipossuficiência, ainda não há um consenso doutrinário sobre seu alcance, mas já se percebe uma tendência a refutar uma avaliação feita apenas à luz da questão econômica.

Ganha espaço a tese da hipossuficiência técnica, segundo a qual a proteção deve atingir àquele que não detém conhecimentos técnicos e não àquele que não possui recursos financeiros[9].

Merece também destaque a opinião de que "a hipossuficiência não se refere ao aspecto de natureza econômica, mas ao monopólio da informação"[10]. Afinal, muitas vezes, o consumidor não tem acesso às informações sobre as quais recairia seu esforço probatório, enquanto o

---

[7] Cf. NOGUEIRA, Tania Lis Tizzoni. *A prova no Direito do Consumidor*. p. 124; Cf. CALDEIRA, Mirella D'Angelo. Op.cit. p.173.

[8] THEODORO JR, Humberto. Op. cit. p. 143.

[9] Cf. CALDEIRA, Mirella D'Angelo. Op.cit. p.174-175. No mesmo sentido: NOGUEIRA, Tania Lis Tizzoni. Op.cit. p.123 " A noção de hipossuficiente adotada pelo CDC foi mais abrangente que a expressada na Lei 1060/50".

[10] CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Código do Consumidor e Processo Civil*. Revista dos Tribunais. v. 671, p.35.

produtor possui o monopólio dos dados atinentes ao processo de fabricação.

Por se tratar de um dos direitos básicos do consumidor e serem as normas do Código do Consumidor de ordem pública, a busca por um destes requisitos poderá ser feita tanto a requerimento da parte, como *ex officio*. O essencial é que, ao menos, um deles esteja presente para que o juiz promova a inversão.

4. O momento processual da inversão

Descartado o entendimento da inversão automática do ônus da prova e verificada a necessidade de constatação da hipossuficiência ou da verossimilhança, surge a questão de se saber qual o momento processual adequado para o pronunciamento do juiz. Acerca do tema, tanto a doutrina, como a jurisprudência ainda não se pacificaram.

Para melhor visualização, podemos apontar a existência de três correntes: a primeira admite a inversão por ocasião da sentença, por se tratar de regra de julgamento ou "regras de juízo"[11]; a segunda afirma que já no despacho da inicial deveria o juiz deferi-la; e a última defende que a inversão deve anteceder ao início da instrução.

Por não se tratar a inversão de regra geral, acreditamos que a adoção da primeira corrente resultaria em grave prejuízo ao fornecedor. Este seria surpreendido com a inversão do ônus da prova e, pior, em um momento no qual não teria mais oportunidade de produzir novas provas. Haveria uma espécie de mudança de regras no meio do jogo, ferindo o princípio da segurança jurídica.

Assim, o deferimento da inversão só pode ocorrer antes do julgamento, sob pena de cercear a defesa de uma das partes. Lembremos que não estamos diante de uma inversão legal, mas judicial e que antes de sua efetivação prevalecem as normas do CPC e com base nelas as partes apresentam suas provas.

---

[11] GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. p. 619. Também se filiam a esta corrente Candido Rangel Dinamarco e Cecília Matos.

Corroborando este entendimento, Teresa Arruda Alvim defende que, se o juiz convencer-se da necessidade de inverter o ônus da prova depois de já encerrada a instrução da causa, terá de reabrir a fase probatória, a fim de que o fornecedor tenha oportunidade de produzir a prova que julgar conveniente para liberar-se do novo *onus probandi*[12].

Quanto à segunda corrente, consideramos precipitado o momento apontado, pois ainda não se tem elementos suficientes para justificar a inversão. Faltam dados para o juiz verificar a verossimilhança ou a hipossuficiência.

É importante destacar que não basta a alegação abstrata de que um dos requisitos legais está presente. O juiz deve fundamentar sua decisão, apontando os elementos de convicção que o levaram a constatar a verossimilhança ou a hipossuficiência.

Preferimos, portanto, o entendimento de que a inversão deve ocorrer antes do início da instrução. A ocasião em que o juiz fixa os pontos controvertidos para o deferimento da prova é o momento ideal. Afinal, já foi instaurado o contraditório e o juiz já possui os elementos suficientes para o reconhecimento da hipossuficiência ou da verossimilhança. Ademais, ainda há tempo para que o fornecedor defenda-se tendo em vista seu novo encargo probatório.

Neste sentido decidiu a 4ª. Câm. de Direito Público do TJSP: "deferimento a inversão do ônus a prova deverá ocorrer entre o ajuizamento da ação e o despacho saneador, sob pena de se configurar prejuízo para a defesa do réu"[13].

Por fim, destacamos, como se depreende da própria jurisprudência acima transcrita, que o ato que deferiu ou indeferiu a inversão, por se tratar de decisão interlocutória, é impugnável por meio de agravo.

---

[12] ARRUDA ALVIM, Tereza . *Noções gerais sobre o processo no código de Defesa do Consumidor.* Revista de Direito do Consumidor. v.10, p.256 *apud* THEODORO JR, Humberto. Op.cit. p.149.

[13] AgIn 14305-5/8, rel. Dês. José Geraldo de Jacobina Rabello, j. 05.09.1996.

5. Os efeitos da inversão

A inversão do ônus da prova de que estamos tratando neste trabalho consiste, como já afirmado, na dispensa para o consumidor do ônus de provar determinado fato que, sem a inversão, lhe tocaria provar, pelas regras do Código de Processo Civil.

Trata-se de uma isenção de um ônus para o consumidor e uma conseqüente criação de novo ônus probatório para a parte contrária. A inversão transfere ao fornecedor o encargo de provar que o fato – apenas afirmado, mas não provado pelo consumidor - não ocorreu.

As conseqüências e o alcance desta inversão devem ser analisados em duas hipóteses: no caso de responsabilidade objetiva e no caso de responsabilidade subjetiva. Afinal, apesar da regra do Código do Consumidor ser a da responsabilidade objetiva, a responsabilidade subordinada à comprovação da conduta culposa persistiu em se tratando da atuação dos profissionais liberais.

No primeiro caso, como a culpa representa elemento estranho à responsabilidade objetiva, a inversão funcionará para aliviar o consumidor do ônus de provar o nexo de causalidade.

Já no caso do fornecedor ser profissional liberal, a inversão pode ser aplicada não só para a apuração do nexo causal, como também para a identificação de uma conduta imprudente, negligente ou atécnica da parte deste.

Em nenhuma hipótese, porém, a inversão aliviará o consumidor do dever de provar o dano ou prejuízo cuja reparação se endereça a demanda[14]. O sucesso da iniciativa do consumidor dependerá sempre desta prova, cujo ônus jamais pode ser invertido para o fornecedor.

Por fim, vale destacar uma observação feita pelo doutrinador Carlos Roberto Barbosa Moreira: "se o reconhecimento judicial do seu direito (do consumidor) depender da constatação de uma pluralidade de fatos – uns facilmente demonstráveis; outros, não - a inversão só abrangerá aqueles que, por outros meios probatórios, não puderem ser provados de maneira adequada"[15].

---

[14] Cf. THEODORO JR, Humberto. Op.cit. p.149

[15] MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. *Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor.* Revista de Direito do Consumidor. v.22. p. 149.

A inversão refere-se, portanto, a fato específico, e não a quaisquer fatos que ao consumidor interesse demonstrar. Por isso, cabe ao magistrado, ao se pronunciar acerca da inversão, determinar seus limites, ou seja, quais os pontos probatórios cujo ônus reverter-se-á ao fornecedor.

6. Conclusão

As inovações processuais do Código de Defesa do Consumidor, dentre elas a possibilidade de inversão do ônus da prova, explicam-se, segundo a lição de Ada Pellegrini Grinover, sob a ótica da necessária reestruturação dos esquemas processuais clássicos, para sua adaptação aos conflitos emergentes, próprios de uma sociedade de massa[16].

De fato, não podemos negar a insuficiência pessoal do consumidor em provar, muitas vezes, determinados fatos. Afinal, é o fornecedor quem está em melhores condições de promover a prova de fatos ligados diretamente à sua atividade.

Entretanto, a inversão, apesar de ser determinação legal e direito do consumidor, não é automática, decorrente da simples existência de um processo judicial entre consumidor e fornecedor. Ela resulta, necessariamente, de ato judicial, e não diretamente da lei, como ocorre nas hipóteses de presunção do defeito (art. 12, §3°, II e 14,§3°,I).

Assim, se e enquanto não houver decisão ordenando a inversão, as regras do Direito Processual comum vigoram normalmente no tocante ao ônus da prova. Apenas após a constatação pelo juiz da hipossuficiência do consumidor ou da verossimilhança de suas alegações e sua decisão fundamentada sobre o cabimento da inversão no caso *sub judice*, é que haverá alterações na distribuição do ônus probatório.

Neste ponto, destacamos que o Código não conferiu ao juiz poder ilimitado ou mera faculdade. Havendo a constatação de uma das hipóteses enumeradas expressamente na lei, seja de ofício, seja após requerimento da parte, é dever o juiz ordenar a inversão.

---

[16] Cf. GRINOVER. Ada Pellegrini. *O Novo Processo do Consumidor*. Revista de Processo. n. 62. p.142.

Sempre lembrando que este pronunciamento judicial deve se dar a tempo de conceder ao fornecedor a chance efetiva de desincumbir-se do encargo antes inexistente. Como bem aponta Carlos Roberto Barbosa Moreira: "a finalidade da norma que prevê a inversão é a de facilitar a defesa dos direitos do consumidor, e não a de assegurar-lhe a vitória, ao preço elevado do sacrifício do direito de defesa, que ao fornecedor se deve proporcionar"[17].

Foi em busca de uma igualdade real, e não só formal, que o legislador adotou mecanismos para reequilibrar as relações de consumo e fortalecer a posição do consumidor em juízo. Logo, deve-se tomar cuidado para que a possibilidade de inversão do ônus da prova em favor do consumidor não se converta em causa de um novo desequilíbrio na relação entre as partes.

7. Bibliografia

CALDEIRA, Mirella D'Angelo. *Inversão do ônus da prova.* Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: v. 38, p.166-180, abr./jun. 2001.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Código do Consumidor e Processo Civil.* Revista dos Tribunais. São Paulo: v. 671, p.32-39, set. 1991.

BENJAMIN, Antônio Herman V. *O Direito do Consumidor.* Revista dos Tribunais. São Paulo: v.670, p. 49-61, ago. 1991.

GAULIA, Cristina Tereza.*A inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor.* Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: v. 40, p. 76-92, out./dez. 2001.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *O Novo Processo do Consumidor.* Revista de Processo. n.62, p.141-152, abr./jun. 1991.

_____. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto.* 5.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

[17] MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. *Notas sobre a ....* p. 146.

MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. *O Processo Civil no Código de Defesa do Consumidor.* Revista de Processo. n. 63, p.138-146, jul./set. 1991.

_____. *Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor.* Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: v.22, p.135-149, abr./jun. 1997.

NOGUEIRA, Tania Lis Tizzoni. *A Prova no Direito do Consumidor.*Curitiba: Juruá, 1998.

NUNES, Luiz Antônio Rizzato. *O Código de Defesa do Consumidor e sua interpretação jurisprudencial.* São Paulo: Saraiva, 1997.

THEODORO JR, Humberto. *Direitos do Consumidor: a busca de um ponto de equilíbrio entre as garantias do Código de Defesa do Consumidor e os princípios gerais do direito civil e do direito processual civil.*3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

O PROTOCOLO DE LAS LEÑAS COMO PARADIGMA DAS CARTAS ROGATÓRIAS EXECUTÓRIAS E DA EFICÁCIA EXTRATERRITORIAL DAS SENTENÇAS PROFERIDAS NOS PAÍSES DO MERCOSUL

Rodrigo Vasconcelos Coelho de Araújo
(Aluno do 7º Período da Graduação em Direito da UFPE, Ex-Monitor de Direito Constitucional, Monitor de Direito Penal)

Sumário: 1. Intróito; 2. O Protocolo de Las Leñas e o Direito Processual Internacional; 3. A admissibilidade das Cartas Rogatórias Executórias no direito brasileiro; 4. A Eficácia Extraterritorial das Sentenças Proferidas nos Países do Mercosul; 4.1 Crítica à atual posição do Supremo Tribunal Federal; 5. A Constituição Federal e a desnecessidade de homologação de qualquer sentença estrangeira; 6. Conclusão; 7. Bibliografia.

1. Intróito

Os antecedentes históricos da integração latino-americana remontam ao projeto unificador de Simon Bolívar, que em 1826 convocou o I Congresso Pan-Americano com o escopo de integrar as novas repúblicas espanholas em uma mesma comunidade. Entretanto, os países da América Latina, nos anos posteriores, não formaram uma política efetiva de cooperação.

A tentativa de reintegração latino-americana foi reiniciada em 1960, com a ALALC (Associação Latino-Americana do Livre Comércio), que colimava a união entre os países do Continente para superar o subdesenvolvimento, através de acordos de complementação e diminuição paulatina das tarifas alfandegárias. Contudo, tal hipótese também não logrou o êxito almejado.

Não obstante outras frustrações como a ALADI (Associação Latino-Americana de Integração), o relativo sucesso da União Européia impulsionou o processo de integração entre os países, fazendo com que Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai constituíssem em março de 1991, através da celebração do Tratado de Assunção, o MERCOSUL (Mercado Comum do Sul). Este, além da liberalização do comércio entre os Estados signatários do acordo, previa a adoção de uma política externa tarifária comum, com vistas à criação de um futuro mercado comum, à semelhança do modelo europeu, consoante bem salienta José Carlos Magalhães[1].

É cediço, entretanto, que a integração econômica não se perfaz de forma profícua sem uma real aproximação entre os países em áreas como a comercial, a tecnológica, a cultural, a educacional e, sobretudo, a jurídica. Deste modo, a fim de que a ordem jurídica interna de cada um dos países membros do MERCOSUL não criasse óbices a este inter-relacionamento, foram firmadas inúmeras convenções internacionais visando à cooperação jurisdicional, dentre elas o Protocolo de Medidas Cautelares de Ouro Preto e o Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista, Administrativa, mais conhecido como Protocolo de Las Leñas.

Faz-se mister salientar, todavia, que apesar das inovações trazidas por estes textos ao ordenamento jurídico brasileiro com vistas a promover uma melhor integração entre os membros do MERCOSUL, verifica-se que o Supremo Tribunal Federal vem adotando interpretações, sobretudo em relação ao Protocolo de Las Leñas, que postergam o processo integracionista, elencado no artigo 4º da Constituição Federal.

Neste diapasão, este trabalho terá como desiderato elucidar as principais novidades surgidas com o Protocolo de Las Leñas, tais como a igualdade processual entre os cidadãos residentes nos países do MERCOSUL, as cartas rogatórias executórias e a eficácia extraterritorial das sentenças. Posteriormente, analisar-se-á a posição do Supremo Tribunal Federal em relação a cada uma dessas inovações, para em seguida ser elencada a nossa posição, colimando uma aplicação mais eficaz do Protocolo e em consonância com os preceitos constitucionais.

---

[1] MAGALHÃES, José Carlos. *O Supremo Tribunal Federal e o Direito Internacional*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2000.

2. O Protocolo de Las Leñas e o Direito Processual Internacional

A ordem jurídica estatal é, primordialmente, nacional, porém o crescente relacionamento entre os países advindo da necessidade econômica acarreta a harmonização das diversas esferas jurídicas nacionais. A nova conjuntura mundial faz necessária a realização da prestação jurisdicional de modo a alcançar pessoas, bens e atos jurídicos no âmbito extraterritorial. Assim, deve haver a compatibilização da soberania nacional do país em que se concretiza o processo com a soberania dos outros Estados em que vai ocorrer a execução daquele, ou seja, as regras nacionais devem determinar a extensão para aceitar julgamentos proferidos segundo preceitos normativos estrangeiros, bem como conferir uma maior igualdade no aspecto processual entre os cidadãos dos países agrupados. Deste modo, pode-se concluir que o Direito Processual Internacional é um dos campos que mais repercute o fenômeno da internacionalização, sendo o Protocolo de Las Leñas um instrumento assaz valioso para uma cooperação jurisdicional mais eficaz dos países que integram o MERCOSUL.

O artigo 3º do Protocolo de Las Leñas preconiza que os cidadãos e os residentes permanentes de um dos Estados Partes gozarão, nas mesmas condições dos cidadãos e residentes permanentes do outro Estado Parte, do livre acesso à jurisdição desse Estado para a defesa de seus interesses. Esta regra de direito processual internacional trouxe importantes inovações ao direito pátrio.

O Brasil, consoante o artigo 835, do Código de Processo Civil, adota a posição de que o autor de uma ação, nacional ou estrangeiro não residente no país, ou que dele se ausentar no curso da lide, deve prestar caução às custas e aos honorários de sucumbência. Vale ressaltar que estão excluídas dessa imposição as pessoas que possuam bem imóvel no país, que assegure o pagamento de tais encargos processuais. Entretanto, o artigo 4º do Protocolo de Las Leñas assevera que nenhuma caução ou depósito, qualquer que seja a sua denominação, poderá ser imposto em razão da qualidade de cidadão ou residente permanente de outro Estado Parte. Deste modo, em razão da igualdade de tratamento processual conferida pelo Protocolo em seu artigo 3º, os residentes permanentes em qualquer dos países do MERCOSUL não se submetem à hipótese do artigo 835 do Código de Processo Civil, estando liberados do pagamento da caução.

A grande inovação nesse aspecto, trazida à baila pelo Protocolo de Las Leñas, foi a de que caso um brasileiro se ausente do Brasil, sem possuir bens imóveis neste país, não deve prestar caução se possuir imóveis em um dos Estados do MERCOSUL. Afinal, diante do artigo 20 do Protocolo, a sentença proferida no Brasil terá eficácia extraterritorial para ser executada em qualquer dos países signatário. Assim, devido a esse caráter extraterritorial, o autor vencido na ação terá garantido o juízo, segundo as exigências do artigo 835 do Código de Processo Civil.

Faz-se mister aduzir que se um cidadão, não-residente em um dos países do MERCOSUL, ingressar com uma ação no Brasil, contra cidadão residente em outro país do MERCOSUL, com supedâneo em uma das previsões dos artigos 88 e 89 do Código de Processo Civil, não poderá ser aplicado o Protocolo de Las Leñas, devendo ser paga a caução caso se ausente do país. Afinal, as normas do Protocolo são aplicáveis apenas aos residentes permanentes daqueles países, estando excluídos até os brasileiros não residentes, pois a questão da nacionalidade é irrelevante na aplicação do Protocolo.

A igualdade de tratamento processual, conferida pelo Protocolo aos residentes permanentes nos países do MERCOSUL, também tem aplicação na .legislação brasileira de Falências. Consoante o artigo 9º, inciso III, alínea "c" da Lei de Falências, o credor que não tiver domicílio no Brasil só estará autorizado a requerer a falência de comerciante domiciliado no Brasil se prestar caução às custas e à suposta indenização que possa ser obtida pela sentença que vier a considerar o pedido de falência promovido dolosamente, causando prejuízo ao requerido. Deste modo, os artigos 3º e 4º do Protocolo de Las Leñas autorizam que pessoas que sejam residentes permanentes em outros países do MERCOSUL possam requerer a falência de comerciante domiciliado no Brasil sem ter que pagar a referida caução.

É curial salientar que estas prerrogativas inerentes à igualdade de tratamento processual, introduzidas pelo Protocolo de Las Leñas, não derrogaram os artigos 835 do Código de Processo Civil e 9º, inciso III, alínea "c" da Lei de Falências. As novas disposições, nesse âmbito, são consideradas lei especial, só sendo aplicadas quando estiverem presentes os requisitos exigidos pelo Protocolo, aplicando-se nos demais casos a regra geral elencada no Código de Ritos e na Lei de Falências.

3. A admissibilidade das Cartas Rogatórias Executórias no direito brasileiro

A cooperação entre os países, colimando uma melhor prestação jurisdicional, abrange a efetivação de citações no estrangeiro, o depoimento de testemunhas no exterior, informações sobre direito estrangeiro, reconhecimento de decisões proferidas em outros países etc. Entretanto, para que esse inter-relacionamento se viabilize é necessária a existência de instrumentos específicos, que no plano cível são a carta rogatória e a homologação de sentença estrangeira.

Armando Álvares Garcia Júnior[2] define carta rogatória como o pedido formal de auxílio para a instrução do processo, feito pela autoridade judiciária de um Estado à de outro Estado estrangeiro, inclinando-se a doutrina e a jurisprudência dominante e nesse mesmo sentido. Pode-se inferir, assim, que o objeto da carta rogatória deve ser uma diligência a ser realizada no Brasil, tal como uma citação, intimação, oitiva de testemunhas, não servindo à execução de sentenças estrangeiras, que devem ser previamente homologadas pelo Supremo Tribunal Federal, consoante preconiza a Constituição Federal em seu artigo 102, *h*. Deste modo, há o entendimento de que as cartas rogatórias não podem ensejar medida executória, mas apenas atos processuais de mera tramitação.

Com o advento do Protocolo de Las Leñas, entretanto, houve um questionamento acerca do entendimento do direito brasileiro proibir as cartas rogatórias executórias. Afinal, este diploma trata de dois tipos de cartas rogatórias: nos artigos 5º ao 17 regulam-se as cartas rogatórias de mera diligência, chamadas de 1ª categoria, enquanto nos artigos 18 a 24 trata das cartas rogatórias que demandam o reconhecimento e a execução de sentenças e laudos arbitrais, chamadas de 2ª categoria.

As cartas rogatórias de 1ª categoria, devido a ter seu objeto restrito a simples procedimentos como citações, intimações, ouvida de testemunhas, só podem ser indeferidas pela autoridade jurisdicional do Estado requerido quando a medida atente contra os princípios de ordem pública, consoante se infere do artigo 8º do Protocolo. No tocante ao reconhecimento de sentenças estrangeiras via carta rogatória (2ª categoria), o artigo 20 do aludido Protocolo estabelece que as sentenças

[2] GARCIA JUNIOR, Armando Álvares. *Cartas Rogatórias*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 1999.

Proferidas nos países do MERCOSUL só terão eficácia extraterritorial nos demais Estados Partes se, além de outros requisitos, reunirem as seguintes condições: emanem de órgão jurisdicional competente, que a parte contra a qual se pretende executar tenha sido efetivamente citada e tenha sido assegurado o direito de defesa, que a decisão tenha força de coisa julgada no Estado requerente, que não haja contrariedade a princípios de ordem pública.

Deste modo, o Protocolo estabelece, claramente, a existência de dois tipos de cartas rogatórias, estabelecendo para as primeiras como único óbice à ordem pública local, enquanto para as últimas contém seis requisitos contendo situações impeditivas, à semelhança do processo de homologação de sentença estrangeira. Como conseqüência, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal passa a ter orientação no sentido de considerar insuscetíveis de cumprimento, no Brasil, as cartas rogatórias passivas revestidas de caráter executório, excetuando-se aquelas expedidas com supedâneo em tratados internacionais, como o Protocolo de Lãs Leñas. Entretanto, o Supremo Tribunal Federal ressalta que qualquer sentença oriunda do exterior ainda necessita de homologação, admitindo-se apenas que esse pedido seja endereçado à jurisdição brasileira via carta rogatória. Não obstante a respeitável posição adotada pela Corte Suprema, discordo desse entendimento pelas razões que serão explanadas em seguida.

4. A Eficácia Extraterritorial das Sentenças Proferidas nos Países do Mercosul

Consoante elucidado alhures, o Supremo Tribunal Federal adotou a posição de que toda decisão proveniente do estrangeiro deve ser homologada, podendo este pressuposto se dar através do processo de homologação de sentença estrangeira ou, em alguns casos, por intermédio de cartas rogatórias.

Faz-se mister salientar, entretanto, que ao atribuir às sentenças judiciais e aos laudos arbitrais oriundos dos países do Mercosul eficácia extraterritorial, o Protocolo concedeu-lhes efeitos plenos nos territórios dos Estados Partes, não havendo mais necessidade de que a sentença seja homologada pelo Poder Judiciário do país em que se processará a execução. Afinal, o Protocolo de Lãs Leñas confere jurisdição internacional aos juízes dos Estados Partes, em consonância com o referido no artigo 6º do Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdição

Internacional, que assim versa: "*Eleita ou não a jurisdição, considerar-se-á esta prorrogada em favor do Estado Parte onde seja proposta a ação, quando o demandado, depois de interposta esta, a admita voluntariamente, de forma positiva e não ficta*".

Neste diapasão, pode-se concluir que o caráter extraterritorial das sentenças conferido pelo Protocolo equivale à atribuição de jurisdição internacional regional aos Poderes Judiciários aos países do MERCOSUL nas matérias civil, comercial, trabalhista e administrativa, objeto do Protocolo.

Ademais, é de curial pertinência proceder à distinção entre a sentença estrangeira e a sentença internacional. A primeira é originária de um Estado para ser executada em outro, razão pela qual deve existir um ato oficial de homologação. A sentença internacional, todavia, é proveniente de um tribunal internacional do qual o país faça parte ou de juiz nacional de outro Estado a que foi reconhecida jurisdição internacional por tratado, de que é exemplo o Protocolo de Lãs Leñas. Corroborando com esse entendimento o professor José Roberto da Fonseca elucida que a jurisdição internacional, via de regra, é exercida por órgãos criados em tratados internacionais, ou seja, criados pela legislação internacional.

De acordo com esse raciocínio, as sentenças mencionadas pelo Protocolo de Las Leñas têm eficácia no território de todos os países do MERCOSUL, pois são sentenças internacionais, e não sentenças estrangeiras que necessitam de homologação para exercerem autoridade. Deste modo, o juiz de primeiro grau deverá conhecer do pedido de execução independente de homologação de sentença estrangeira pelo Supremo Tribunal Federal, devendo ser exigidos apenas requisitos formais como a tradução para o português.

O grande entrave para a aplicação desse posicionamento pela Corte Constitucional do Brasil configura a redação do artigo 19 do Protocolo de Las Leñas, que assim prescreve: "*O pedido de reconhecimento e execução de sentenças e laudos arbitrais por parte das autoridades jurisdicionais será tramitado por via de cartas rogatórias e por intermédio da Autoridade Central*". O Supremo Tribunal Federal interpretou esse dispositivo, no julgamento da Carta rogatória nº7618, alegando que o Protocolo de Las Leñas não teria retirado a exigência de que qualquer sentença estrangeira deveria ser homologada, mas apenas conferiu a possibilidade dessa homologação ocorrer através de carta rogatória.

4.1 Crítica à atual posição do Supremo Tribunal Federal

Não obstante a decisão exarada pelo Supremo Tribunal Federal, verifica-se que esta não apresenta uma hermenêutica irretocável, razão pela qual se faz curial proferir algumas considerações.

Caso seja aceita a tese de que todas as sentenças provenientes dos países do MERCOSUL necessitam de homologação, tais como qualquer outra sentença oriunda de Estado estrangeiro, torna-se despiciendo o Protocolo, e, sobretudo, o seu artigo 20, que confere eficácia extraterritorial às sentenças e laudos arbitrais. Afinal, se todas as sentenças oriundas do exterior estão sujeitas à homologação não terá sido processada nenhuma inovação com o referido diploma legal. Ademais, a regra hermenêutica que a lei não preconiza palavras inúteis estaria sendo desprezada, pois a eficácia extraterritorial seria desprovida de significação.

Faz-se mister salientar, ainda, que nem todas as sentenças provenientes de países do MERCOSUL têm eficácia extraterritorial, mas apenas aquelas que aglutinam os pressupostos elencados nas alíneas "a" a "f" do artigo 20 do Protocolo de Las Leñas, que são: a) que venham revestidos das formalidades externas necessárias para que sejam considerados autênticos no estado de origem; b) que estejam devidamente traduzidos para o idioma oficial do Estado em que se solicita seu reconhecimento e execução; c) que emanem de um órgão jurisdicional ou arbitral competente, segundo as normas do Estado requerido sobre jurisdição internacional; d) que a parte contra a qual se pretende executar a decisão tenha sido devidamente citada e tenha garantido o exercício de seu direito de defesa; e) que a decisão tenha força de coisa julgada e/ou executória nos Estados em que foi ditada; f) que claramente não contrariem os princípios de ordem pública do Estado em que se solicita seu reconhecimento e/ou execução.

Acrescente-se que o artigo 14 do Protocolo de Buenos Aires de Jurisdição Internacional afirma que: "*a jurisdição internacional regulada pelo artigo 20, alínea c, do Protocolo de Las Leñas sobre Cooperação jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa ficará submetida a este Protocolo*". Assim, verifica-se que essa autoridade internacional também foi conferida aos juízes do MERCOSUL pelo Protocolo de Buenos Aires.

Neste diapasão, não se deve falar em homologação de sentença estrangeira, ainda que através de carta rogatória, quando estiverem presentes os requisitos aludidos no artigo 20 do Protocolo de Las Leñas, diferentemente do que ocorre com as sentenças previstas no artigo 19 do mesmo diploma normativo, que devem ser executadas mediante cartas rogatórias.

Deste modo, para se proceder a uma perfeita adequação do artigo 19 do Protocolo, que assevera "*o pedido de reconhecimento e execução de sentenças e de laudos arbitrais por parte das autoridades jurisdicionais será tramitado por via de cartas rogatórias e por intermédio da Autoridade Central*", com o conceito de extraterritorial do artigo 20, basta verificar se as sentenças atendem aos requisitos elencados nas alíneas "a" a "f" do Protocolo. Caso isso ocorra, terá eficácia extraterritorial, podendo o processo ser iniciado perante o juiz do processo sem nenhum ato oficial de homologação. Entretanto, caso não estejam presentes um dos requisitos exigidos, será necessária a homologação. Esta, porém, será procedida através de carta rogatória, e não por meio do incidente de homologação de sentença estrangeira. Assim, acredita-se que este é o entendimento que deveria ser adotado pelo Supremo Tribunal Federal acerca da temática do Protocolo de Lãs Leñas.

5. A Constituição Federal e a desnecessidade de homologação de qualquer sentença estrangeira

Questão assaz importante e merecedora de análise é a problemática referente à necessidade, sem exceção, de homologação de qualquer sentença estrangeira. Afinal, o Protocolo de Las Leñas é um tratado, possui natureza infraconstitucional, não podendo confrontar-se com dispositivos constitucionais. Deste modo, caso não haja uma perfeita adequação dos preceitos normativos do Protocolo com o texto constitucional, não haverá como defender a tese da eficácia extraterritorial.

A Constituição Federal em seu artigo 102, alínea *h*, apenas estabelece a competência do Supremo Tribunal Federal para homologar sentenças estrangeiras e conceder *exequatur* às cartas rogatórias. Contudo, a Constituição não diz que todas as sentenças estrangeiras devem ser homologadas, apenas versa que em sendo necessária a

homologação de sentença estrangeira ela será feita pelo Supremo Tribunal Federal, e não por outro órgão do Poder Judiciário.

Ademais, conforme esgrimido adrede, as sentenças oriundas das matérias referentes ao Protocolo de Las Leñas são consideradas sentenças internacionais, e não sentenças estrangeiras. Tal distinção reside no fato de que as primeiras sentenças são proferidas por juiz nacional de outro Estado ao qual o país reconheceu a jurisdição internacional. No caso, tal reconhecimento se deu não só pelo Protocolo de Las Leñas, como pelo Protocolo de Buenos Aires. Acrescente-se que o artigo 15 da Lei de Introdução ao Código Civil dispensa a homologação de sentença estrangeira meramente declaratória do estado das pessoas, o que não é contestado pelo Supremo Tribunal Federal.

Neste diapasão, consoante os célebres ensinamentos de Canotilho, a Constituição deve ser interpretada da maneira que lhe conceda maior eficácia. Nesta linha de raciocínio, percebe-se que se o artigo 102, alínea *h* da Constituição Federal não impõe a homologação de toda sentença estrangeira e a norma do artigo 4º, Parágrafo único, afirma que "*A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana*", deve-se aceitar a eficácia extraterritorial e a desnecessidade da homologação das sentenças estrangeiras proferidas nos países do MERCOSUL como forma de melhor harmonizar os dispositivos constitucionais acima aludidos.

6. Conclusão

Diante do ora exposto, percebe-se que as questões jurídicas atinentes ao MERCOSUL, especialmente no tocante à cooperação jurisdicional do Protocolo de Las Leñas, estão distantes de obterem uma interpretação equânime por parte dos juristas brasileiros. A consolidação do processo MERCOSUL, com a real e fundamental integração entre nossos países precisa incorporar as tecnologias jurídicas da contemporaneidade, colimando uma ruptura com a tradição isolacionista do passado.

Tal desiderato, entretanto, passa pela reconstrução das implicações da idéia de soberania entre os países membros, promovendo uma maior colaboração entre os cidadãos de cada um dos Estados, com a

finalidade de participar efetivamente na construção desta nova ordem jurídica.

Faz-se mister salientar, todavia, que ao Poder Judiciário cumpre papel essencial nessa tarefa, devendo interpretar as normas da forma que mais promova a cooperação entre os países e os desenvolvimentos dos blocos, e não de uma forma obsoleta e em discrepância com a atual conjuntura mundial. Até mesmo porque a integração do Brasil com outros países está elencada na Constituição Federal em seu artigo 4°.

Ademais, verifica-se que o direito internacional tem sido responsável pelo surgimento de novos institutos, como as cartas rogatórias executórias, a eficácia extraterritorial das sentenças, provocando um fenômeno no mundo jurídico chamado internacionalização. Entretanto, a maior tarefa que agora se impõe é a consolidação desses institutos, que significa a sua institucionalização, organização e convívio com uma outra órbita jurídica que seja mais abrangente que o Brasil, mas não conflitante.

7. Bibliografia

1. ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de Direito Internacional Público.* São Paulo: Editora Saraiva, 1996. I

2. ALBUQUERQUE MELLO, Celso. *Direito Constitucional Internacional.* Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1994.

3. BASSO, Maristela. *Mercosul - Seus efeitos jurídicos, econômicos e políticos dos estados-membros.* São Paulo: Editora Livraria dos Advogado, 1995.

4. BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu. *Homologação de Sentença Estrangeira e seus efeitos perante o STF.* São Paulo: Editora Juarez de Oliveira , 1999

5. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Editora Almedina, 1991

6. CASELLA, Paulo Borba. *Mercosul – exigências e perspectivas*. São Paulo: LTr, 1996.

7. CHOUKR, Fauzi Hassan. *A Convenção Americana de Direitos Humanos e o Direito Interno Brasileiro*. São Paulo: EDIPRO, 2001.

8. FONSECA, José Roberto Franco. *Natureza e Eficácia da Sentença Internacional, in Solução e Prevenção de Litígios Internacionais*, vol. II. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 1999.

9. GARCIA JUNIOR, Armando Álvares. *Cartas Rogatórias*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 1999.

10. MAGALHÃES, José Carlos. *O Supremo Tribunal Federal e o Direito Internaciuonal*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2000.

11. RANGEL, Vicente Marotta. *Direito e Relações Internacionais*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

12. REZEK, José Francisco. *Direito dos Tratados*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1984.

APOSENTADORIA POR IDADE: REQUISITOS CONSTITUCIONAIS E LEGAIS

Fabio Luiz de Oliveira Bezerra
Aluno do 6° período da graduação em Direito da UFPE

Sumário:1. Introdução; 2. Requisitos da aposentadoria por idade; 2.1 Idade; 2.2. Qualidade de segurado; 2.3. Carência; 3. Período de graça; 4. Resgate de contribuições anteriores à perda da qualidade de segurado para cômputo de carência; 5. Conclusão; 6. Referências Bibliográficas.

1. Introdução

Com as recentes alterações na legislação da Previdência Social, elaboradas com finalidade de sanear, financeira e atuarialmente, o sistema, muitas regras inadequadas e desproporcionais mereceram justas reformulações. Uma delas era a forma de cálculo para o benefício do segurado, que consistia em valor correspondente à média aritmética dos 36 últimos salários-de-contribuição (art. 202 da CF, em sua redação original, antes da EC n° 20 de 1998). Dessa forma, realmente o valor do benefício obtido não tinha correlação com o somatório de suas contribuições vertidas à Previdência Social. Pela regra atual, contida no art. 29 da Lei n° 8.213/1991, com as alterações dadas pela Lei n° 9.876/1999, o valor do salário-de-benefício é a média aritmética simples dos maiores salários-de-contribuição correspondentes a 80% (oitenta por cento) de todo o período contributivo, e não apenas dos últimos 3 (três) anos, nos casos de aposentadoria por invalidez, aposentadoria especial e auxílio-acidente. E, nos casos de aposentadoria por idade e por tempo de serviço, essa média ainda é multiplicada pelo fator previdenciário.

No entanto, podem ser identificadas algumas exigências para obtenção de benefícios que não encontram guarida nas normas previdenciárias supralegais, e que alcançam grande relevância quando se trata de aposentadoria por idade, pois pressupõe idade avançada do trabalhador, força de trabalho reduzida ou quase inexistente e enormes dispêndios com medicamentos, benefício este que se torna vital para a manutenção de vida digna do segurado.

Este trabalho, portanto, tem o escopo de analisar os requisitos legais exigidos para a obtenção de aposentadoria por idade, interpretados à luz dos princípios previdenciários e dos fundamentos de nossa República.

2. Requisitos da aposentadoria por idade

A primeira Constituição a prever instituição de previdência em favor da velhice foi a de 1934, em seu art. 121, § 1º, h[1].

Após a Constituição de 1946 determinar previdência em favor da velhice (art. 157, XVI), os primeiros requisitos legais necessários à obtenção da aposentadoria por velhice surgiram com a Lei nº 3.807/1960. O art. 30 desta Lei assegurava a aposentadoria por velhice ao segurado que tivesse pago 60 contribuições e completasse 65 anos de idade, se homem, e 60 anos, se mulher. Ou seja, a proteção previdenciária era devida àquele que fosse vinculado à Previdência Social (*segurado*), atingisse a *idade* prevista e tivesse contribuído durante 60 meses (*carência*).

Estes mesmos requisitos foram mantidos na Consolidação das Leis da Previdência Social - CLPS (Decreto nº 89.312/1984), elaborada sob a égide da Emenda Constitucional nº 1, de 1969, conforme se vê no art. 32 desta Consolidação.

A Constituição de 1988, na redação original do art. 202, elevou a *status* de norma constitucional o requisito da *idade*; incluiu em seu corpo, também, a forma de cálculo do benefício; e deixou os demais requisitos a cargo de lei ordinária. Houve inovação em relação à

[1] MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da Seguridade Social*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 358.

denominação, que passou a ser aposentadoria por idade, e à inclusão dos trabalhadores rurais no Regime Geral da Previdência Social – RGPS.

Após a CF/88, enquanto não se editava nova lei ordinária para regrar os requisitos infraconstitucionais para a concessão da aposentadoria, aplicava-se a CLPS no que se referia à exigência de se possuir 60 contribuições e de ser segurado da Previdência Social.

Em 1991, entrou em vigor a Lei nº 8.213, que aumentou a carência exigida para aposentadoria por idade de 60 para 180 contribuições (art. 25), para os segurados inscritos na Previdência Social a partir da data de sua publicação, ou seja, 25/07/1991; estabeleceu regra transitória para carência de segurados já inscritos até 24/07/1991 (art. 142); e confirmou o requisito anteriormente exigido de o trabalhador ser vinculado à Previdência Social na qualidade de segurado (art. 48).

Com a Emenda Constitucional nº 20 de 1998, houve apenas deslocamento da norma contida no antigo art. 202 para o atual § 7º do art. 201, e supressão da forma de cálculo do valor do benefício, que passou a ser disciplinada em lei ordinária.

Portanto, desde as legislações antecedentes, faz-se necessário o preenchimento dos seguintes requisitos para que o trabalhador faça jus à aposentadoria por idade: idade, número de contribuições mínima (*carência)* e ter o trabalhador a qualidade de segurado.

2.1. Idade

A idade prevista para a aposentadoria por idade é o requisito que permanece inalterado há mais tempo. Desde 1960, está estabelecida a seguinte idade: 65 anos, se homem, e 60 anos, se mulher.

Com a inclusão dos trabalhadores rurais no RGPS em 1991, estabeleceu-se, para estes, diminuição de 5 anos para os critérios acima, fixando a idade para a obtenção do benefício sob comentário em 60 anos, se homem, e 55, se mulher.

Alguns doutrinadores e parte da jurisprudência entendem que o requisito é idade mínima, e não idade, pois haverá situação em que mesmo atingindo a idade de 65, se homem, e 60, se mulher, por não estarem preenchidos os dois outros requisitos, o trabalhador não fará jus ao benefício.

2.2. *Qualidade de segurado*

A qualidade de segurado que o trabalhador pode adquirir nasce da relação jurídica de vinculação com o sistema previdenciário.

Como bem expõe COIMBRA[2]: "Pelo nosso sistema, a relação jurídica de vinculação ou de filiação se estabelece *ope legis* entre o cidadão, de um lado, e as entidades criadas pelo Estado, para a execução de seu programa de proteção social, de outro lado. O elemento material da norma é o fato 'participação efetiva da condição protegida'. Uma vez que tal fato ocorra, o vínculo jurídico se concretiza".

A filiação à Previdência Social pode ocorrer involuntária ou voluntariamente. A filiação involuntária ocorre automaticamente com o exercício de atividade remunerada. Compreende os segurados obrigatórios contemplados no art. 11 da Lei nº 8.213/1991, classificados em empregado, empregado doméstico, contribuinte individual (este novo conceito engloba os antigos segurados empresários, autônomos e equiparados a autônomos), trabalhador avulso e segurado especial.

Pode ainda se dar a filiação ao RGPS, quando o trabalhador, não estando exercendo nenhuma atividade (desempregado), ou estando exercendo atividade não remunerada (dona de casa), inscreve-se e mantém pagamento regular das contribuições previdenciárias. Esta última forma de filiação (voluntária) compreende os denominados segurados facultativos previstos no art. 13 da Lei nº 8.213/1991.

É oportuno destacar que filiação difere de inscrição. Filiação, como vimos, corresponde ao momento em que o segurado é abrangido pela Previdência Social. Inscrição, por seu turno, é ato de natureza administrativa, pelo qual o segurado é cadastrado no RGPS mediante comprovação dos dados pessoais e de outros elementos necessários e úteis à sua caracterização[3]. A inscrição de segurados empregados e avulsos deverá ser efetuada diretamente na empresa, sindicato ou órgão gestor de mão-de-obra, e a dos demais segurados, no INSS, conforme o

---

[2] COIMBRA, Feijó. *Direito Previdenciário Brasileiro*. 11. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 2001, p. 67.

[3] PAIXÃO, Floriceno. *A Previdência Social em Perguntas e Respostas e Legislação Correlata*. 31. ed. Porto Alegre: Síntese, 1996, p. 44.;

§ 1° do art. 18 do Regulamento da Previdência Social aprovado pelo Decreto n° 3.048/1999. É ato meramente declaratório, que não atribui direitos, de vez que tais direitos, decorrentes da lei, preexistem à inscrição[4].

Como, para os segurados empregados, basta o preenchimento dos documentos que os habilitem ao exercício da atividade na própria empresa, formalizado pelo contrato de trabalho, para serem considerados inscritos, e, quase sempre, ocorre simultaneamente com a filiação à Previdência Social, pois corresponde ao início da atividade, alguns autores, como[5], chega a considerar, embora não concordamos, que o segurado "empregado não precisa se inscrever".

2.3. Carência

O conceito legal de período de carência ou simplesmente carência está disposto no art. 24 da Lei n° 8.213/1991:

> "Art. 24. Período de carência é o número mínimo de contribuições mensais indispensáveis para que o beneficiário faça jus ao benefício, consideradas a partir do transcurso do primeiro dia dos meses de suas competências."

Como anota MARTINS[6]: "O período de carência é o espaço de tempo em que o segurado não faz jus ao benefício". Acrescentamos, ainda, que somente há carência quando o trabalhador mantém contribuições com o intuito de cumprir o número mínimo exigido para o benefício.

Segundo o art. 27 da Lei n° 8.213/1991, serão consideradas para cômputo do período de carência as contribuições referentes ao período a partir da data da filiação ao RGPS, no caso de segurados empregado e trabalhador avulso; e ao período a contar do efetivo pagamento da primeira contribuição sem atraso, não sendo consideradas para este fim as contribuições recolhidas com atraso referentes a competências anteriores, para os demais tipos de segurados.

---

[4] COIMBRA, Feijó. *Op. cit.* p. 112.
[5] MARTINS, Sérgio Pinto. *Op. cit.* p. 132.
[6] MARTINS, Sérgio Pinto. *Idem*, p. 316.

A razão existente por trás desta distinção reside no fato de que para alguns segurados a responsabilidade pelo recolhimento de suas contribuições fica a cargo de outra pessoa, embora esta apenas repasse aos cofres da Previdência Social o valor da contribuição descontada da remuneração dos primeiros. No caso de segurados empregados e trabalhadores avulsos, a responsabilidade pelo desconto e recolhimento de suas contribuições é da empresa, conforme mandamento do art. 30, inciso I, da Lei nº 8.212/1991. Nestes casos, basta comprovar o início do exercício da atividade remunerada, através, por exemplo, da Carteira de Trabalho, que equivalerá ao início do período de carência.

Quando a responsabilidade pelo recolhimento da contribuição previdenciária for do próprio trabalhador, como é o caso dos segurados contribuinte individual, facultativo (art. 30, inciso II, da Lei nº 8.212/1991) e especial (art. 25 da Lei nº 8.212/1991), a comprovação das contribuições será exigida para fins de cômputo de período de carência.

Não obstante, no caso de segurado empregado doméstico, a responsabilidade pelo desconto e recolhimento da contribuição ser do empregador, e não do segurado, conforme prevê o art. 30, inciso V, da Lei nº 8.212/1991, impropriamente a legislação inseriu tal segurado no rol do inciso II do art. 27 da Lei nº 8.213/1991, que inclui os segurados que necessitam comprovar recolhimentos para fins de contagem do período de carência. Somente podemos acreditar que esta discriminação tenha se originado por razões de política fiscal, haja vista a impossibilidade de se efetuar a fiscalização efetiva no universo de empregadores domésticos.

Não obstante o estabelecimento da carência de 180 meses para a aposentadoria por idade pela Lei nº 8.213/1991, devido à grande ruptura que efetuou na antiga Consolidação das Leis da Previdência Social - CLPS (Decreto nº 89.312/1984), principalmente no que tange à carência exigida para o benefício, que era de 60 meses, esta Lei previu um período de transição, aplicados aos segurados inscritos na Previdência Social até 24/07/1991.

Nesta fase de transição, o período de carência, gradativamente, a depender do ano em que o segurado implementar as condições para

obter a aposentadoria, a começar de 60 meses, aumentará até atingir 180 meses, conforme dispõe o art. 142 da Lei nº 8.213/1991, *in verbis*:

> "Art. 142. Para o segurado inscrito na Previdência Social Urbana até 24 de julho de 1991, bem como para o trabalhador e o empregador rural cobertos pela Previdência Social Rural, a carência das aposentadorias por idade, por tempo de serviço e especial obedecerá à seguinte tabela, levando-se em conta o ano em que o segurado implementou todas as condições necessárias à obtenção do benefício: (artigo e tabela com nova redação dada pela Lei nº 9.032/1995)

Ano de implementação das condições	Meses de contribuição exigidos	Ano de implementação das condições	Meses de contribuição exigidos
1991	60 meses	2002	126 meses
1992	60 meses	2003	132 meses
1993	66 meses	2004	138 meses
1994	72 meses	2005	144 meses
1995	78 meses	2006	150 meses
1996	90 meses	2007	156 meses
1997	96 meses	2008	162 meses
1998	102 meses	2009	168 meses
1999	108 meses	2010	174 meses
2000	114 meses	2011	180 meses
2001	120 meses		

"

2.4 Regra de transição introduzida pela EC nº 20/1998 quanto à opção à aposentadoria

A Emenda Constitucional nº 20/1998, que alterou o sistema previdenciário, tanto do setor público como do setor privado, e que introduziu o fator previdenciário no cálculo de benefício concedido pelo RGPS, preocupou-se também em estabelecer direito de opção à

aposentadoria àqueles trabalhadores que, não tendo direito adquirido para obtê-la pelas regras anteriores, estavam vinculados à Previdência Social até a data de sua publicação.

Isto porque as novas regras, estabelecidas pela Lei nº 9.876/1999, para o cálculo do benefício dependem, além dos valores das contribuições, de fatores novos tais como expectativa de sobrevida no momento da aposentadoria, idade no momento da aposentadoria, o que ocasiona, na maioria dos casos, valor de benefício menor que o obtido pelas regras anteriores.

Este direito de opção está previsto no art. 9º da EC nº 20/1998 e está condicionado ao preenchimento dos seguintes requisitos, cumulativamente, pelo trabalhador:

a) filiação na Previdência Social até 16/12/1998;
b) contar com 53 anos de idade, se homem, e 48, se mulher; e
c) contar tempo de contribuição igual, no mínimo, à soma de:
c1) 35 anos, se homem, e 30, se mulher; e
c2) um período adicional de contribuição equivalente a 20% do tempo que, em 16/12/1998, faltaria para atingir o limite de tempo constante no item anterior.

O tipo de benefício para o qual foi assegurado o direito de opção, embora não explícito, é a aposentadoria por tempo de serviço. Entendemos também que o art. 9º da EC nº 20/1998, por não estabelecer que lei ordinária irá disciplinar outros requisitos para a obtenção da aposentadoria, está listando os únicos três requisitos para obtenção da aposentadoria para os trabalhadores filiados à Previdência Social até 16/12/1998.

Portanto, o requisito da carência, anteriormente previsto na Lei nº 8.213/1991, não é aplicado para os trabalhadores que optarem por obter a aposentadoria pelos critérios definidos acima.

Não houve, contudo, nesta regra de transição introduzida pela EC nº 20/1998, inclusão de direito de opção à aposentadoria por idade para os trabalhadores que estavam filiados na Previdência Social na data de publicação da Emenda nº 20/1998.

3. Período de graça

Esta expressão é utilizada doutrinariamente para designar o período em que a lei garante ao segurado, independentemente de contribuições, a manutenção desta qualidade para todos os efeitos perante à Previdência Social.

Segundo MARTINS[7]: "a manutenção da qualidade de segurado é o período em que esse continua filiado ao sistema, ou seja, é o chamado 'período de graça', em que o segurado continua tendo direito a benefícios e serviços."

O eminente professor ainda destaca: "não se confunde a manutenção da qualidade de segurado com o período de carência. Este é o lapso de tempo mínimo para que o segurado faça jus ao benefício. Na manutenção da qualidade de segurado, o segurado permanece filiado ao sistema, mesmo não contribuindo, pelo período de tempo especificado na lei."

O período de graça corresponde, para cada caso, aos períodos constantes no art. 15 da Lei nº 8.213/1991, que ora reproduzimos:

> "Art. 15. Mantém a qualidade de segurado, independentemente de contribuições:
>
> I- sem limite de prazo, quem está em gozo de benefício;
>
> II- até 12 (doze) meses após a cessação das contribuições, o segurado que deixar de exercer atividade remunerada abrangida pela Previdência Social ou estiver suspenso ou licenciado sem remuneração;
>
> III- até 12 (doze) meses após cessar a segregação, o segurado acometido de doença de segregação compulsória;
>
> IV- até 12 (doze) meses após o livramento, o segurado incorporado às Forças Armadas para prestar serviço militar;
>
> V- até 6 (seis) meses após a cessação das contribuições, o segurado facultativo."

[7] MARTINS, Sérgio Pinto. *Idem*, p. 307

A razão que invocou o legislador a prever o período de graça e suas prorrogações pode ser descrita nas palavras de COIMBRA[8]: "Precisamente porque a perda da vinculação coloca o beneficiário ao desabrigo da incidência dos riscos sociais, é que o legislador teve o cuidado de acautelá-lo contra esses efeitos, declarando persistentes os efeitos da vinculação por períodos que ultrapassam a data de exclusão do cidadão do rol dos segurados."

Além do período de graça correspondente a 12 (doze) meses seguintes à cessação das contribuições previdenciárias, no caso de segurado que ficar desempregado, ou estiver suspenso ou licenciado sem remuneração, previsto no inciso II do art. 15 da Lei nº 8.213/1991, ocorre prorrogação automática de 12 (doze) meses, totalizando período de graça de 24 meses, se o segurado tiver pago mais de 120 contribuições mensais sem interrupção que acarrete a perda da qualidade de segurado.

O § 2º do art. 15 da Lei nº 8.213/1991 prevê outra hipótese de prorrogação do período de graça de 12 (meses) para o desempregado: "serão acrescidos de 12 (meses) para o segurado desempregado, desde que comprovada essa situação pelo registro no órgão próprio do Ministério do Trabalho e da Previdência Social." Logo, se o segurado, desempregado, tiver efetuado o devido registro, o período de graça será de 24 meses, e se além do registro tiver mais de 120 contribuições, será de 36 meses.

Ressaltamos, inicialmente, que o entendimento da autarquia previdenciária é de que este registro deve ser prévio ao término do período de graça e aplicável a todos os tipos de segurados. Entendemos, com a devida vênia, que esta não é a melhor exegese da norma legal, embora seja a interpretação literal e mais rápida a que se pode chegar.

A exigência do registro no Ministério do Trabalho é completamente descabida de finalidade e desamparada de legalidade e constitucionalidade. Ao desempregado, principal-mente o de baixa renda, que ganha quase sempre um salário mínimo e carrega consigo um grande peso, que é sobreviver sem ter de onde tirar o seu sustento, não poderia ser imputada uma exigência meramente formal para comprovar um estado que pode ser comprovada a qualquer tempo apenas com os registros contidos na Carteira de Trabalho, quando tratar-se de segurados empregados.

[8] COIMBRA, Feijó. *Op. cit.* p. 114.

É inconstitucional tal exigência de registro prévio para comprovar a situação de desemprego, pois não está condizente com o dever do Estado em garantir a "proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário", conforme diretriz constitucional para o sistema previdenciário, insculpida no item III do art. 201 da CF, se há outro meio hábil para se comprovar a qualquer tempo famigerada situação.

Pelo entendimento estatal, o fato de não ter sido realizado o registro da situação de desempregado no Ministério do Trabalho ocasionaria a não prorrogação do período de graça, e conseqüentemente, findo este período, o segurado estaria desvinculado do sistema e desamparado dos riscos sociais cobertos por este.

Proteger o trabalhador desempregado não pode ser resumido apenas na prestação do seguro-desemprego durante alguns meses após sua despedida, e sim na previsão e efetividade de uma gama de institutos e garantias de direitos ao desempregado, dado o caráter eminentemente social de nossa constituição, haja vista, principalmente, ser fundada nos valores sociais do trabalho.

E é sob este enfoque que é garantido ao desempregado mais 12 meses de graça. No entanto, seria afronta à Constituição atrelar tal benefício a uma exigência de registro prévio, ou até mesmo exigência do próprio registro no órgão público, para se estender o período de graça, tendo outros meios próprios para demonstrar tal situação, quando tratar-se de segurados empregados. Qual trabalhador desempregado, de baixa renda, principalmente, tem conhecimento de tal exigência? O trabalhador de baixa renda sequer conhece o período de graça! Não queremos dizer que o desconhecimento da lei justifica a não aplicação da exigência do registro, mas queremos sim demonstrar a finalidade de tal instituto de prorrogação do período de graça e sua inadequação à exigência de registro prévio.

Este entendimento já se encontra presente em algumas decisões de nossos tribunais, como, por exemplo, na Apelação Cível - 149846, julgada pela Sexta Turma do TRF da Quarta Região, cujo relator foi o Desembargador Federal Luiz Carlos de Castro Lugon, (DJU 25/10/2000): "3. Para o segurado desempregado, a legislação previdenciária acresce mais doze meses ao período de graça previsto no art. 7º, caput, da CLPS/84, sendo inexigível o registro no órgão próprio do Ministério do

Trabalho, para efeito de comprovação do desemprego. Basta a apresentação da carteira de trabalho, valendo para este fim os dados que constam nos autos." (grifei).

4. Resgate de contribuições anteriores à perda da qualidade para cômputo de carência

Segundo o § 4º do art. 15 da Lei nº 8.213/1991, a perda da qualidade de segurado ocorrerá no dia seguinte ao do término do prazo fixado para o recolhimento da contribuição referente ao mês imediatamente posterior ao do final do período de graça.

Com a perda da qualidade de segurado, segundo nova redação do art. 102, dada pela MP nº 1.523-9/1997, reeditada até a conversão na Lei nº 9.528/1997, ocorre caducidade dos direitos inerentes a essa qualidade.

Dessa forma, o segurado que perder a qualidade de segurado desvincular-se-á do RGPS e automaticamente estará desamparado da proteção do seguro social.

No entanto, é ressaltado no § 1º do artigo acima indicado, acrescentado pela MP nº 1.523-9/1997, reeditada até a conversão na Lei nº 9.528/1997, que "a perda da qualidade de segurado não prejudica o direito à aposentadoria para cuja concessão tenham sido preenchidos todos requisitos, segundo a legislação em vigor à época em que estes requisitos foram atendidos."

Este parágrafo é basicamente o comando contido no *caput* do art. 102 revogado, *in verbis*: "Art. 102. A perda da qualidade de segurado após o preenchimento de todos os requisitos exigíveis para a concessão de aposentadoria ou pensão não importa em extinção do direito a esses benefícios."

Havendo perda da qualidade de segurado, as contribuições anteriores a essa data só serão computadas para efeito de carência depois que o segurado contar, a partir da nova filiação à Previdência Social, com, no mínimo, 1/3 (um terço) do número de contribuições exigidas para o cumprimento da carência definida para o benefício a ser requerido (parágrafo único do art. 24 da Lei nº 8.213/1991).

Exemplificando: se um segurado, após 120 meses de contribuição, ficar desempregado, esgotar o período de graça, perder a qualidade de segurado e, somente após, exercer nova atividade remunerada, resultando nova filiação à Previdência, para que ele faça jus à aposentadoria por idade, além de necessitar idade de 65 anos, se homem, e 60, se mulher, carência de 180 meses, e qualidade de segurado, deverá cumprir, na nova filiação, um período contributivo de 60 meses (1/3 de 180, que é a carência para a aposentadoria).

No caso de segurado inscrito até a data de promulgação da Lei nº 8.213, isto é, 24/07/1991, que depois venha a perder a qualidade de segurado, o entendimento autárquico é de que o 1/3 da carência a ser exigida será 1/3 da carência devida aos segurados que se filiarem ao RGPS após 25/07/1991. Não importa, por este raciocínio, se o segurado, em algum momento anterior à publicação da referida lei, esteve vinculado à Previdência Social.

Com toda licença, acreditamos que a lei apenas queria dividir os trabalhadores que já estavam no mercado de trabalho dos trabalhadores que iriam entrar neste mercado. Assim, não se deve levar em conta, para aplicação da regra de transição da carência, se antes da Lei nº 8.213/1991 o trabalhador era inscrito na Previdência Social e depois deixou de o ser.

Logo, uma vez inscrito o segurado no RGPS até 25/07/1991, mesmo que após essa data venha a perder a qualidade de segurado, há de se lhe reconhecer o direito da carência de transição.

Sobre esta regra transitória, parte da jurisprudência já vem estendendo sua aplicação para os segurados que estavam vinculados ao RGPS antes da publicação da Lei nº 8.213/1991, mesmo que na data de sua publicação, ou posteriormente, o segurado tenha perdido a qualidade de segurado e se tenha filiado no RGPS novamente, como se vê na seguinte decisão: "2. A regra transitória do artigo 142 da Lei nº 8.212/91 tem aplicação a todos os segurados que tenham exercido atividade vinculada à Previdência Social Urbana até a data daquela Lei, sendo desnecessário que, na data da Lei, mantivesse a qualidade de segurado." (TRF Quarta Região, AC 391863, Relatora Desembargadora Federal Eliana Paggiarin Marinho, DOU 04/04/2001).

5. Conclusão

As alterações ocorridas após a última Constituição brasileira na legislação previdenciária, com a finalidade de atingir o equilíbrio financeiro e atuarial da Previdência Social, nem sempre encontram abrigo nos fundamentos constitucionais e princípios previdenciários destes últimos emanados.

A falta de registro da situação de desemprego no Ministério do Trabalho, exigido pelo § 2º do art. 15 da Lei nº 8.213/1991, não deverá ser óbice para prorrogar o período de graça por mais 12 meses, quando tratar-se de segurados empregados que comprovem esta situação mediante anotações na CTPS, sob frontal violação do princípio previdenciário de amparo ao desempregado.

A regra de transição para a carência exigida para a aposentadoria por idade, prevista no art. 142 da Lei nº 8.213/1991, deve ser interpretada teleologicamente, no sentido de que deve ser aplicada a todos os segurados que estavam, ou estiveram, vinculados à Previdência Social até 24/07/1991, data de promulgação da referida lei.

6. Referências Bibliográficas

1. BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. trad. Maria Celeste C. J. Santos. 10. ed. Brasília: UnB, 1997.

2. COIMBRA, Feijó. *Direito Previdenciário Brasileiro*. 11. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 2001.

3. GONÇALVES, Odonel Urbano. *Manual de Direito Previdenciário*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

4. MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da Seguridade Social*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

5. PAIXÃO, Floriceno. *A Previdência Social em Perguntas e Respostas e Legislação Correlata*. 31. ed. Porto Alegre: Síntese, 1996.

NATUREZA JURÍDICA DO MEIO AMBIENTE E A PROTEÇÃO ESPECIAL DO ART. 225, §4º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Luciana Santos Pontes de Miranda
(Aluna do 9º período da graduação em Direito da UFPE e ex-monitora da cadeira de Teoria Geral do Processo)

Sumário: 1. A relevância da proteção ao meio ambiente; 2. O meio ambiente e o ordenamento jurídico brasileiro; 3. A problemática da natureza jurídica do meio ambiente; 4. Os ecossistemas especialmente protegidos pelo art. 225, §4º, da Constituição Federal; 5. A jurisprudência pátria; 6. Conclusão; 7. Bibliografia.

1. A relevância da proteção ao meio ambiente

O meio ambiente vem se tornando objeto de profundas discussões, na medida em que a humanidade observa a impossibilidade de se pensar em desenvolvimento sem ter em mente a idéia de que os recursos naturais necessários ao crescimento econômico e a própria sobre-vivência humana não são inesgotáveis.

Diante dessa eminente preocupação, fala-se na atualidade em "desenvolvimento sustentado", ou "ecodesenvolvimento", buscando-se a harmonização entre o desenvolvimento, a preservação ambiental e a melhoria da qualidade de vida do homem. Assim, como bem observa o ilustre Edis Milaré, "a política ambiental não se deve constituir em obstáculo ao desenvolvimento, mas sim em um de seus instrumentos, ao proporcionar a gestão racional dos recursos naturais, os quais constituem a sua base material".[1]

[1] MILARÉ, Edis. Processo Coletivo Ambiental. In: BENJAMIM, Antônio Herman. *Dano ambiental: prevenção, reparação e repressão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 260.

Entretanto, tendo em vista que as necessidades humanas, diversamente do que ocorre com os bens da natureza, são ilimitadas, verifica-se o embate de interesses para a apropriação desses bens, luta na qual sempre tende a prevalecer a vontade do mais forte. Surge, então, conforme bem observou o supracitado Edis Milaré, a necessidade de regras coercitivas para impedir a desordem e garantir a preservação dos bens naturais.[2]

2. O meio ambiente e o ordenamento jurídico brasileiro

Essa realidade não passou despercebida ao sistema jurídico brasileiro, que destinou, na Constituição Federal de 1988, capítulo específico à temática ambiental, consubstanciado no art. 225 do texto constitucional.

Em conformidade com o dispositivo supracitado, o sistema constitucional pátrio consagra a proteção ao meio ambiente, que deve ser exercida não só pelo Poder Público, mas também pela coletividade, estabelecendo inclusive a possibilidade de aplicação de sanções de caráter administrativo, civil e penal às condutas consideradas lesivas ao meio ambiente.

Visando a dar efetividade ao texto constitucional, seguiu-se a edição de numerosa legislação ordinária, podendo-se referenciar, dentre outros diplomas, a Lei nº 7.679, de 23.11.88 (sobre a proibição da pesca de espécies em períodos de reprodução), a Lei nº 7.735, de 22.02.89 (criou o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA), o Decreto nº 750, de 10.02.93 (sobre o corte, a exploração e a supressão de vegetação de Mata Atlântica) e a Lei nº 9.605, de 12.02.98 (estabelece sanções penais e administrativas para condutas e atividades lesivas ao meio ambiente).

3. A problemática da natureza jurídica do meio ambiente

Sob esse aspecto, relevante a discussão, dentro da ótica de preservação ecológica concebida pela Constituição Federal de 1988, acerca da natureza jurídica dos bens ambientais, em especial dos ecossistemas referidos no art. 225, §4º, da Constituição, sobretudo diante do dispositivo constitucional que estabelece a competência da Justiça

[2] MILARÉ, Edis. *Op. cit.* p. 264.

Federal para processar e julgar os crimes cometidos em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas (art. 109, inciso IV, Constituição Federal).

Primeiramente, cabível é analisar a natureza da proteção dispensada pelo sistema jurídico brasileiro ao meio ambiente de forma geral. Sobre essa questão, doutrina o ilustre José Afonso da Silva que o "objeto de tutela jurídica não é tanto o meio ambiente considerado nos seus elementos constitutivos. O que o direito visa proteger é a qualidade do meio ambiente em função da qualidade de vida. (...) A qualidade do meio ambiente converte-se, assim, num bem, que o direito reconhece e protege, como patrimônio ambiental"[3]

Destarte, conforme se aduz a partir do ensinamento acima transcrito, o meio ambiente é entendido pelo direito como um bem jurídico. Resta saber, porém, qual a natureza do bem objeto da tutela jurídica ambiental, ou melhor, deve-se esclarecer se este bem se classifica como bem público ou privado, tendo em vista o interesse dessa classificação para a efetivação da proteção constitucional e infraconstitucional dispensada ao meio ambiente.

O Código Civil de 1916 reparte os bens em públicos e particulares, estabelecendo em seus arts. 65 e 66 quais seriam os bens públicos.

Os bens públicos, consoante ensina Celso Antônio Bandeira de Mello, "são todos os bens que pertencem às *pessoas jurídicas de Direito Público*, isto é, União, Estados, Distrito Federal, Municípios, respectivas autarquias e fundações de Direito Público (...), bem como os que, embora não pertencentes a tais pessoas, estejam afetados à prestação de um serviço público."[4] Os demais bens, por exclusão decorrente da própria lei, são considerados particulares.

A doutrina, porém, não se restringe a essas categorias enunciadas pelo Código Civil brasileiro, trazendo noções mais atuais e necessárias à classificação dos bens integrantes do meio ambiente.

Assim, questionando-se acerca da espécie de bem na qual se enquadraria o meio ambiente, José Afonso da Silva aduz a construção

[3] SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 54-55

[4] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 727.

doutrinária da categoria dos **bens de interesse público**, na qual estariam inseridos tanto os bens pertencentes a entidades públicas como os dos sujeitos privados submetidos a uma disciplina diferenciada para a consecução de um fim público. Para o autor citado, "são inegavelmente dessa natureza os bens imóveis de valor histórico, artístico, arqueológico, turístico e as paisagens de notável beleza natural, que integram o meio ambiente cultural, assim como os bens constitutivos do meio ambiente natural (a qualidade do solo, da água, do ar etc.)."[5]

E conclui o supracitado autor, ao interpretar o art. 225 da Constituição Federal de 1988, "que o objeto do direito de todos não é o meio ambiente em si, não é qualquer meio ambiente. O que é objeto do direito é o meio ambiente qualificado. O direito que todos temos é à qualidade satisfatória, o equilíbrio ecológico do meio ambiente. Essa qualidade é que se converteu num bem jurídico. A isso é que a Constituição define como *bem de uso comum do povo* e essencial à sadia qualidade de vida. (...) Veremos, no entanto, que há elementos físicos do meio ambiente que também não são suscetíveis de apropriação privada, como o ar, a água, que são, já por si, bens de uso comum do povo. Por isso, como a qualidade ambiental, não são bens públicos nem particulares. São bens de interesse público, dotados de um regime jurídico especial, enquanto essenciais à sadia qualidade de vida e vinculados, assim, a um fim de interesse coletivo".[6]

Desta forma, para José Afonso da Silva, o que se configura como bem de uso comum, nos termos do art. 225, § 4º, da Constituição Federal, não são os bens que, isoladamente, compõem o patrimônio ambiental, mas sim o meio ambiente ecologicamente equilibrado que, por sua vez, não se configura bem público ou privado, mas sim bem de interesse público, independentemente de pertencer a um particular ou a qualquer pessoa jurídica de Direito Público.

Há quem entenda, por sua vez, que a Constituição Federal de 1988 tratou o meio ambiente como bem jurídico que pertence a todos, concedendo a quem quer que seja o direito de ter acesso e usufruir desse

[5] SILVA, José Afonso da. *Op. cit.* p. 56.
[6] SILVA, José Afonso da. *Op. cit.* p. 56.

bem. Sob este posto de vista, a titularidade do bem recairia sobre todos que se encontrassem sobre a custódia do ordenamento jurídico brasileiro.

Desse entendimento se extrairia a classificação do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como **interesse difuso,** integrando os bens objeto da tutela ambiental a categoria dos bens difusos. Dentre os defensores desse posicionamento estão Celso Antônio Pacheco Fiorillo e Marcelo Abelha Rodrigues, para quem a expressão *bem de uso do povo* foi empregada pelo constituinte para colocar o meio ambiente como um bem jurídico que a todos pertence.

Assim, segundo esse posicionamento, o art. 225 da Constituição Federal, ao prescrever que *todos tem direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado*, quis atribuir a *todos* sua titularidade, significando que o direito ao meio ambiente é ao mesmo tempo de cada um e de todos, no sentido de que o conceito ultrapassa a esfera do indivíduo para recair sobre a coletividade.

E sendo *todos* os titulares do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, a sua natureza jurídica se encaixaria no que o ordenamento jurídico cuidou como *direitos difusos*, já que se trataria de um direito transindividual, de natureza indivisível, cujos titulares são pessoas indeterminadas e ligadas entre si por circunstâncias de fato.[7]

Consignam os autores citados, referindo-se ao art. 225 da Carta Constitucional, que, "ao dizer que é papel do Estado e da coletividade defender e preservar o meio ambiente, abandona-se o conceito de que o meio ambiente é um bem público, no sentido de que apenas a atuação do 'puissance publique' era permitida. Consoante noção trazida pelo referido artigo, o conceito de meio ambiente supera esta denominação, visto que não só do Estado, mas também da coletividade é dever de defendê-lo e preservá-lo. Isto nos remete ao conceito de interesse difuso, qual seja aquele que situa-se no hiato entre o interesse público e o interesse privado."[8]

Destarte, para esses doutrinadores, o meio ambiente não pode ser visto como bem público, de titularidade do Estado, mas sim em

[7] FIORILLO, Celso Antônio Pacheco & RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de Direito Ambiental e Legislação Aplicável*. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 78-83.
[8] FIORILLO, Celso Antônio Pacheco & RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Op. cit.* P. 78-83.

correlação com o conceito de interesse difuso, entendido este como aquele que se situa no hiato entre o interesse público e o interesse privado.

Nessa linha de raciocínio, os referidos autores concluem que a Constituição Federal, ao dispor, em seu art. 5º, inciso LXXIII, que qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que tenha por objetivo anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente, e ao patrimônio histórico e cultural, cuidou, desta forma de maneira implícita, de distinguir os bens pertencentes ao patrimônio público dos bens pertencentes a toda a coletividade, como são, efetivamente, os bens ambientais.[9]

Por fim, antes de se concluir acerca do caráter público ou particular dos bens que, de forma geral, integram o patrimônio ambiental, pertinente é colacionar o magistério do insigne Eros Roberto Grau, que em parecer de sua lavra, disserta sobre a titularidade dos bens afetados à função social ambiental.

Para este doutrinador, o meio ambiente concebido como macrobem, objeto da função ambiental, seria bem público de uso comum, assim como os elementos que o constituem, **enquanto macrobem**. Assim, conforme exemplifica, um prédio tombado, quando analisado sob o ângulo ambiental, é bem público de uso comum, ainda que para outros fins, como o de exploração e alienação, seja regido pelo regime jurídico próprio dos bens privados.[10]

Prossegue o doutrinador citado em seu magistério, para afirmar que "embora o meio ambiente, em sua macrorrealidade abstrata, seja sempre bem público de uso comum, em sua micropercepção – e sigo, ainda, indicações de Herman Benjamim – ele se revela um conglomerado de elementos proteiformes, submetidos basicamente a dois regimes de titularidade dominial: o público ("público", aqui, no sentido de propriedade do Estado) e o privado."[11]

---

[9] FIORILLO, Celso Antônio Pacheco & RODRIGUES, Marcelo Abelha. Op. cit. p. 92.
[10] GRAU, Eros Roberto. *Proteção do meio ambiente (Caso do Parque do Povo)*. Revista dos Tribunais. São Paulo: n. 702, p. 256-257, abril, 1994.
[11] GRAU, Eros Roberto. Op. cit. p.-257.

Diante do exposto, não se deve considerar que todos os bens objeto de proteção ambiental, pelo simples fato de serem assim tutelados, estejam sujeitos à titularidade dominial do Estado, sendo enquadrados na categoria de bens públicos.

Destarte, será bem público, dentro da conceituação proposta pelo supracitado Celso Antônio Bandeira de Mello, aquele tutelado pelo art. 225 da Constituição Federal que se encontrar dentre os bens sujeitos ao domínio das pessoas jurídicas de Direito Público ou que estejam afetados à prestação de um serviço público, e não todos os bens ambientais indistintamente.

Esse entendimento é igualmente esposado pelo Exmo. Procurador da República João Marques Brandão Neto, para quem, "na verdade, a flora não é patrimônio da União, como se percebe pela leitura do art. 20 da Constituição da República Federativa do Brasil. Observe-se, ademais, que mesmo o art. 225 da Constituição da República Federativa do Brasil não considera a fauna ou as florestas como patrimônio da União."[12]

4. Os ecossistemas especialmente protegidos pelo art. 225, §4º, da Constituição Federal

Por outro lado, da análise do art. 225 da Constituição Federal, cabe aqui destacar a proteção especial concedida, pelo §4º deste dispositivo, aos ecossistemas conhecidos como Floresta Amazônica, Serra do Mar, Pantanal Mato-grossense, Zona Costeira e Mata Atlântica. Esta, apesar de reduzida e bastante fragmentada, é dotada de enorme relevância.

Conforme noticia João Paulo Capobianco, em trabalho especializado sobre o tema, "para aproximadamente 70% da população brasileira que vive em seu domínio – nas cidades, nas comunidades caiçaras e indígenas – ela regula o fluxo dos mananciais hídricos, assegura a fertilidade do solo, controla o clima e protege escarpas e

[12] BRANDÃO NÉTO, João Marques. *Crimes Ambientais da Lei nº 9.605: competência federal ou estadual*. Boletim dos Procuradores da República. São Paulo: a. 1, n. 12, p.15, abril, 1999.

encostas das serras, além de preservar um patrimônio histórico e cultural imenso".[13]

Apesar de algumas manifestações[14] acerca da dispensabilidade do art. 255, §4º, da Constituição Federal, essa opinião não é compartilhada pela maior parte da doutrina brasileira, sendo pertinente destacar os ensinamentos do insigne José Afonso da Silva, para quem o art. 225, §4º, da Constituição Federal, reconheceu o elevado conteúdo ecológico das áreas nele discriminadas, entendendo que exigiam imediata proteção e direta regulamentação constitucional, a fim de que sua utilização se fizesse sem prejuízo ao meio ambiente.[15]

Nesse contexto, discute-se, ainda, a natureza jurídica dos ecossistemas mencionados, uma vez que foram referidos pela Constituição como **patrimônio nacional**.

Manifestam-se alguns doutrinadores que tal declaração constitucional teria o condão de converter as áreas previstas no art. 225, § 4º, em bens da União Federal.

Esse, porém, não é o entendimento mais abalizado. Como foi acima esposado, o simples fato de um bem pertencer ao meio ambiente constitucionalmente protegido não faz com que se transforme em bem da União. O mesmo ocorre com aqueles bens a que a Constituição Federal atribuiu o caráter de patrimônio nacional, pois não foi esta a intenção do constituinte.

Sobre essa questão, pertinente é colacionar nova-mente os ensinamentos do ilustre José Afonso da Silva, que ao tratar do tema, afirmou que a menção constitucional "não significa transferir para a União o domínio sobre as áreas particulares, estaduais e municipais situadas nas regiões mencionadas. (...) Na verdade, o significado primeiro e político da declaração constitucional de que aqueles ecossistemas florestais constituem patrimônio nacional está em que não se admite

---

[13] CAPOBIANCO, João Paulo. A Mata Atlântica e sua legislação protetora. In: BENJAMIM, Antônio Herman. *Dano ambiental: prevenção, reparação e repressão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 379.

[14] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. Vol. 4. São Paulo: Saraiva, 1990-1995, p. 105

[15] SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 31.

qualquer forma de internacionalização da Amazônia ou de qualquer outra área"[16].

Da mesma forma, citando o referido doutrinador, manifesta-se o douto magistrado Wladimir Passos de Freitas, para quem a regra do art. 225, §4º, não tenciona dizer que a Floresta Amazônica, a Serra do mar, a Mata Atlântica, o Pantanal e a Zona Costeira são de propriedade da União, mas sim que constituem patrimônio comum a todos os brasileiros, cabendo-lhes por ele zelar.[17]

5. A jurisprudência pátria

A discussão já se encontra posta nos tribunais pátrios, que têm divergido acerca da matéria. A 2ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região decidiu que a Mata Atlântica, por ser patrimônio nacional, é bem pertencente ao domínio da União.[18] Esse mesmo órgão colegiado, porém, já proferiu acórdão decisão em sentido contrário.[19]

O Tribunal Regional Federal da 1ª Região, por sua vez, através de sua 3ª Turma, manifestou-se no sentido de que a Mata Atlântica, integrante do patrimônio nacional a que alude o art. 225, §4º, da Constituição Federal, não é bem da União.[20] De igual alcance é decisão proferida pela 3ª Turma do Egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região no julgamento do Agravo de Instrumento nº 19.010/SE.[21]

---

[16] SILVA, José Afonso da. Op. cit. p. 174.

[17] FREITAS, Wladimir Passos de. *Competência nos crimes ambientais*. Revista dos Tribunais. São Paulo: a. 88, n. 759, p. 484-485, janeiro, 1999.

[18] Brasil. Tribunal Regional Federal da 4ª Região, 2ª Turma, Recurso Criminal nº 1999.04.01115574-3/, Rel. Des. Fed. Élcio Pinheiro de Castro, j. por maioria em 08.03.01, DJU 06.06.01.

[19] Brasil. Tribunal Regional Federal da 4ª Região, 2ª Turma, Recurso em sentido estrito nº 1999.04.01074179-0/SC, Rel. Des. Fed. João Pedro Gebran Neto, j. unânime em 01.06.00, DJU 02.08.00, p. 158.

[20] Brasil. Tribunal Regional Federal da 1ª Região, 3ª Turma, Recurso Criminal nº 2000.38.00.010741-5/MG, Rel. Des. Fed. Luciano Tolentino Amaral, j. unânime em 12.03.02, DJU 05.04.02, p. 129.

[21] Brasil. Tribunal Regional Federal da 5ª Região, 3ª Turma, Agravo de Instrumento nº 19.010/SE, Rel. Des. Fed. Ridalvo Costa, j. unânime em 19.11.98, DJ 14.12.98, p. 649.

A 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, no julgamento dos Recursos Extraordinários nºs 134.297/SP[22], 300.244/SC[23] e 299.856/SC[24], entendeu que o preceito consubstanciado no art. 225, §4º, da Constituição Federal, não converteu em bens públicos os imóveis particulares abrangidos pelas florestas e pelas matas nele referidas.

6. Conclusão

A matéria analisada, conforme foi visto, não é pacífica no âmbito doutrinário ou jurisprudencial. As considerações traçadas nesse estudo, porém, pretendem apenas consignar a importância da definição do alcance dos dispositivos constitucionais, sobretudo para se permitir uma efetiva proteção do meio ambiente e, em especial, dos ecossistemas expressamente tutelados pelo art. 225, §4º, da Constituição Federal de 1988.

7. Bibliografia

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 12.ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 727.

BRANDÃO NÉTO, João Marques. *Crimes Ambientais da Lei nº 9.605: competência federal ou estadual*. Boletim dos Procuradores da República. São Paulo: a. 1, n. 12, p. 15, abril, 1999.

CAPOBIANCO, João Paulo. A Mata Atlântica e sua legislação protetora. In: BENJAMIM, Antônio Herman. *Dano ambiental: prevenção, reparação e repressão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 379.

[22] Brasil. Supremo Tribunal Federal, 1ª Turma, Recurso Extraordinário nº 134.297/SP, Rel. Min. Celso de Mello, j. unânime em 13.06.95, DJU 22.09.95, p. 30597.
[23] Brasil. Supremo Tribunal Federal, 1ª Turma, Recurso Extraordinário nº 300.244/SC, Rel. Min. Moreira Alves, j. unânime em 20.11.01, DJU 19.12.01, p. 027.
[24] Brasil. Supremo Tribunal Federal, 1ª Turma, Recurso Extraordinário nº 299.856/SC, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. unânime em 18.12.01, DJU 01.03.02.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. Vol. 4. São Paulo: Saraiva, 1990-1995, p. 105

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco & RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de Direito Ambiental e Legislação Aplicável*. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 78-83.

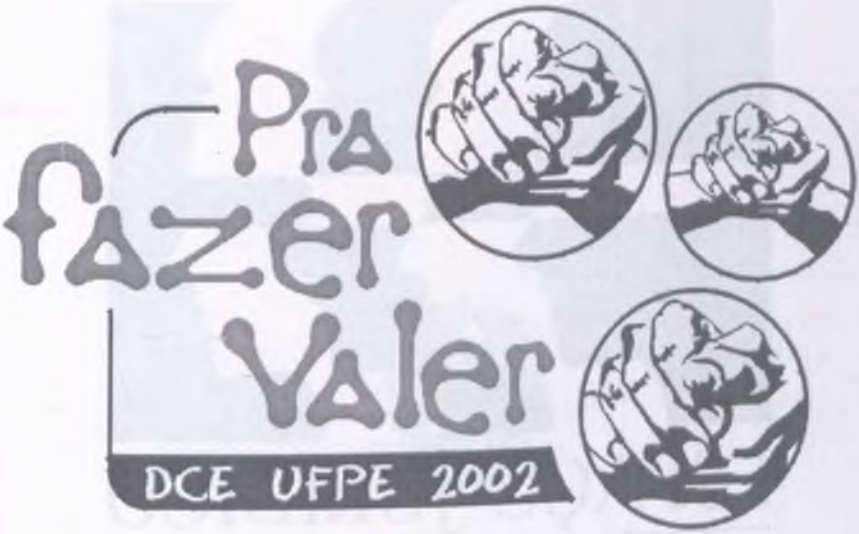
FREITAS, Wladimir Passos de. *Competência nos crimes ambientais*. Revista dos Tribunais. São Paulo: a. 88, n. 759, p. 484-485, janeiro, 1999.

GRAU, Eros Roberto. *Proteção do meio ambiente (Caso do Parque do Povo)*. Revista dos Tribunais. São Paulo: n. 702, p. 256-257, abril, 1994.

MILARÉ, Edis. Processo Coletivo Ambiental. In: BENJAMIM, Antônio Herman. *Dano ambiental: prevenção, reparação e repressão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 260.

SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 54-55.

APOIO CULTURAL:



PATROCÍNIO:

ESPAÇO JURÍDICO

C U R S O S

SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL
UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
Centro de Ciências Jurídicas
Faculdade de Direito do Recife
Cursos de Pós-Graduação

Montado e impresso nas oficinas gráficas da

Editora Universitária UFPE

Rua Acadêmico Hélio Ramos, 20 • Várzea
Fone: (0xx81) 3271.8397 • (0xx81) 3271.8930
Fax: (0xx81) 3271.8395 • CEP 50740-530
Recife • PE

Não nos esqueçamos que a Revista já é parte inseparável de nossa história; pôr fim a ela significa uma irreparável perda para nossa comunidade acadêmica e, de modo indireto, para a sociedade.

O conselho é no sentido de que aqueles que contribuam com seus artigos para este Caderno nunca se esqueçam da humildade que deve acompanhar todo o trabalho intelectual. Não se pode olvidar que nunca saberemos o bastante, que devemos estudar incessantemente e que os outros também podem dizer coisas mais corretas do que aquelas que são as nossas posições. Portanto, sejam humildes porque sempre temos o que aprender e totalmente abertos para ouvir, sem preconceitos, os outros que, como nós, com honestidade e denodo buscam aproximar-se da inatingível verdade absoluta.

Que este seja mais um número desta Revista e nunca o último e que ele sirva para continuar estimulando-nos a pensar e a refletir sobre temas tão importantes para estes momentos tão intensamente complexos em que vivemos.

André Vicente Pires Rosa
Professor de Direito Constitucional da UFPE.

Editora
Universitária UFPE