

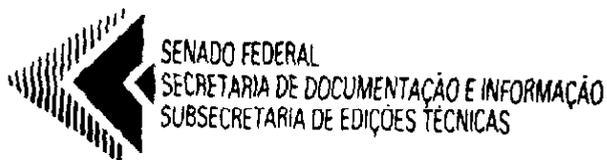
REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

JANEIRO/MARÇO 1995 • BRASÍLIA • ANO 32 • Nº 125

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília • ano 32 • n.º 125
janeiro/março — 1995

Editor:
João Batista Soares de Sousa, Diretor



REVISTA
de
INFORMAÇÃO
LEGISLATIVA

FUNDADORES

Senador Auro Moura Andrade

Presidente do Senado Federal — 1961-1967

Isaac Brown

Secretário-Geral da Presidência — 1946-1967

Leyla Castello Branco Fangel

Directora — 1964-1968

ISSN 0034-835-x

Publicação trimestral da

Subsecretaria de Edições Técnicas

Senado Federal, Via N-2, Unidade de Apoio III

Praça dos Três Poderes

70.165-900 — Brasília, DF

EDITOR

Director: João Batista Soares de Sousa

EDITORIAÇÃO ELETRÔNICA

Angelina Almeida Silva e Dulce Maria R. de Machado

COMPOSIÇÃO E IMPRESSÃO

Centro Gráfico do Senado Federal

CAPA

Paulo Cervinho e Cícero Bezerra

© Todos os direitos reservados. A reprodução ou tradução de qualquer parte desta publicação será permitida com a prévia permissão escrita do Editor.

Solicita-se permuta.

Pidese canje.

On demande l'échange.

Si richiede lo scambio.

We ask for exchange.

Wir bitten um Austausch.

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA ano 1- nº 1- mar. 1964-. Brasília, Senado Federal.
v. trimestral.

Ano 1-3, nº 1-10, publ. pelo Serviço de Informação Legislativa; ano 3-9, nº 11-33, publ. pela Diretoria de Informação Legislativa; ano 9-, nº 34-, publ. pela Subsecretaria de Edições Técnicas.

1. Direito — Periódicas. I. Brasil. Congresso Nacional. Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas. II. Sousa, João Batista Soares de, dir.

CDU 340.05

CDU 34(05)

REVISTA de INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília · ano 32 · nº 125 · janeiro/março — 1995

Sérgio Sêrvulo da Cunha Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho Antônio Souza Prudente	Reforma Eleitoral-Partidária 5
Hugo de Brito Machado Carlos Alberto Bittar Filho Luiz Antonio Soares Hentz	Sigilo bancário e a administração tributária 13 Empréstimo compulsório sobre o consumo de combustíveis 27 Reforma do Código Tributário Nacional 35 Tutela da personalidade no atual direito brasileiro 45 A vontade na formação dos contratos e nas manifestações unilaterais 59 Notas à Constituição de 1988 67
Eduardo Silva Costa Alvaro Lazzarini Zeno Veloso Célio Borja Leon Frejda Szklarowsky José Matias Pereira	Aspectos administrativos do direito ambiental 75 Fato jurídico - Ato jurídico - Negócio jurídico 87 O juízo arbitral 97 Licitações e Contratos Administrativos 103 Estudos sobre direito do consumidor. Os direitos e interesses do consumidor - fundamentos, interpretação e crítica 115 Restrições à concessão de liminares 125
Teori Albino Zavascki José de Ribamar Barreiros Soares Arx Tourinho Moacyr Barbosa de Sousa Gustin	O pluralismo jurídico no Direito do Trabalho 135 A família e os meios de comunicação 141 Da jurisprudência como ciência compreensiva: a dialética do compreender mediante o interpretar 151
Antonio Cezar Lima da Fonseca	As agravantes no Código de Defesa do Consumidor 159
Cícero Ivan Ferreira Gontijo	O acordo sobre propriedade intelectual contido no GATT e suas implicações para o Brasil 181
Fábio Maria de-Mattia Ivan Lira de Carvalho	Noções introdutórias ao Direito Agrário 185 Crime contra a fauna - reflexões sobre a aspereza do Código de Caça 193 Os Irracionais de nossa democracia 199
A. Machado Pauperio Heloisa Helena Tartarotti Camargo e Maria de Lourdes de Medeiros Kain João de Lima Teixeira Filho e José Alves de Paula	O Senado como controlador externo 207 Políticas do Ministério do Trabalho do Brasil 235

Geraldo Ataliba	Denúncia espontânea e exclusão de responsabilidade penal 241
Harry Conrado Schüler	Análise das propostas de reforma tributária 253
Rubem Rodrigues Nogueira Jr.	O art. 4.º da Lei n.º 4.384/64: observações sobre sua aplicabilidade às pessoas de direito privado 271
Marcelo Rocha Saboia	O direito moral do autor e do inventor no quadro dos direitos da personalidade 277
Frank Larrúbia Shih	Da inconstitucionalidade das taxas de renovação da licença de localização e funcionamento imposta pela municipalidade aos estabelecimentos comerciais 283
Relator: Ministro Octavio Gallotti	Mandado de Segurança n.º 214431/160 285

Reforma eleitoral-partidária

SÉRGIO SÉRVULO DA CUNHA

SUMÁRIO

1. Introdução 2. Abrangência do tema. Algumas figuras. 3. Reforma partidária. 4. Reforma eleitoral. 5. Reforma eleitoral-partidária. 6. Conclusão.

1. Introdução

Das duas tendências atuantes na legislação brasileira com respeito à organização eleitoral-partidária – de um lado a tendência liberal e democrática, de outro a intervencionista e autocrática – seria difícil dizer qual a vencedora.

A Constituição de 1988 consagra a vitória dos princípios liberais e democráticos, expressos basicamente no voto proporcional e na liberdade de organização partidária. Leva adiante, assim, o processo de democratização que somente a partir de 1932 encontrou condições de se institucionalizar.

Entretanto, a tendência intervencionista e antidemocrática, prevalecente nos períodos de exceção, busca insistentemente, mesmo nas fases de abertura institucional, as alterações legais e constitucionais que atendam aos seus interesses. Foi o que aconteceu no ciclo 1946-1964 e agora se reproduz. São três, basicamente, as propostas da corrente antiliberal, manifestadas em inúmeros projetos de lei, em projetos de emenda constitucional e em propostas apresentadas durante o processo de revisão constitucional: a) implantação do voto distrital (puro ou misto); b) implantação de redutores ao pluralismo partidário; c) implantação do voto facultativo.

Essas propostas – ou ao menos as duas primeiras –, de intensa circulação na mídia, não passam pelo crivo de qualquer análise criterio-

Sérgio Sérvulo da Cunha é Advogado.

Apresentado à XV Conferência Nacional da OAB, Foz do Iguaçu, em setembro de 1994.

sa. Em artigo publicado na *Folha de S. Paulo* ("Cartilha antioligarquia"), o eminente cientista político Wanderley Guilherme dos Santos, repelindo uma a uma as pretensas vantagens do sistema distrital, denuncia :

"No Brasil, tenta-se às escondidas da opinião pública, e sem previsão de *referendum*, introduzir tal sistema oligarquizante ... acobertando-se o estupro institucional por persistente difusão de catálogo contendo as virtudes dos sistemas majoritários e as perversões dos sistemas de representação proporcional. Mistura de desinformação e malícia, a propaganda constitui crime contra o consumidor, isto é, o eleitor brasileiro".

São outros, que não aqueles, os caminhos de uma reforma eleitoral democrática. Assim, antes de adentrar verdadeiramente o tema desta exposição, encerro esta introdução com o fecho de um estudo que publiquei sobre a matéria :

"O objetivo primário do sistema distrital - seja puro ou misto - é diminuir para dois, ou no máximo três, o número dos partidos existentes. Seu objetivo imediato, oculto e principal é a contenção da representação popular. Resguarda-se, com isso, a aparência dos sistemas representativo e partidário; mantém-se a coerência do discurso liberal, fundado na liberdade e na igualdade. Mas o que se tem, como resultado, é o monopólio partidário, a domesticação da política, a manutenção do *status quo*. Seria errôneo, por isso, considerá-lo um mero mecanismo ou expediente, possível, entre outros, para a escolha de representantes; bem ao contrário, ele materializa um conceito antidemocrático de representação" (Sérgio Sérulo da Cunha, *O que é voto distrital*; Sérgio Antonio Fabris Ed., 1991).

2. Abrangência do tema. Algumas figuras

São três os níveis em que podemos situar o debate sobre reforma eleitoral-partidária.

O primeiro deles, o terreno estritamente jurídico-formal, dentro do qual qualquer reforma fica limitada aos marcos previamente assentados pela Constituição. O segundo, envolvendo eventual alteração da própria Constituição. E o terceiro, que colocaria em xeque a própria idéia democrática, ou, no mínimo, a democracia representativa tal como praticada via eleições.

Esta breve exposição aloja-se principalmente no primeiro nível e, em parte, no segundo.

Há entretanto algumas figuras - digamos assim, metodológicas - que merecem neste momento ligeira menção :

a) para a definição de uma democracia, o sistema eleitoral-partidário (SEP) é tão importante quanto o sistema de propriedade;

b) a existência de um SEP não significa, *de per se*, a existência de democracia; um SEP é tanto mais democrático quanto mais aberto à competição;

c) na história das democracias representativas, não houve mudança institucional profunda que não tenha sido precedida ou acompanhada de reforma eleitoral-partidária;

d) políticos experimentados sabem avaliar as mudanças que as alterações no SEP provocam na estrutura de poder;

e) o regime político e o respectivo SEP tendem a ser um projeção do outro; ou são compatíveis ou são mutuamente excludentes;

f) alterações no sistema eleitoral afetam o sistema partidário e vice-versa;

g) só é possível falar em reforma com base num diagnóstico fundado na realidade, ou seja, quando se analisam os fatos à luz de orientações ou princípios.

3. Reforma partidária

Os partidos políticos brasileiros não são representativos da sociedade: são meros cartórios, são meros aglomerados de interesses eleitorais, não possuem consistência ideológica, não possuem quadros competentes para o exercício da administração pública.

Estas são as críticas, em sua maioria procedentes, que se ouvem diariamente, e que são feitas indiscriminadamente por todos os setores sociais aos nossos partidos políticos. Surpreendentes, porém, são as conclusões, absolutamente desgarradas das premissas, que se costumam tirar desses fatos: a de que devem ser extintos alguns ou quase todos os partidos políticos.

Essas propostas paradoxais esquecem - ou fazem por esquecer - um fato: que ao longo de nossa história, o Estado - a serviço dos interesses dominantes - sempre cercou violentamente a existência de partidos livres, fortes, autênticos e representativos. Ou seja, que a organização partidária é fruto da história e que a principal causa da debilidade de nossos partidos é a intervenção estatal, que sempre os privou de liberdade.

Diz a Constituição Brasileira, em seu art. 17, que é livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, sendo-lhes assegurada "autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento".

Não há mais que falar em lei "orgânica" dos partidos, visto que não mais cabe, ao Estado, organizá-los ou dispor sobre sua organização.

O princípio de liberdade partidária, indiscutivelmente posto pela Constituição, vincula-se ao princípio pluralista. Por quatro vezes a Lei Fundamental utiliza o termo "pluralismo": em seu preâmbulo (pluralismo social), no art. 1.º (pluralismo político), no art. 17 (pluralismo partidário) e no art. 206-III (pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas). Esse não é, certamente, um termo vazio. Ao contrário, possui uma significação prescritiva, qualitativa. Dizer que uma sociedade deve ser pluralista não significa fixar-se uma determinação numérica, acima de alguns e abaixo de muitos, dentro da qual se permite a convivência dos diferentes. Significa, ao contrário, o dever de criar e manter esse espaço de convivência; restringi-lo, direta ou indiretamente, corresponde a ferir o princípio pluralista. Pluralismo, instrumentação da liberdade, tem sentido mais concreto, mais preciso do que esta.

Giovanni Sartori (*Partidos e sistemas partidários*, Ed. UnB, 1982, p. 36) distingue entre "sociedade plural" e "sociedade pluralista":

"... do fato de que toda sociedade complexa se revela diferenciada não se segue de modo algum que todas as sociedades sejam diferenciadas pluralisticamente" /.../ "... deve-se entender claramente que o pluralismo não consiste simplesmente de associações múltiplas. Estas devem ser, em primeiro lugar, voluntárias e, em segundo, não-exclusivas, isto é, baseadas em aplicações múltiplas, sendo estas o traço marcante e crucial de uma estruturação pluralista. A presença de um grande número de grupos identificáveis não comprova, de modo algum, a existência do pluralismo, mas apenas um estado desenvolvido de articulação e/ou fragmentação. As sociedades multigrupais são pluralistas se, e apenas se, os grupos forem associativos (e não consuetudinários ou institucionais) e, o que é mais, só quando se puder constatar que as associações se desenvolveram naturalmente, que não são impostas"

A Constituição é, portanto, conseqüente com estes princípios ao dispor, no inciso I do mesmo art. 17, que os partidos políticos brasileiros devem ter "caráter nacional". A expressão não é gratuita. Há enorme diferença entre o "caráter nacional" do art. 17-I da Constituição em vigor e o "âmbito nacional" no art. 152-IV da Ordenação de 1967/69.

Caráter não é o mesmo que âmbito. Este é designação espacial, geográfica. Assim, não discrepava da Ordenação a Lei n.º 5.682/71 (Lei Orgânica dos Partidos Políticos), em sua redação primitiva, ao permitir a organização apenas de partido político que contasse inicialmente com 5% do eleitorado que houvesse votado na última eleição geral para a Câmara dos Deputados, distribuídos por sete ou mais Estados, com o mínimo de 7% em cada um deles¹.

Caráter não é afecção física, mas psicológica ou espiritual; no caso, ideológica ou política. Corresponde ao que a Constituição de Portugal, em denominação talvez mais feliz, chama de "indole". Índole nacional, caráter nacional, representa identificação estatutária, programática, com os atributos da nacionalidade.

Portanto, andou ainda conseqüentemente o constituinte quando, no mesmo art. 17-§ 2.º, inscreveu:

"Os partidos políticos, após adquirirem personalidade jurídica, na forma da lei civil, registrarão seus estatutos no Tribunal Superior Eleitoral".

Desde a Constituição de 1988, para que exista partido político no Brasil, e independentemente de qualquer controle, salvo a prestação de contas à justiça eleitoral (art. 17-III), basta a inscrição no registro civil das pessoas jurídicas, como qualquer associação civil. É possível, portanto, existir partido político com registro apenas em Jequitinhonha, sem Diretório Nacional (entendido este como soma ou resultado de delegações federativas). Se o partido já adquire personalidade jurídica mediante o simples registro civil, qual a função do segundo registro (registro dos estatutos), no Tribunal Superior Eleitoral (art. 17-§ 2.º, *in fine*)? A Constituição silencia sobre a competência da justiça eleitoral, remetendo-nos a uma lei complementar que ainda não foi editada (art. 121). Inde-

¹ V. art. 7.º da Lei n.º 5.682/71 e sua alteração pela Lei n.º 6.767/79; v. também art. 49-VII da Ordenação de 1967 e art. 152-VII da Ordenação de 1969, este com sua redação alterada pelas Emendas Constitucionais n.ºs 11/78 e 25/85.

pendentemente da promulgação dessa lei, pode-se avançar que o segundo registro (a que se refere o art. 17-§ 2.º, *in fine*) serve a duplo objetivo: a) o confronto dos atos constitutivos do partido com os requisitos constitucionais (v. art. 17); b) o acompanhamento, pela justiça eleitoral, do funcionamento partidário, no que diz respeito a prestação de contas (art. 17-III), acesso a recursos do fundo partidário, acesso ao rádio e televisão (art. 17-§ 3.º), participação em eleições. Se à justiça eleitoral cabe cotejar os atos constitutivos do partido em face dos requisitos de natureza jurídica, tudo leva a crer que aquele primeiro registro, que confere personalidade jurídica ao partido, não lhe confere, simultaneamente, a capacidade jurídica específica, que é a capacidade eleitoral; esta só ad vêm com o registro *dos estatutos* no Tribunal Superior Eleitoral. Sem esse segundo registro o partido existe, pode difundir seu programa, exercer pregação, arregimentação e movimentação política, mas não tem como participar de eleições. A Constituição, destarte, fiel ao princípio liberal, que inspira e define o sistema normativo partidário, estabeleceu um gradualismo copiado da vida. Os corpos vivos e os grupos sociais nascem pequenos e se adensam, crescem, vingam ou morrem. No vestibular da vida não se incluem exigências próprias de doutoramento. Com isso, a Lei Fundamental retoma, em parte, o projeto do deputado Eduardo Duvivier, que em 1947 admitia a existência de partidos municipais, estaduais ou regionais. Esse projeto não prosperou, porque o art. 134 da Constituição de 1946 falava em "partidos nacionais". Escrevendo na vigência dessa Constituição, assim se pronunciava João Mangabeira:

"O partido político assenta sua existência nas liberdades de pensamento e de associação asseguradas pelos parágrafos 5.º e 12 do artigo 141 da Constituição. Tudo isso é essencial à existência e ao aperfeiçoamento do regime democrático. Partidos políticos e partidos políticos nacionais não são a mesma coisa. Assim, o partido político que não é nacional, por não ter logrado tal situação, ou dela ter decaído, nem por isso deverá desaparecer. Poderá continuar pregando suas idéias, fazendo seu proselitismo, até ver se consegue lograr a situação que não conquistou, ou reconquistar a que perdeu. O que não pode, porém, é apresentar candidatos à representação nacional, o que exclusivamente cabe aos par-

tidos nacionais. Aqueles "partidos políticos" o legislador fixaria as condições mínimas de existência, para que pudessem ser devidamente registrados, até que lograssem transformar-se em "partidos nacionais". A história aponta-nos exemplos de pequenos partidos que, depois de longos anos, se transformaram em partidos majoritários" (*A organização do Poder Legislativo nas Constituições Republicanas*, in *Estudos sobre a Constituição Brasileira*, Ed. FGV, Rio, 1954, p. 121).

São claras, portanto, as diretivas constitucionais, vigentes desde 1988, para a elaboração, no Brasil, não mais de uma "lei orgânica dos partidos políticos", mas de uma "lei de liberdade partidária".

Dentro, porém, de uma história legal de coerção, intimidação e cerceamento, parece insólita uma lei que se destine simplesmente a promover e proteger a liberdade e não a policiar a atividade partidária. Assim, os projetos de lei em curso no Congresso mantêm-se atrelados à mentalidade autoritária e, enquanto o Congresso não elabora a nova lei, a própria justiça eleitoral continua aplicando normas da falecida lei orgânica.

Infelizmente, os projetos de lei apresentados no Congresso, recheados de inconstitucionalidades, não fogem à tendência antiliberal e intervencionista. Seria exorbitante qualquer regra que acrescentasse, ao constante do Texto Constitucional, exigência nova quanto à criação, organização e funcionamento de partido político. Seriam inconstitucionais regras fixando número mínimo de aderentes, necessário à personalização de partido político; no tocante ao número de instituidores, lugar do registro e demais requisitos deste, as regras são as gerais, correspondentes à personalização das associações civis; confira-se o art. 17-§ 2.º: "os partidos políticos" adquirem "personalidade jurídica na forma da lei civil"; a Constituição veda se outorgue personalidade jurídica a partido político de outra forma que não a prescrita, genericamente, na lei civil.

Também seria exorbitante a regra que impusesse a existência de órgão nacional partidário, seja porque não estão, os partidos, obrigados a possuir dimensão, extensão ou representação nacional; seja porque a assinatura de representante, ou órgão de representação, diz respeito à liberdade de organização e funcionamento do partido. Seria abusiva regra que estabelecesse

sanção a partido político pelo fato de não apresentar candidato ou não concorrer a eleição; a regra seria despótica caso fixasse, como sanção, o cancelamento do registro partidário.

4. Reforma eleitoral

Foi sábia a Constituição de 1988 ao criar a regra do seu art. 16, visando coibir – embora de modo ainda insatisfatório – o casuismo da lei eleitoral. É importante que maiorias eventuais não tenham, em suas mãos, o arbítrio de elaborar as leis que induzam sua continuação no poder.

No tocante à reforma eleitoral, se o que se pretende é que as eleições retratem a vontade da sociedade; que a atribuição dos cargos públicos eletivos corresponda ao resultado do sufrágio; e que os partidos políticos sejam efetivos canais de participação da sociedade no governo, devemos persistir no caminho que – não obstante intervalos de violência institucional – vimos trilhando desde 1932. Essa linha evolutiva teve início com a criação da justiça eleitoral, adoção do sufrágio feminino, do voto secreto e do sistema proporcional.

O processo de revisão constitucional encerrado em junho de 1994 buscava atentar sobretudo contra o sistema proporcional. Sabiam as elites que a manipulação do processo eleitoral é o meio mais seguro para manter o *status quo*. No parecer n.º 21, de 1994 (propostas revisionais sobre o art. 45 da Constituição), o relator Nelson Jobim optou pelo sistema eleitoral misto alemão (eleições metade proporcionais, metade majoritárias), não obstante conceitue o sistema majoritário (distrital) como aquele que “busca constituir uma maioria, mesmo que isto implique deliberada distorção dos votos”; e não obstante, contraditoriamente, reconheça que “no caso brasileiro devemos manter a definição pelo princípio proporcional para a Câmara dos Deputados. Num país como o nosso, marcado por profundas desigualdades sociais e políticas, as inconveniências do majoritário se acentuariam, podendo excluir da representação política imensas massas já excluídas dos direitos básicos da cidadania. A constituição de uma maioria poderia facilmente degenerar em imposição avassaladora daqueles que controlassem o poder.

Os vícios do processo eleitoral brasileiro nada têm a ver com a proporcionalidade. Decorrem, basicamente, da exagerada influência do poder econômico – em que se inclui o poder da mídia – assim como da fraude, no momento das apurações.

É impossível evitar – e nem seria desejável, visto tratar-se de um dos poderes da sociedade – a influência do poder econômico. Indesejável é o seu abuso, que desiguala o valor do voto.

A propaganda eleitoral gratuita vem produzindo bons resultados – embora insuficientes – na correção desse abuso. O fundo partidário, o controle das pesquisas e os bônus eleitorais são figuras que merecem aperfeiçoamento. Os bônus eleitorais, criados em caráter experimental para as eleições de 1994 (Lei n.º 8.713, de 30.9.93), só podem produzir resultados se acoplados ao desconto ou abatimento, do respectivo valor, no imposto de renda. Permitir que as despesas eleitorais fossem realizadas sem limites, e custeadas exclusivamente por particulares, significaria entregar às grandes fortunas (não somente às empreiteiras de obras públicas) o controle do Estado.

No tocante à propaganda eleitoral gratuita, na televisão, são inovadores alguns tópicos da Lei n.º 8.713/93, que, por exemplo, proíbe a utilização “de gravações externas, montagens ou trucagens” (art. 76-§ 1.º). Esse enunciado, considerado abstratamente, colide com o art. 5.º-IX da Constituição da República, que garante a liberdade de expressão. A liberdade de expressão não torna um candidato irresponsável por danos que cause ilicitamente a outrem, assim como a liberdade de dirigir um automóvel não faz irresponsável o motorista pelos danos que ilicitamente cause aos demais. Estou disposto a admitir, porém: a) que a trucagem ou montagem, na televisão, nem sempre é perceptível como tal – como acontece, por exemplo, com uma caricatura na imprensa – podendo assim, ao invés de manifestar a realidade com mais clareza, induzir o telespectador a erro; b) que é difícil ou quase impossível, para o juiz, distinguir entre a trucagem ou montagem lícitas (que aproximam da realidade) da trucagem ou montagem ilícitas; c) em suma, que ainda não possuímos uma cultura democrática da linguagem televisiva, que permita distinguir com clareza os casos danosos; e, por último, d) que sendo irreparável, em muitos casos, o dano imposto ilicitamente a um candidato, justifica-se um maior cuidado preventivo no processo eleitoral.

Creio, portanto, que nas atuais circunstâncias, o art. 76-§ 1.º da Lei n.º 8.713/93 (quanto a trucagens e montagens) permite, na prática, senão a conciliação ideal, ao menos a conciliação possível entre o princípio da liberdade de expressão (art. 5.º-IX da Constituição) e o prin-

cípio da responsabilização por violação da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas (art. 5.º-X).

Isso não se confunde com a censura – sem dúvida inconstitucional – que a justiça eleitoral vinha exercendo nas eleições mais recentes, com o corte ou suspensão integral de programas do horário gratuito, e que levou o legislador a incluir na Lei n.º 8.713/93: “Em nenhuma hipótese e sob nenhum pretexto serão admitidos os cortes instantâneos ou qualquer tipo de censura prévia aos programas eleitorais gratuitos”.

O mesmo já não se pode dizer quanto à proibição legal de gravações externas (e também quanto a outras restrições, adotadas via instruções da justiça eleitoral). A justificativa para a proibição não seria dificuldade quanto ao controle de sua legalidade, mas que as gravações externas encarecem os programas. Ora, não se pode esquecer que os programas eleitorais – gratuitos no que diz respeito à utilização do horário pelos candidatos, mas bastante onerosos no que diz respeito à sua produção – foram instituídos para moderar a influência abusiva do poder econômico. Sua principal finalidade não é evitar custos – caso contrário seriam extintos – mas permitir equidade no acesso aos meios de comunicação. Os custos, indissociáveis das campanhas eleitorais, devem ser controlados, mas a questão fundamental é que os eleitores, segundo a linguagem própria do veículo, possam ser informados sobre todos os aspectos das campanhas.

A liberdade de expressão – consagrada no art. 5.º-IX da Constituição – não diz respeito apenas ao conteúdo ou à forma do expressar, mas à oportunidade de se expressar. É no mínimo estranho que – no momento por assim dizer máximo da liberdade de expressão – uma lei elaborada presumivelmente para assegurar essa liberdade impeça os partidos políticos – que de nenhum outro modo podem fazê-lo pelos veículos de comunicação – de mostrar ao eleitor uma parte relevante da realidade. O art. 76-§ 1.º, na parte em que proíbe a utilização de gravações, é inconstitucional, cabendo sua aproximação à Lei Falcão, de nefanda memória, ainda mais se consideradas as outras restrições, acrescentadas via instruções do Tribunal Superior Eleitoral.

Também não se pode desdenhar a abusiva influência da mídia e os mil expedientes que utiliza para favorecer os candidatos da sua preferência. Condenável não é a opção por um can-

didato ou partido, feita por órgão de comunicação. É democraticamente saudável que os veículos de comunicação externem suas convicções e preferências políticas; imperdoável é que as ocultem atrás de uma pretensa neutralidade, da seleção do noticiário e da informação tendenciosa. Infelizmente, até hoje o Senado não adotou as medidas, de sua competência, para instalação do Conselho Nacional de Comunicação Social; tampouco se inclinaram, o Ministério Público e o Judiciário, a implementar o cumprimento à legislação, que já possuímos, em matéria de comunicação social.

Também o Ministério Público e a justiça eleitoral, por omissão, têm grande responsabilidade pela fraude nas apurações, vergonhosa em muitos lugares. Criou-se a praxe, por parte das autoridades, de privilegiar-se antes a rapidez do que a lisura das apurações, abandonando-se, assim, cuidados cuja observância é posta imperiosamente pela legislação eleitoral.

Mesmo para quem não acompanha apurações, as entrelinhas da Lei n.º 8.713/93 deixam entrever as irregularidades mais comuns, e – no entender do legislador – a responsabilidade pela sua prática. Vejam-se, por exemplo, os arts. 26, 27, 28 e 29 dessa lei: é crime a falta de entrega da cópia do boletim de urna, pelo juiz, aos fiscais dos partidos (art. 26); o juiz é obrigado a recontar a urna cujo boletim apresentar discrepância (art. 27); é crime passar a apurar a urna subsequente antes de ser expedido o boletim de apuração (art. 28); a impugnação não recebida pela Junta Apuradora pode ser apresentada em 48 horas ao Tribunal Regional Eleitoral (art. 29). Em muitos casos transparece a irritação do legislador, seja ao tipificar como crime a infração de rotinas no processo de apuração, seja ao tipificar como crime fatos que assim já estavam configurados no Código Eleitoral.

Nesse capítulo, merece análise à parte a proposta de transformação das Mesas receptoras em juntas apuradoras.

Por último, a questão da obrigatoriedade ou facultatividade do voto. Ela se prende não só ao princípio da universalização do sufrágio, mas também ao conceito de cidadania ativa.

Sob o primeiro desses aspectos, a proposta do voto facultativo, aparentemente libertária, pretende ressuscitar o voto de elite, que existiu no passado como voto censitário.

Sob o segundo aspecto, observa-se que o voto não é apenas um direito, mas um dever, ou seja, uma prerrogativa. Como toda

prerrogativa, não existe no interesse do seu titular, mas para que possa desempenhar um papel. No caso, o papel de cidadão, membro da sociedade, co-responsável pelo que ela é (de bom e de ruim) e usuário dos seus benefícios. Seus deveres para com o Estado não se reduzem à observância genérica das leis e, em particular, ao pagamento de tributos e prestação de serviço militar.

Nos Estados Unidos o voto é facultativo. Entretanto, os índices de abstenção costumam superar os 60%, principalmente quando não se vota para cargo executivo. Isso significa que a maioria dos eleitores inscritos – presumivelmente a faixa mais consciente da cidadania – desiste de votar no dia da eleição: postos diante de fatos consumados, de escolhas dirigidas, descobrem a inutilidade do seu voto.

No Brasil, é diverso o contexto social: mas em nada aproveita à democracia se, a quem se nega o direito a escola, ao salário, à informação, se disser que tem o direito de não votar.

5. Reforma eleitoral-partidária

A reforma eleitoral e a reforma partidária são variáveis da mesma equação democrática. Se num país processam-se regularmente eleições livres, competitivas, e conseqüentes, os benefícios dessa prática refletem-se, com o tempo, na maior nitidez do quadro partidário e autenticidade do debate político.²

Observe-se o quadro partidário brasileiro desde 1978: na luta pela sobrevivência, o fisiologismo e o autoritarismo disfarçam-se sob legendas novas ou sob legendas de aluguel (mimetismo). Basta que o eleitor identifique os atores reais para que seu anseio de mudança – sublinhado em todas as eleições desde 1982 – deixe de incidir sobre indivíduos, para incidir sobre programas e práticas partidárias.

É neste contexto que cabe examinar a hoje escandalosa questão da fidelidade partidária. Ao partido, e a mais ninguém, compete aplicar sanção por quebra de fidelidade partidária. Se essa sanção, ou a troca de legenda, acarreta a perda de mandato (*de lege ferenda*, possível apenas com alteração constitucional), é matéria a ser sopesada criteriosamente; impossível admiti-la sem respeito ao legítimo direito de divergência. De qualquer modo quanto mais nítido o

sistema partidário, mais fácil de se fazer politicamente o controle da fidelidade pelo próprio eleitor, prescindindo-se da problemática sanção legal.

No itinerário da democratização eleitoral-partidária erguem-se três obstáculos: a) a cultura da histeria; b) o institucionalismo; c) o golpismo cíclico.

A cultura da histeria. Como a dor aguda reclama alívio imediato, a crise econômico-social deságua na histeria. Para tudo haverá um remédio instantâneo – um tiro, uma paulada –, mesmo que a dor denuncie um processo mórbido longa e profundamente enraizado. Sem cultura da histeria inexistente aprovação popular a planos ilusionistas: sem ela, falta apoio ao institucionalismo e ao golpismo cíclico.

O institucionalismo. Esse vício põe ênfase desproporcionada na mudança da legislação, deixando em segundo plano a aplicação das leis existentes e a mobilização de vontades para enfrentar nossos problemas reais: a marginalização, a pobreza e o subdesenvolvimento.

As eleições de 1982 fizeram-se sob a égide da mudança institucional e abriram o processo que culminou na Constituição de 1988. Esta não resultou do interesse de alguns grupos ou setores, mas de um amplo movimento nacional: o País precisava superar o fosso existente entre sociedade e governo e edificar um patamar institucional mínimo. Dizíamos, com razão, que nosso problema era político-institucional. Com a Constituição de 1988, construímos esse patamar. Vencemos uma etapa na solução de nosso problema, que agora se mostra em sua crueza econômico-social.

Patinar no institucionalismo, hoje (v.g. revisão constitucional) significa confundir o instrumental com o final: supor que nossos problemas residem no ordenamento jurídico é adiar o combate à marginalização, à pobreza e ao subdesenvolvimento.

O golpismo cíclico. Examine-se a composição da Câmara dos Deputados desde 1946 até 1962. Mostra-se aí, claramente, a tendência a uma alteração na correlação de forças, que se efetivaria possivelmente com a eleição de 1966.

O sistema de propriedade e concentração de renda, vigente no Brasil, é incompatível com o exercício durável da democracia formal. Assim, ou a prática democrática expressa através da liberdade eleitoral-partidária – desestrutura o sistema de dominação, ou o sistema de dominação interrompe violentamente a prática

² Alguns exemplos manifestos da influência que a legislação eleitoral exerce sobre o quadro partidário – a par do sistema distrital, já referido – são a permissão de sublegendas, a possibilidade de coligações e o segundo turno em eleições para cargo executivo.

democrática, como aconteceu em 1964. Essa alternativa deixará de existir caso o sistema de dominação consiga o que vem tentando: implantar seu análogo eleitoral-partidário, um modelo que, sob a aparência de democracia, esconda eleições não-competitivas.

6. Conclusão

Costuma-se exagerar as desvantagens do pluripartidarismo, como já ficou demonstrado por Wanderley Guilherme dos Santos (*Crise e castigo – partidos e generais na política brasileira*, 1987; *Coalizões parlamentares e instabilidade governamental: a experiência brasileira*, in *Os partidos políticos no Brasil*, David Fleisher, org.). A pretexto de que existem legendas de aluguel (*falsas legendas, ficções de partidos*, organizados apenas para viabilizar interesses estratégicos no momento da eleição), pretende-se proibir a existência de partidos pequenos, ou em crescimento. A questão não é saber se há legendas que se alugam (e, obviamente, outras que pagam esse aluguel), mas até que ponto a legislação favorece a nitidez ou induz o mimetismo do sistema partidário.

Diz-se que, sem a possibilidade de forma-

ção de majorias sólidas, no Congresso, o País é ingovernável. Se fosse esse verdadeiramente o problema, o que teríamos seria uma opção entre dois valores: o valor da decisão rápida (que se realiza melhor nas monarquias absolutas, nas ditaduras, nas democracias autoritárias) e o valor das decisões fundadas na autenticidade da representação. Aqui, são estes os extremos: de um lado, a falta absoluta de democracia; e, de outro lado, a democracia direta.

Mas, sob esse prisma, mereceria redefinição menos o sistema representativo, do que a distribuição de competências e as relações entre os poderes.

As discussões sobre reforma eleitoral-partidária, postas sob o ângulo exclusivamente institucional ou jurídico-formal, costumam deixar de lado o mais importante: que a participação política não pode ser privilégio de apenas uma parcela da população; e que ela não se reduz ao direito de votar e ser votado. Enquanto não houver, por parte de cada pessoa, a possibilidade real de participar, de influir e de exercer cidadania ativa, a democracia continuará sendo uma ficção.

Sigilo bancário e a administração tributária

OSWALDO OTHON DE PONTES SARAIVA FILHO

SUMÁRIO

1. *Introdução.* 2. *Sistemática normativa.* 3. *A relatividade do sigilo bancário frente à administração fazendária.* 4. *Conclusão.*

1. *Introdução*

Com supedâneo no respeitável Acórdão da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, no Julgamento do Recurso Especial n.º 37.566-5/RS (93 0071898-0) publicado na *Revista do Superior Tribunal de Justiça* n.º 60, agosto - 1994, Livraria Editora Brasília Jurídica Ltda., Brasília, pp. 357 a 361, as instituições financeiras passaram a negar atendimento as solicitações das autoridades fazendárias competentes acerca de informações ou documentações pertinentes às movimentações ativas e passivas de correntistas-contribuintes, bem como dos serviços bancários a eles prestados, sob o manto do sigilo bancário, advogando os bancos que tais informes ou documentos só poderiam ser prestados ou fornecidos com base legal, segundo entendem, mediante determinação do Poder Judiciário, por um de seus órgãos, em processo judicial.

Sem a pretensão de afrontar o entendimento abalizado da Egrégia Primeira Turma do STJ, mas ciente de que a Ciência do Direito não é capaz de apresentar uma única, correta e definitiva interpretação para as normas jurídicas, mas, apenas, as interpretações possíveis, peço vênua para apresentar divergente critério jurídico sobre a polêmica matéria.

2. *Sistemática normativa*

Propedeuticamente, para melhor visualização e delimitação do tema a ser abordado, impende transcrevermos os principais precepti-

Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho é Procurador-Coordenador da Representação Judicial da Fazenda Nacional - Advogado em Brasília.

vos constitucionais e legais pertinentes:

Constituição Federal, art. 5.º, X, XII e XXXIII, e art. 145, § 1.º.

"Art. 5.º ...

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, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado."

"Art. 145 ...

§ 1.º Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, 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."

Lei n.º 4.595, de 31.12.64, art. 38.

"Art. 38. As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados.

§ 1.º As informações e esclarecimentos ordenados pelo Poder Judiciário, prestados pelo Banco Central da República do Brasil ou pelas instituições financeiras, e a exibição de livros e documentos em juízo, se revestirão do mesmo caráter sigiloso, só podendo a eles ter acesso as partes legítimas na causa, que deles não poderão servir-se para fins estranhos à mesma.

§ 2.º O Banco Central da República do Brasil e as instituições financeiras públicas prestarão informações ao Poder

Legislativo, podendo, havendo relevantes motivos, solicitar seja mantido em reserva o sigilo.

§ 3.º As Comissões Parlamentares de Inquérito, no exercício da competência constitucional e legal de ampla investigação (art. 53 da Constituição Federal e Lei n.º 1.579, de 18 de março de 1952), obterão as informações que necessitarem das instituições financeiras, inclusive através do Banco Central da República do Brasil.

§ 1.º Os pedidos de informações a que se referem os parágrafos 2.º e 3.º deste artigo deverão ser aprovados pelo Plenário da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal e, quando se tratar de Comissão Parlamentar de Inquérito, pela maioria absoluta de seus membros.

§ 5.º 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 instaurado e os mesmos forem considerados indispensáveis pela autoridade competente.

§ 6.º O disposto no parágrafo anterior se aplica igualmente à prestação de esclarecimentos e informes pelas instituições financeiras às autoridades fiscais, devendo sempre estas e os exames serem conservados em sigilo, não podendo ser utilizados senão reservadamente.

§ 7.º A quebra do sigilo de que trata este artigo constitui crime e sujeita os responsáveis à pena de reclusão, de um a quatro anos, aplicando-se, no que couber, o Código Penal e o Código de Processo Penal, sem prejuízo de outas sanções cabíveis."

Lei n.º 5.172, de 25.10.1966 (CTN), arts. 195, 197 e 198.

"Art. 195. Para os efeitos da legislação tributária, não têm aplicação quaisquer disposições legais excludentes ou limitativas do direito de examinar mercadorias, livros, arquivos, documentos, papéis e efeitos comerciais ou fiscais dos comerciantes, industriais ou produtores, ou da obrigação destes de exibi-los."

"Art. 197. Mediante intimação escrita, são obrigados a prestar à autoridade

administrativa todas as informações de que disponham com relação aos bens, negócios ou atividades de terceiros:

I - os tabeliães, escrivães e demais serventuários de ofício;

II - os bancos, casas bancárias, caixas econômicas e demais instituições financeiras;

III - as empresas de administração de bens;

IV - os corretores, leiloeiros e despachantes oficiais;

V - os inventariantes;

VI - os síndicos, comissários e liquidatários;

VII - quaisquer outras entidades ou pessoas que a lei designe, em razão de seu cargo, ofício, função, ministério, atividade ou profissão.

Parágrafo único. A obrigação prevista neste artigo não abrange a prestação de informações quanto a fatos sobre os quais o informante esteja legalmente obrigado a observar segredo em razão de cargo, ofício, função, ministério, atividade ou profissão.

Art. 198. Sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação, para qualquer fim, por parte da Fazenda Pública ou de seus funcionários, de qualquer informação, obtida em razão do ofício, sobre a situação econômica ou financeira dos sujeitos passivos ou de terceiros e sobre a natureza e o estado dos seus negócios ou atividades."

3. A relatividade do sigilo bancário frente à administração fazendária

O ponto nevrálgico, no aspecto constitucional, reside na questão de sopesarmos os valores constitucionais da proteção da privacidade e da atribuição aos entes tributantes do poder de tributar, que inclui, obviamente, o de fiscalizar os tributos instituídos.

Ressalte-se que se a Constituição conferiu aos entes tributantes o mais e os fins — o poder de tributar (arts. 145, *caput*, incisos I a III, 148, 149, 153, *caput*, incisos I a IV, 155, 156) —, obviamente ofereceu também aos respectivos Poderes Executivos o menos e os meios — a competência ampla de fiscalização (arts. 145, § 1.º, 144, § 1.º, 153, § 2.º e 174).

Colime-se, a propósito, que o sigilo bancá-

rio tem por finalidade a proteção contra a divulgação ao público dos negócios das instituições financeiras e de seus clientes. Assim, a partir da prestação por parte das instituições financeiras das informações e documentos solicitados pela autoridade tributária competente, como autorizam os §§ 5.º e 6.º do art. 38 da Lei n.º 4.595/64 e o art. 197, II, da Lei n.º 5.172/66, o sigilo bancário não é quebrado, mas, apenas, se transfere à responsabilidade da autoridade administrativa solicitante e dos agentes fiscais que a eles tenham acesso no restrito exercício de suas funções, que não poderão violar, salvo as ressalvas do parágrafo único do art. 198 e do art. 199 do Código Tributário Nacional, como aliás prevê o inciso XXXIII do art. 5.º da Constituição Federal, sob pena de incorrerem em infração administrativa e em crime (§ 7.º do art. 38 da Lei n.º 4.595/64; art. 198 do CTN; art. 325 do CP).

A propósito, quanto aos limites dos direitos fundamentais em conflito com outros direitos e valores, transcrevo trecho da lição de José Carlos Vieira de Andrade, in *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, Coimbra, Livraria Almedina, 1987, p. 232:

"A (relativa) falta de preceitos constitucionais que autorizem a restrição pela lei pode, contudo, ser colmatada pelo recurso à Declaração Universal dos Direitos do Homem, nos termos do n.º 2 do art. 16. A Declaração, no seu artigo 29, permite que o legislador estabeleça limites aos direitos fundamentais para assegurar o reconhecimento ou o respeito dos valores aí enunciados: 'direitos e liberdades de outrem', 'justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar geral numa sociedade democrática'. É esta a opinião de Mota Pinto, a que damos o nosso acordo."

É certo que o direito à vida privada, onde¹ melhor se adapta a faculdade de manter sigilo, só tem pertinência absoluta em relação aos dados e fatos que, apenas, dizem respeito aos que os compartilham. Não se encontram sob essa proteção, em relação à administração tributária, os dados e fatos sujeitos à relatividade do direito de segredo, por legítimos motivos de ordem pública, como os relacionados aos combates a evasão e sonegação fiscais, isto porque é inaceitável que os contribuintes tenham qualquer direito de impedir o Fisco de cumprir, respeitadas os direitos individuais pertinentes, mediante a existência de processo administrativo

e etc., e nos termos da lei, o seu poder-dever de fiscalizar e tributar corretamente, o que pressupõe a possibilidade de identificação do patrimônio, dos rendimentos e das atividades que indiquem substância contributiva (CF, art. 145, § 1.º).

Não se argumente que o inciso X do art. 5.º da Superlei confere a condição de inviolável à vida privada, mesmo porque, além da explicada ressalva feita pelo § 1.º do art. 145, também o caput do mesmo art. 5.º garante a inviolabilidade do direito à propriedade e, no entanto, normas constitucionais do art. 5.º, XXIII, XXIV, XXV; do art. 170, III; do art. 182, e do art. 184 demonstram a relatividade desse direito, tendo em vista o fundamento da República Federativa do Brasil da dignidade da pessoa humana e seus objetivos fundamentais, que são os de construir uma sociedade livre, justa e solidária, de garantir o desenvolvimento nacional, de erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais, bem como de promover o bem de todos, fundamentos e objetivos que podem, também, ser alcançados com uma tributação mais justa, o que se obterá com uma fiscalização que detenha instrumentos ágeis indispensáveis para a sua eficiência.

Portanto, o fundamento e os objetivos primordiais do Estado brasileiro fazem do mesmo um ente político vocacionado para o ser humano, para o bem-estar social, que deve coexistir ao lado do bem-estar individual. Todavia, essa conotação de *welfare state* faz com que, no conflito entre o bem social e o bem individual, no caso, na busca de conciliação entre o direito do Estado com o direito do correntista-contribuinte, proteja-se o primeiro, com a relativização do segundo.

Destarte, o que pode ser exigido da administração fazendária é que impeça a divulgação para o público dos dados e fatos sigilosos que lhes foram transferidos.

Afinal, a faculdade de manter sigilo não está só a serviço da liberdade individual, mas serve, também, à sociedade e ao Estado, como se vê no preceito do inciso XXXIII do art. 5.º do Estatuto Político, que ressalva o direito que todos têm a receber informações dos órgãos públicos, aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

Estes entendimentos encontram-se respaldados no *Decisum* unânime da Terceira Turma do Supremo Tribunal Federal no Julgamento do Recurso em Mandado de Segurança n.º 15.925-

GB, cuja Ementa transcrevo:

“RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N.º 15.925 - GB

(Terceira Turma)

Relator: O Sr. Ministro Gonçalves de Oliveira.

Recorrente: Banco Francês e Italiano para América do Sul S.A. Recorrida: União Federal.

Sigilo bancário. Agentes do Imposto de Renda. Ação fiscal nos bancos. Recurso não provido.” (RTJ 37/373)

O Relator do RMS supramencionado, o Ministro Gonçalves de Oliveira, assim proferiu o seu relatório e o seu voto:

“RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gonçalves de Oliveira: — o Banco interpõe recurso ordinário do acórdão do Tribunal Federal de Recursos, denegatório de segurança, confirmatório de sentença de primeira instância. O Banco pretende recusar esclarecimentos sobre conta de cliente correntista. A ementa do acórdão é esta:

— Sigilo bancário. Informações destinadas à Divisão do Imposto sobre a Renda. O sigilo bancário só tem sentido enquanto protege o contribuinte contra o perigo da divulgação ao público, nunca quando a divulgação é para o fiscal do imposto de renda que, sob pena de responsabilidade, jamais poderá transmitir o que lhe foi dado a conhecer.”

“VOTO

— Nego provimento ao recurso. Não há perigo de devassa ou quebra de sigilo bancário, porquanto, como assinala o parecer, os Agentes Fiscais do Imposto de Renda são obrigados ao sigilo (art. 301, Decreto n.º 47.373-59), sob pena de responsabilidade.” (Op. cit., pp. 374 e 375.)

No que tange à competência da autoridade fiscal para exercer a sua atuação fiscalizadora, em contrapartida com o disposto nos incisos X e XII do art. 5.º da Carta Magna, transcrevo trechos do magistério abalizado do jurista Tércio Sampaio Ferraz Júnior, em artigo intitulado “Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado”, publicado in *Cadernos de direito tributário e finanças públicas* n.º 1, out.-dez. de 1992, obra

tão bem coordenada pelo Professor Ives Gandra da Silva Martins, Ed. Revista dos Tribunais, SP, pp. 148 a 150, *ipsis verbis*:

“O art. 174 da Constituição determina que o Estado, como agente normativo regulador da atividade econômica, exerça, dentre outras, a função de fiscalização, na forma da lei. Fiscalizar, um dos sentidos da palavra controlar (cf. Fabio Comparato, 1976: 14), significa vigiar, verificar e, nos casos de anormalidade, censurar (Caldas Aulete: *verbete fiscalizar*). Fiscalização é, pois, vigilância, donde verificação continuada e, detectada a anormalidade, é censura. O acesso continuado a informações faz parte da fiscalização. *Sem isso não há vigilância. O acesso intermitente, na verificação da anormalidade, faz parte da censura, que implica castigo punição.*

A competência da administração fazendária para o exercício da função fiscalizadora encontra embasamento constitucional em vários dispositivos. Por exemplo, na prevenção (vigilância) e repressão (censura) do contrabando e do descaminho, em sua área de competência, ela é afirmada no art. 144, § 1.º, II. Já o art. 145, § 1.º, ao estabelecer o princípio da capacidade contributiva conforme o qual os impostos, sempre que possível, devem ter caráter pessoal e ser graduados, faculta à administração tributária, ‘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’. Esta faculdade de identificar está ligada à implementação de um princípio. Note-se que o contribuinte usa a expressão especialmente para conferir a faculdade referida. Este advérbio, em português, significa ‘de modo especial: particularmente: principalmente: nomeadamente’ (Aulete: *verbete especialmente*). Ou seja, pode significar exclusivamente (só para aquela espécie) ou principalmente (sobretudo, mas não só para aquela espécie). Ora, tendo em vista a função fiscalizadora da administração tributária parece-nos que o advérbio está usado no segundo e não no primeiro sentido. Ou seja, o constituinte, de um lado, escreveu especialmente

porque a mencionada faculdade de identificar não é de presunção óbvia para o efeito de assegurar efetividade àquele princípio e, se não fosse aí inscrita, não se poderia inferir a sua autorização. De outro lado, porque o fez expressamente, admitiu, ao fazê-lo, *implicitamente e a contrario sensu* que a identificação de patrimônio, rendimento e atividades econômicas do contribuinte é uma presunção da função fiscalizadora da administração tributária. Interpretar de outro modo é tornar impossível a exigência de declaração de bens, de rendimentos, etc.

Por cautela, embora isso nem fosse preciso, o dispositivo exige respeito aos direitos individuais. Ademais, que a identificação se faça nos termos da lei. Isto vale tanto para o caso em especial, como para a fiscalização em geral.

No que se refere à fiscalização em geral, vale, em termos legais, o disposto nos arts. 194, 195, 196, 197, 198, 199 e 200 do CTN. Mencione-se ainda o art. 12 da Lei Complementar n.º 70/91. Em especial, o art. 197 fala de informações com relação a bens, negócios ou atividades de terceiros. E aí inclui bancos entre as entidades obrigadas a prestar, mediante intimação escrita, as informações.

Pergunta-se se estas autorizações legais estariam revogadas pelo art. 5.º – XII da CF combinado com o inciso X. Não nos parece plausível admiti-lo pelo absurdo a que ela conduz. Isto significaria acabar com a competência fiscalizadora do Estado. Ora, como vimos, o inciso XII (proteção à comunicação de dados) impede o acesso à própria ação comunicativa, mas não aos dados comunicados.

E estes, protegidos pela privacidade, não constituem um limite absoluto. Tanto que, ainda recentemente, o Ministro Carlos Mário Velloso, relator de decisão que tinha por objeto o sigilo bancário, não teve dúvidas em afirmar que não se trata de um direito absoluto, devendo ceder, é certo, diante do interesse público, do interesse da justiça, do interesse social, conforme aliás tem decidido esta Corte (grifei: segue copiosa citação da jurisprudência do STF e da doutrina – cf. STF, Sessão Plenária, ac. de 25.3.92). Do mesmo modo, no mundo financeiro in

ternacional, já se notam importantes mudanças no conceito de sigilo bancário quando estão envolvidas atividades criminosas (Spencer, 1992).

12. No tocante, pois, às informações sobre terceiros, exigíveis de instituições financeiras, quando protegidas pela inviolabilidade de sigilo de dados (sigilo bancário), podem ter acesso, observadas as cautelas e formalidades prescritas pela lei, as autoridades e agentes fiscais. O art. 38, § 5.º, da Lei n.º 4.595/64 exige, para isso, processo instaurado (art. 196 do CTN) e que os dados requisitados sejam considerados indispensáveis pela autoridade competente. Não se trata de sigilo profissional (art. 5.º XIV da CF) que, na palavra autorizada de Alomar Baleeiro, não alcança a profissão de banqueiro (4.ª ed.: 550). Em questão está o sigilo de dados privativos (art. 5.º - X e XII da CF). A nosso ver, com ressalva de dados referentes à intimidade dos sujeitos, os dados da vida privada são acessíveis às autoridades fiscais nas condições e com as cautelas estabelecidas pela lei. Havendo processo administrativo instaurado e sob o sigilo a que o próprio Fisco está obrigado, devem ser reveladas pela instituição financeira intimada as informações consideradas indispensáveis, pela autoridade fiscalizadora, ao exercício de sua função.

O que se diz para a instituição financeira vale, *a fortiori*, para entidades não protegidas pelo chamado sigilo bancário, como as mencionadas no art. 12 da Lei Complementar n.º 70/91, cuja fiscalização se rege sem as restrições da Lei n.º 4.595/64, pelo CTN e pela legislação tributária específica a cada tributo."

A seu turno, Sérgio Carlos Covello, em artigo intitulado "O sigilo bancário como proteção à intimidade", publicado na *Revista dos Tribunais*, v. 648, out. de 1989, SP, Ed. Revista dos Tribunais Ltda., p. 29, corrobora:

"Certo que o sigilo bancário não é absoluto. Ele possui limites legais e naturais que lhe estabelecem contornos. Em nosso ordenamento, o sigilo cede ante o Poder Judiciário, ante o Fisco e ante as comissões parlamentares de inquérito. Trata-se de derrogações expressas do sigilo com escopo na ordem pública (art. 38, §§ 1.º a 3.º, da Lei n.º 4.595/

64). Paralelamente, existem abrandamentos da obrigação fundados na vontade do titular do sigilo e na própria natureza da atividade bancária."

Cumprido, neste ponto, destacamos a execução do § 1.º do art. 145 da Carta Política, que, principalmente, para dar efetividade aos princípios da pessoalidade dos impostos e da capacidade contributiva de seus sujeitos passivos, faculta à administração tributária identificar, nos termos da lei e respeitados os direitos individuais, evitando a quebra do sigilo, como dispõe o art. 5.º, inciso XXXIII, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas dos contribuintes.

Para tanto, trago à colação pronunciamentos de juristas do tomo de Hugo de Brito Machado, Sacha Calmon Navarro Coelho, Zelmo Denari, Aurélio Pitanga Seixas Filho, José Eduardo Soares de Melo e Wagner Balera acerca da interpretação do preceito do art. 145, § 1.º da Superlei, pinçados da obra *Caderno de pesquisas tributárias*, v. 18, que cuida do tema "Princípios Constitucionais Tributários", Ed. Resenha Tributária, SP, 1993:

- Hugo de Brito Machado

"Ocorre que na questão formulada pela douta Comissão Organizadora do Simpósio fez-se referência ao § 1.º do art. 145 da vigente Constituição, como norma que, por estabelecer o direito ao sigilo, estaria protegida pela cláusula pétreia.

Na verdade, porém, o citado dispositivo constitucional não estabelece direito individual nenhum. Cuida, isto sim, da faculdade da administração tributária de, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, identificar o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte. Institui, portanto, uma restrição àqueles direitos individuais.

A prefalada faculdade da administração, aliás, é absolutamente indispensável ao exercício da atividade tributária. Não tivesse a administração a faculdade de identificar o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte, não poderia tributar, a não ser na medida em que os contribuintes, espontaneamente, declarassem ao Fisco os fatos tributáveis. O tributo deixa-

ria de ser uma prestação pecuniária compulsória, para ser uma prestação voluntária, simples colaboração do contribuinte, prestada ao Tesouro Público.

Certamente a questão da compatibilidade dessa faculdade com aqueles direitos individuais é das mais delicadas. É difícil, na verdade, determinar até que ponto pode o Fisco penetrar na intimidade do contribuinte.

Não se pode, todavia, admitir a posição extremada dos que sustentam a impossibilidade de identificação dos elementos necessários à cobrança do tributo, a pretexto de preservar o direito individual ao sigilo, ou à intimidade.” (Obra citada, pp. 85 e 86.)

— Sacha Calmon Navarro Coêlho

“3.1. O ‘sigilo bancário’ visa preservar as pessoas físicas e jurídicas de intromissões indevidas tanto por parte de particulares como por parte das autoridades públicas. Inobstante, o ‘sigilo bancário’ não é absoluto, eis que diante do legítimo poder de polícia do Estado, como ocorre nos EUA, na França, na Alemanha e na Inglaterra, países sabidamente democráticos e capitalistas, admite-se a sua relativização por fundados motivos de ordem pública, notadamente derivados do combate ao crime, de um modo geral, e a evasão fiscal, omissiva e comissiva. Não pode a ordem jurídica de um país razoavelmente civilizado fazer do sigilo bancário um baluarte em prol da impunidade, a favorecer proxenetes, lençoes, bicheiros, corruptos, contrabandistas e sonegadores de tributos. O que cumpre ser feito é uma legislação cuidadosa que permita a manutenção dos princípios da privacidade e do sigilo de dados, sem torná-los bastiões da criminalidade. De resto, reza a sabedoria popular que quem não deve não teme. A recíproca é verdadeira.” (Obra citada, pp. 100 e 101.)

— Zelmo Denari

“Sem embargo, tenho por mim que o art. 145, § 1.º, da Constituição Federal não tutela — segundo faz crer a pergunta — o direito ao sigilo de dados, mas sim o princípio da capacidade contributiva, permitindo à administração pública adotar procedimento que, de certa forma, se

opõe àquele previsto nos incisos X e XII do art. 5.º da CF.

De fato, a citada disposição normativa constitucional permite que a administração tributária identifique o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte, sem desrespeito aos direitos individuais.

Quais seriam esses direitos? Todos, à exceção daqueles previstos nos incisos X e XII, os quais, justamente, foram ressalvados no texto em exame.

Por todo o exposto estou convencido de que o art. 145, § 1.º da Constituição Federal, sobre hospedar o princípio constitucional do respeito à capacidade contributiva, atua como limite ao alcance incidental de norma de mesma hierarquia. Trata-se, portanto, ao longo das considerações feitas no início deste trabalho, de ressalva à matéria tributária, em obséquio, ainda, ao princípio da autoridade pública, que prioriza o interesse público frente ao direito privado.” (Obra citada, pp. 184 e 185.)

— Aurélio Pitanga Seixas Filho

“A autorização concedida pelo parágrafo primeiro do artigo 145 da Constituição Federal de 1988 para a autoridade fiscal identificar o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte, nada veio acrescentar à ordem jurídica brasileira, porquanto a autoridade fiscal competente para cobrar imposto incidente sobre o patrimônio ou a renda de uma pessoa tem competência, também, e concedida por lei, de fiscalizar o correto pagamento do imposto.

Para isto, tem o Fisco um dever-poder para identificar o patrimônio e os rendimentos auferidos pelos contribuintes, com discricionariedade sobre o momento, a oportunidade e a forma de agir.

Por sua vez, os contribuintes não possuem qualquer direito subjetivo de se furtarem a identificar (confessar ou declarar) para o Fisco todo o patrimônio, todos os seus rendimentos e todas as suas operações tributadas, já que sonegar bens ou rendimentos está tipificado legalmente como crime.

Com respeito à inviolabilidade do sigilo de dados previsto no artigo quinto, inciso XII, da Constituição de 1988, se-

ria bom lembrar que os direitos dos indivíduos são restringidos pelos direitos de sens semelhantes, no singular ou no plural (direitos individuais ou coletivos), preponderando o interesse da sociedade sobre o individual.

Como está a se ver, o direito à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem de alguém que exerça ou já exerceu um cargo público, não é idêntico ao direito de uma pessoa que nenhuma relação tenha tido com o serviço público.

Nestas condições, pode o legislador, até mesmo o ordinário, especificar a graduação da violabilidade dos direitos individuais em defesa dos interesses juridicamente protegidos da sociedade.” (Obra citada, pp. 245 e 246.)

– José Eduardo Soares de Melo

“A inteligência dos arts. 145, § 1.º e 174 da CF implica no direito de fiscalizar, pertinente à administração, de conformidade com as diretrizes do direito administrativo, respeitadas as garantias individuais.

Não se pode perder de vista o aforisma: quem dá os fins (direito à instituição e arrecadação dos tributos) tem que dar os meios (direito à fiscalização).

A administração tem o poder-dever de conhecer os elementos patrimoniais (bens, direitos e obrigações), os rendimentos de qualquer natureza e as atividades do contribuinte, que contenham substrato econômico.

Este procedimento é obrigatório, especialmente para observar o princípio da capacidade contributiva, no caso dos impostos.

Não se trata, propriamente, de considerar o tradicional postulado da supremacia do interesse público sobre o privado, mas conciliar o direito do Estado com o direito à cidadania e o estatuto do contribuinte.” (Obra citada, pp. 275 e 276.)

– Wagner Balera

“Para garantir plena eficácia à diretriz da capacidade contributiva, a parte final do § 1.º do art. 145, da Lei Magna, autoriza a administração tributária a identificar o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

A Constituição não poderia ter normas entre si tão incompatíveis como os incisos X e XII do art. 5.º e aquela inscrita na parte final do § 1.º do art. 145. Por isso mesmo o último dos dispositivos citados faz a ressalva relativa aos direitos individuais.

O sigilo de dados é garantido mas poderá vir a ser quebrado nos termos da lei.

Aqui não entram em linha de conta a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas que, como atributos da sua personalidade, estão sob reserva de sigilo e sob proteção constitucional.

São considerados, para fins de tributação, aspectos da vida econômica da pessoa. Seus negócios que, gerando riquezas, podem ser objeto de tributação.

Se certa correspondência desvela um negócio jurídico que pode ser objeto de tributação, esse documento deixa de pertencer à esfera privada e pode, nos limites da lei, ser submetido ao crivo dos agentes do Fisco.

Se determinada conta bancária denota movimento incompatível com a vida fiscal do contribuinte, tais dados podem desencadear investigação que deva arrecadar elementos nos documentos particulares do sujeito passivo dos tributos.” (Obra citada, pp. 379 e 380.)

No que respeita à interpretação do inciso XII, do art. 5.º, cabe enfatizar que Celso Ribeiro Bastos, em seu *Comentários à Constituição do Brasil*, Saraiva, 1989, 2.º v., p. 73, introduziu magistério, que se tornou assente na doutrina, no seguinte teor:

“Uma inovação da Constituição foi estender a inviolabilidade aos ‘dados’. De logo faz-se mister tecer críticas à impropriedade desta linguagem. A se tomar muito ao pé da letra, todas as comunicações seriam invioláveis, uma vez que versam sempre sobre dados. Mas pela inserção da palavra no inciso vê-se que não se trata propriamente do objeto da comunicação, mas sim de uma modalidade tecnológica recente que consiste na possibilidade das empresas, sobretudo financeiras, fazerem uso de satélites artificiais para comunicação de da-

dos contábeis.”

Portanto, o que é inviolável é o direito da pessoa de não ter a ação de sua comunicação de dados interceptada, não sendo invioláveis os dados em si mesmos.

No plano *infraconstitucional*, iniciamos por ponderar que, embora o *caput* do art. 38 da Lei n.º 4.595, de 31.12.64, estabeleça regra geral do dever das instituições financeiras conservarem o sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados, tal regra sofre ressalvas nos parágrafos do mesmo preceptivo legal.

Assim, o § 1.º do art. 38 da lei supracitada trata de fornecimento de informações e esclarecimentos e exibição de livros e documentos ordenados pelo Poder Judiciário, por parte do Banco Central e pelas instituições financeiras, mantendo o mesmo caráter sigiloso. Os §§ 2.º, 3.º e 4.º cuidam das informações a serem prestadas ao Poder Legislativo. Os §§ 5.º e 6.º excepcionam do sigilo bancário as requisições dos Poderes Executivos dos entes tributantes, *transferindo tal sigilo às administrações fazendárias*, desde que haja processo administrativo instaurado e os exames de documentos, livros, registros de contas de depósitos e os esclarecimentos e informações requeridos às instituições financeiras sejam considerados indispensáveis pela autoridade fiscal competente. O § 7.º do mesmo art. 38 da Lei n.º 4.595/64, em harmonia com o disposto no inciso XXXIII do art. 5.º do Estatuto Político de 1988 preceitua que a quebra do sigilo de que trata este artigo constitui crime e sujeita os responsáveis às penas cabíveis.

Ora, os §§ 5.º e 6.º seriam perfunctórios se dissessem respeito à hipótese do § 1.º. Este sim, refere-se à transferência do sigilo em processo judicial por ordem de um dos órgãos do Poder Judiciário.

Aliás, vale recordar que a Constituição Federal revogada, no seu art. 153, § 12, previa que ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita de autoridade competente, sendo necessária a comunicação imediata ao juiz competente. No entanto, nem a doutrina, nem a jurisprudência pátrias conceberam que, em face de tal preceptivo, a prisão somente poderia suceder por ordem de autoridade judicial. Ao contrário, a prisão administrativa era, incontestavelmente, praticada. Somente a partir de 5 de outubro de 1988, é que a vigente Constituição estabelece no seu art. 5.º, LXI, que a prisão, apenas, poderá ser determinada pela

autoridade judiciária competente.

A propósito, insta constatar que, quando a Constituição ou as leis referem-se a atribuições específicas e exclusivas do Poder Judiciário utiliza as expressões “juiz”, ou “autoridade judicial” ou “autoridade judiciária”. No art. 5.º da Carta Magna, além do supracitado exemplo do inciso LXI, exemplifico, apenas, com o disposto no inciso LXII – “a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontra serão comunicados imediatamente ao juiz competente...” e o contido no inciso LXV – “a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela *autoridade judiciária*”. Já quanto ao Código Tributário Nacional, ilustro com o preceito do parágrafo único do art. 198, o qual traz como uma das exceções do dever da Fazenda Pública e de seus funcionários de guardar sigilo os casos de requisição regular da *autoridade judiciária no interesse da justiça*.

Ademais, no mesmo art. 5.º da Lei Suprema, há preceitos em seus incisos que utilizam o termo “*autoridade competente*”, referindo-se à “*autoridade administrativa*”. Vejamos, por exemplo, o expresso no inciso XVI – “*todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente*” e no inciso XXV – “*no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurado ao proprietário indenização ulterior, se houver dano*”.

Em reforço ao entendimento de que o § 5.º da Lei n.º 4.595/64 se refere, na verdade, à autoridade administrativa competente, aduzimos que o Código Tributário Nacional, no seu art. 142, estatui que compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento. Prevê, ainda, a Lei n.º 5.172/66, no seu art. 197, II, que, mediante intimação *escrita, são obrigados a prestar à autoridade administrativa todas as informações de que dispõem com relação aos bens, negócios ou atividades de terceiros, os bancos, casas bancárias, caixas econômicas e demais instituições financeiras*.

Colime-se que não há, nos textos legais em comento, a indicação no sentido de competir à autoridade judiciária o procedimento de intimação em matéria tributária.

Por outro lado, não é exato afirmar que a

palavra *processo*, utilizada na legislação pátria, desacompanhada da expressão *administrativo*, significaria necessariamente *processo judicial*, pois em vários casos o legislador reportou-se ao *processo administrativo* usando, somente, a palavra *processo*, cabendo apenas citar, por amor à concisão, o disposto no art. 201 do CTN: "Constitui dívida ativa tributária a proveniente de crédito desta natureza, regularmente inscrita na repartição administrativa competente, depois de esgotado o prazo fixado, para pagamento, pela lei ou por decisão final proferida em processo regular" e a norma do parágrafo único do art. 210 da mesma Lei Complementar: "Os prazos só se iniciam ou vencem em dia de expediente normal na repartição em que corra o processo ou deva ser praticado o ato".

Outrossim, o Decreto n.º 70.235, de 6.3.72, que dispõe sobre o processo administrativo fiscal, reporta-se ao processo administrativo usando somente a palavra *processo*. Transcrevam-se, a título ilustrativo, as seguintes normas: "Art. 22. O processo será organizado em ordem cronológica e terá suas folhas numeradas e rubricadas. Art. 24. O preparo do processo compete à autoridade local do órgão encarregado da administração do tributo. Art. 25. O julgamento do processo compete: I - em primeira instância: a) aos delegados da Receita Federal, quanto aos tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Ministério da Fazenda; b) às autoridades mencionadas na legislação de cada um dos demais tributos ou, na falta dessa indicação, aos chefes da projeção regional ou local da entidade que administra o tributo, conforme for por ela estabelecido; II - em segunda instância aos Conselhos de Contribuintes do Ministério da Fazenda, com a ressalva prevista no inciso II do § 1.º art. 27. O processo será julgado no prazo de 30 (trinta) dias, a partir de sua entrada no órgão incumbido do julgamento".

Voltando ao art. 5.º da Constituição Federal, observe-se que o seu inciso LVI estatui que "são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos". Ninguém nega que, também aqui, a expressão "processo", embora desacompanhada do adjetivo "administrativo", estende-se ao processo administrativo.

Aduza-se que a fase do processo, em que a administração identifica ou fiscaliza os rendimentos dos contribuintes, recorrendo à intimação escrita às instituições financeiras, nos termos da lei, e, por isso mesmo, no devido pro-

cesso legal, não está, a meu ver, sujeita ao contraditório e à ampla defesa, nem aos meios e recursos a ela inerentes, isto porque, nesta fase, não se pode dizer que já existam litigantes ou acusados. Apenas, após obtido o resultado da fiscalização, com a realização do eventual lançamento originário, é que a fase contenciosa do processo inicia-se, com a notificação ao contribuinte para pagar ou impugnar o crédito decorrente. Aí sim, são garantidos ao contribuinte o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, sendo-lhe, ainda, facultado o livre acesso ao Poder Judiciário.

Vale observar que o Código Tributário Nacional, em seu artigo 148, utiliza o termo *processo regular*, mesmo para o arbitramento do valor do tributo baseado em preço ou valor, se omissos ou desmerecedores de fé os dados do contribuinte, ou seja, usa a referida Lei Complementar da expressão "processo" mesmo que o contraditório e a ampla defesa possam não ocorrer.

De fato, o processo fiscal é considerado instaurado a partir da lavratura do termo de início de fiscalização ou de outro ato que caracterize atividade de ofício do fiscal (Decreto n.º 87.981/82, artigo 327, inciso II, e Portaria MF n.º 493/68, inciso IV).

No mesmo diapasão, o Código de Processo Administrativo-Fiscal, aprovado pelo Decreto n.º 70.235/72, por força da delegação legislativa outorgada pelo artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 822/69, com as modificações introduzidas pela Lei n.º 8.748/93, deixa nítidas duas fases no processo fiscal: a primeira, onde se insere o marco inicial do processo, chamada de fase de apuração, que tem início por qualquer dos atos elencados no artigo 7.º do dito Decreto; e a segunda, a fase contenciosa, que só é alcançada havendo impugnação do crédito por parte do sujeito passivo da obrigação tributária.

A jurisprudência pátria, quando da interpretação do parágrafo único, do artigo 198, da Lei n.º 5.172/66, tornou assente que é a autoridade judiciária a competente exclusiva para dizer se há ou não interesse da justiça na requisição de transferência de sigilo fiscal. Da mesma forma, quando das intimações de transferência de sigilo bancário, a autoridade competente, para definir se as informações ou documentos solicitados são indispensáveis, é a autoridade administrativa, vale nominar, no âmbito federal o Coordenador Geral do Sistema de Fiscalização, os Superintendentes Regionais da Receita Federal e os Delegados ou Inspetores da Re-

ceita Federal (Portaria MF n.º 493/68, inciso I).

Por outro lado, o dispositivo do parágrafo único do art. 197, do CTN, não se dirige às instituições financeiras, mas atinge, tão-somente, as entidades ou pessoas que a lei designe, em razão de seu encargo, ofício, função, ministério, atividade ou profissão (inciso VII, do mesmo art. 197), quanto a fatos sobre os quais o informante esteja legalmente obrigado a observar segredo, em razão de cargo, ofício, função, ministério, atividade ou profissão. Vale notar, ainda, que o supracitado preceito legal não estabelece as hipóteses de sigilo, mas, apenas, remete a leis específicas de cada profissão que acaso imponham o sigilo, o que não sucede com as instituições financeiras, uma vez que a Lei n.º 4.595/64 e a Lei n.º 5.172/66, dentre outras, justamente excepcionam da regra geral do sigilo bancário às requisições do Fisco, desde que mediante intimação escrita, existente processo instaurado e a declaração de necessidade por parte da autoridade fiscal competente, devendo os agentes da administração tributária envolvidos manterem o sigilo.

Insta transcrever no que concerne a não-aplicação do sigilo profissional do parágrafo único do art. 197 do CTN, aos banqueiros e a seus prepostos, o magistério autorizado de Aliomar Baleeiro, um dos nossos mais brilhantes tributaristas em sua consagrada obra *Direito tributário brasileiro*, 10.ª ed., Forense, RJ, 1985, pp. 619 e 620, *verbis*:

“II. PRESERVAÇÃO DO SIGILO PROFISSIONAL. – O parágrafo único do art. 197 naturalmente está endereçado à proteção do segredo profissional em relação a ‘quaisquer entidades ou pessoas’ de todas as atividades e profissões, a que se refere o inciso VII desse mesmo dispositivo. Não se conceberia que o advogado e o padre, por exemplo, fossem compelidos a devassar confidências recebidas em função de sua atividade, quando outras leis os garantem em função de sua atividade, contra delações a que se obrigarem, e até os punem se as fizerem (Código Penal, art. 154).

Não é, porém, o caso dos banqueiros, por exemplo, que não estão adstritos às mesmas regras éticas e jurídicas de sigilo. Em princípio só devem aceitar e ser procurados para negócios lícitos e confessáveis. Diversa é a situação do

advogado, do médico e do padre, cujo dever profissional não tranca os ouvidos a todos os desvios de procedimento ético ou jurídico, às vezes conhecidos somente da consciência dos confidantes.”

Ademais, o art. 195 do CTN estatui que, para os efeitos da legislação tributária, não têm aplicação quaisquer disposições legais excludentes ou limitativas do direito de examinar mercadorias, livros, arquivos, documentos, papéis e efeitos comerciais ou fiscais dos comerciantes, industriais ou produtores, ou da obrigação destes de exibi-los, incluindo-se aí as instituições financeiras.

O Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de interpretar os dispositivos legais, *in examine*, cabendo-nos transcrever a Ementa da R. Decisão unânime de sua Primeira Turma no Julgamento do Recurso Extraordinário n.º 71.640-BA, *in verbis*:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO
N.º 71.640 - BA

(Primeira Turma)

Relator: O Sr. Ministro Djaci Falcão
Recorrente: Banco da Bahia S. A.
Recorrida: Prefeitura Municipal de Salvador

Sigilo bancário. As decisões na instância ordinária entenderam que em face do Código Tributário Nacional o segredo bancário não é absoluto. Razoável inteligência do direito positivo federal, não havendo ofensa ao disposto no art. 153, § 9.º, da Lei Magna, nem tampouco negativa de vigência do art. 144 do Código Civil.

O objetivo do *writ* era afastar a exigência de apresentação de fichas contábeis, ao fundamento de violação de sigilo bancário. Inocorrência de dissídio jurisprudencial. Recurso extraordinário não conhecido.” (in RTJ 59/571)

O Emérito Ministro Djaci Falcão, em seu voto condutor do aresto supratranscrito, esclarece com extrema propriedade o real entendimento daquela Corte, aduzindo, *verbo ad verbum*:

“O Sr. Ministro Djaci Falcão (Relator):
– Insurgiu-se o impetrante do mandado de segurança contra a intimação de agentes do Fisco municipal, para apresentação no prazo de 72 horas, de ‘fichas contábeis do Razão referente a contratos

subsidiários efetuados com terceiros para refinanciamento'.

As decisões na instância ordinária entenderam que em face da Lei n.º 4.595, de 31.12.64, e do Código Tributário Nacional, o segredo bancário não é absoluto, devendo a Fazenda Pública, sob pena de responsabilidade criminal, guardar o devido sigilo.

Ao ver do recorrente teria havido negativa de vigência do disposto no art. 38, da Lei n.º 4.595, de 31.12.64. Dispõe o art. 38:

'As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados'.

'§ 5.º - Os agentes fiscais tributários do Ministério da Fazenda e dos Estados somente poderão proceder a exame de documentos, livros e registros de contas de depósitos, quando houver processo instaurado e os mesmos forem considerados indispensáveis pela autoridade competente'.

'§ 6.º - O disposto no parágrafo anterior se aplica igualmente à prestação de esclarecimento e informes pelas instituições financeiras às autoridades fiscais, devendo sempre estas e os exames serem conservados em sigilo, não podendo ser utilizados senão reservadamente'.

Entendeu, todavia o responsável aresto que ao caso se aplica o art. 195 do Código Tributário Nacional, *verbis*:

'Art. 195 - Para os efeitos da legislação tributária, não têm aplicação quaisquer disposições legais excludentes ou limitativas do direito de examinar mercadorias, livros, arquivos, documentos, papéis e efeitos comerciais ou fiscais dos comerciantes, industriais ou produtores, ou da obrigação destes de exibi-los'.

Completando o alcance deste preceito, dispõe o art. 197:

'Mediante intimação escrita, são obrigados a prestar à autoridade administrativa todas as informações de que dispunham com relação aos bens, negócios ou atividades de terceiros:

'II - os bancos, casas bancárias, caixas econômicas e demais instituições financeiras'.

Diz textualmente o ilustre Desembargador Relator:

'Claro está que restringida foi a garantia do sigilo, em relação aos efeitos da fiscalização tributária, rompendo com a legislação anterior, como se desprende da letra do Código Tributário Nacional e Lei n.º 4.595, revogatória do preceito do art. 17 do Código Comercial, para obrigarem as instituições financeiras prestar todas as informações de que dispõem com relação aos bens, negócios ou atividades de terceiros às autoridades administrativas' (f. 77 v. e 78).

Trata-se de interpretação acertada. A regra do art. 195 abrange, não há dúvida, os Estados e Municípios. Cuidando da preservação do sigilo profissional, escreve o Prof. Aliomar Baleeiro:

'Não é, porém, o caso dos banqueiros por exemplo, que não estão adstritos às mesmas regras éticas e jurídicas de sigilo. Em princípio só devem aceitar e ser procurados para negócios lícitos e confessáveis. Diversa é a situação do advogado, do médico e do padre, cujo dever profissional lhes não tranca os ouvidos a todos os desvios de procedimento ético ou jurídico, às vezes conhecidos somente da consciência dos confidantes' (*Direito Tributário Brasileiro*, pp. 550 e 551).

E mais:

'Os Bancos podem ser compelidos a informar ou fornecer cópia dos bordereaux dos títulos descontados e das duplicatas ou cambiais sacados contra o contribuinte, a fim de apurar-se a exata natureza ou volume de seus negócios (CTN, art. 197, III) (Obra citada, p. 547).

Conclui-se do exposto que não há cogitar ofensa ao preceito inserido no art. 153, § 9.º, da Lei Magna, nem tampouco em negativa de vigência do artigo 144 do Código Civil, e da regra contida na Lei n.º 4.595, de 31.12.64.

Finalmente, convém repetir que a finalidade do writ foi afastar a exigência de apresentação de fichas contábeis, por importar em violação do sigilo bancário. Por isso, nesta altura não há que se examinar a questão relativa a legitimidade do imposto de prestação de serviço,

como pretende a recorrente, ferindo o tema sem indicar vulneração de lei federal. Óbvio que tal questão poderá vir a ser objeto de apreciação noutra provocação jurisdicional.

Diante do exposto, não conheço do recurso.” (Obra citada, pp. 573 e 574.)

O art. 12 da Lei Complementar n.º 70, de 30.12.91, determina que instituições financeiras e outras empresas forneçam à Receita Federal, independentemente de processo instaurado, informações cadastrais sobre o contribuinte-usuário dos respectivos serviços relativos ao nome, à filiação, ao endereço e ao número de inscrição do cliente no Cadastro de Pessoas Físicas-CPF – ou no Cadastro Geral de Contribuintes-CGC. A doutrina e a jurisprudência têm reconhecido que informações cadastrais, meros dados pessoais que identificam o sujeito em suas relações sociais e comerciais, não são considerados objeto de sigilo.

Encime-se com o posicionamento de mais dois juristas de escol:

– Bernardo Ribeiro de Moraes, in *Compêndio de Direito Tributário*, 1.ª ed., Forense, RJ, 1984, p. 746:

“O sigilo dessas informações, inclusive o sigilo bancário não é absoluto. Ninguém pode, se eximir de prestar informações no interesse público, para esclarecimento dos fatos essenciais e indispensáveis à aplicação da lei tributária. O sigilo, em verdade, não é estabelecido para ocultar fatos, mas sim, para revestir a revelação deles de um caráter de excepcionalidade. Assim, compete à autoridade administrativa ao fazer a intimação escrita, conforme determina o Código Tributário Nacional, estar diante de processos administrativos já instaurados, onde as respectivas informações seja imprescindíveis.”

– Paulo Barros de Carvalho, in *Curso de Direito Tributário*, 5.ª ed., Ed. Saraiva, 1991, pp. 364 e 365:

“Em princípio todas as pessoas físi-

cas ou jurídicas, públicas ou privadas, devem colaborar com as autoridades administrativas, prestando as informações de que dispuser acerca dos bens, negócios ou atividades de terceiros, quando instadas a fazê-lo. É da essência dos atos administrativos a finalidade de ordem pública, de modo que as colaborações prestadas aos agentes, no exercício regular de suas atribuições funcionais, se incorporam àquele objetivo que visa ao bem comum.”

Impende, por fim, avivar que variadas operações bancárias são objeto de tributação (imposto de renda sobre rendimentos de aplicações financeiras – IR; imposto sobre operações financeiras – ISOF; imposto provisório sobre movimentação financeira – IPMF), cujas atividades vinculadas e indelegáveis de verificação da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária, da determinação da matéria tributária, do cálculo do montante do tributo devido, da identificação do contribuinte e da aplicação de penalidades competem, privativamente, à autoridade administrativa, através do lançamento mesmo o homologatório. E não se conteste que caberia ao Poder Judiciário exercer tal controle, pois, evidentemente, não cabe aos magistrados substituírem os agentes da Administração Fiscal na competência que lhe é peculiar e intransferível (CTN, arts. 7.º e 142). Cabe, isto sim, as instituições financeiras transferirem o sigilo bancário para as autoridades fazendárias requisitantes, mesmo porque, como conceitua Sérgio Carlos Covello, em seu livro *Sigilo bancário*, SP, Leud, 1991, p. 94 – “o Banco não é esconderijo”.

4. Conclusão

Procuramos demonstrar, pois, que o sigilo bancário frente à administração tributária não é absoluto, não se configurando, com a prestação das informações e o fornecimento de documentos por parte das instituições financeiras, em atendimento a requisições de autoridades fiscais competentes, nos termos da lei e respeitados os direitos individuais, quebra de sigilo, mas, apenas, sua transferência.

Empréstimo compulsório sobre o consumo de combustíveis

ANTÔNIO SOUZA PRUDENTE

SUMÁRIO

1. Introdução 2. Disciplinamento legal 3. Precedente jurisprudencial 4. Fundamentos doutrinários 5. Repetição de indébito tributário: a) observância dos princípios jurídicos da legalidade estrita e da tipicidade normativa; b) vinculação do contribuinte-credor quanto aos aspectos material, temporal e subjetivo da hipótese de incidência tributária. 6. Prescrição e decadência, na restituição do indébito tributário 7. "Onus probandi" do demandante quanto aos fatos constitutivos de seu pretensão direita 8. Conclusão.

1. Introdução

Na tônica de meu discurso, tenho afirmado que o Estado de direito não tolera atos normativos substancialmente injustos, assim como reprovava tais atos que se apresentam formalmente inconstitucionais.

Leis, decretos ou regulamentos dessa feitura abrem espaço aos avanços da corrupção, que se institucionaliza por sua aplicação diuturna, através dos órgãos e agentes oficiais do poder, mormente em países como o nosso, onde campeia o analfabetismo jurídico.

Ninguém desconhece, ainda que por "ouvir dizer", que, na esfera da tributação, inúmeros são os atos normativos que violam, com plena consciência parlamentar-executiva, os princípios dirigentes de nosso Sistema Tributário Nacional e atentam contra os direitos e garantias fundamentais do cidadão.

Alinham-se, nesse contexto, os impostos disfarçados de "empréstimos compulsórios", os IOFs, as sobretarifas do FNT, os Finsociais, já reconhecidos e proclamados inconstitucionais por nossos Tribunais.

Antônio Souza Prudente é Juiz Federal em Brasília; Diretor do Foro e Presidente do Centro de Estudos e Treinamento da Seção Judiciária do Distrito Federal; Professor Titular de Direito Tributário e Processo Civil da AEUDE.

No complexo legal do ordenamento jurídico brasileiro, destaca-se, dentre outros, por seu elevado teor de violência e injustiça, o malsinado Decreto-Lei n.º 2.288, de 23 de junho de 1986, que criou o fracassado Fundo Nacional de Desenvolvimento e instituiu o empréstimo compulsório sobre o consumo de gasolina e álcool carburante para veículos automotores, bem como sobre a aquisição de automóveis de passeio e utilitários, visando à absorção temporária de excesso de poder aquisitivo.

Se, no fenômeno jurídico da tributação, o Estado tem cometido toda espécie de abuso contra o administrado-contribuinte, não se há de combater esse abuso senão pelas vias da legalidade e da constitucionalidade dos comportamentos.

No Estado democrático de direito, não se deve permitir que a Constituição seja amortizada pelo jogo imoral dos espertos.

2. Disciplinamento legal

O Decreto-Lei n.º 2.288, de 23.7.86, ao instituir o empréstimo compulsório para absorção temporária de excesso de poder aquisitivo, assim disciplinou a matéria, ora sob apreciação:

"Art. 10 (...) Parágrafo único - O empréstimo compulsório será exigido dos consumidores de gasolina ou álcool para veículos automotores. (...)

Art. 11 - O valor do empréstimo é equivalente a:

I - 28% (vinte e oito por cento) do valor do consumo de gasolina e álcool carburante. (...)

Art. 12 - O empréstimo calculado sobre o consumo de combustível será cobrado, junto com o preço do produto, pelas empresas refinadoras, distribuidoras e varejistas de gasolina e álcool e recolhido pelas refinadoras, no prazo de 15 (quinze) dias úteis. (...)

Art. 14 - O empréstimo de que trata este Decreto-Lei incidirá sobre os fatos ocorridos no período entre a data de sua publicação e 31 de dezembro de 1989. (...)

Art. 16 - O empréstimo será resgatado no último dia do terceiro ano posterior ao seu recolhimento, efetuando-se o pagamento com quotas do Fundo Nacional de Desenvolvimento, criado neste Decreto-Lei.

§ 1.º - O valor de resgate do emprés-

timo compulsório sobre o consumo de gasolina e álcool será igual ao valor do consumo médio por veículo, verificado no ano do recolhimento, segundo cálculo a ser divulgado pela Secretaria da Receita Federal, acrescido de rendimento equivalente ao das cadernetas de poupança."

3. Precedente jurisprudencial

O egrégio e extinto Tribunal Federal de Recursos, ao declarar a inconstitucionalidade da cobrança do empréstimo compulsório sobre a aquisição de veículos, prevista no mesmo Decreto-Lei n.º 2.288, de 23.7.86, manifestou-se, nestas letras:

"Tributário. Empréstimo compulsório sobre veículos. Decreto-Lei n.º 2.288/86. Princípios constitucionais. Operações mercantis. Invasão de competência. Restituição: I - A inconstitucionalidade da exação em comento está espelhada em sua incidência sobre a transação de bens de mercado, o que representa identidade com o ICM, de competência estadual. Cristalina a invasão de competência vedada pelo texto constitucional. II - Em se tratando de mútuo compensatório, exigível em dinheiro, a sua devolução obriga-se ser em espécie e não mediante cotas do FND, o que caracteriza a figura do empréstimo. III - Disfarçado em empréstimo, trata-se, na realidade, de autêntico imposto, porquanto ao ser instituído, foi feito com base na competência residual da União. Imposto porque tem fato gerador (a aquisição de veículo), independente de atuação estatal, relativa ao contribuinte (adquirente do veículo), a base de cálculo (valor da operação) e momento de incidência (ato de aquisição). Por ser imposto, obriga-se à obediência dos princípios constitucionais e tributários. IV - Declarada a inconstitucionalidade do artigo 10 do Decreto Lei n.º 2.288/86, Improvimento do recurso de apelação e da remessa oficial." (Arguição de Inconstitucionalidade na Apelação em Mandado de Segurança n.º 116.582. Rel. Min. Pedro Aciole. Pleno/TFR - Maioria - DJ de 5.12.88.)

No que tange ao empréstimo compulsório exigido, por força do mesmo famigerado Decreto-Lei n.º 2.288/86, dos consumidores de gasolina ou álcool para veículos automotores (art. 10, parágrafo único), sobre fatos geradores

ocorridos no período que medeia entre a data da publicação do aludido Decreto-Lei e 31 de dezembro de 1989 (art. 14), aplica-se a mesma dicção inteligente do precedente jurisprudencial, em referência, especificamente, o seguinte: Disfarçado em empréstimo, trata-se, na realidade, de autêntico imposto, porquanto ao ser instituído, foi feito com base na competência residual da União. Imposto porque tem *fato gerador* (o consumo de gasolina ou álcool para veículos automotores), independente de atuação estatal, relativa ao contribuinte (consumidor de gasolina ou álcool), a base de cálculo (valor do consumo de gasolina e álcool carburante), alíquota "ad valorem" (28% do valor do consumo). Por ser imposto, obriga-se à obediência dos princípios constitucionais tributários.

4. Fundamentos doutrinários

Dentre os princípios norteadores do fenômeno tributário, destacam-se, no particular, o da legalidade estrita e o da tipicidade normativa.

A propósito desses temas, merecem ser transcritas, aqui, as lições abalizadas de Alberto Xavier, *in verbis*:

"A idéia de que em matéria de tributos a lei é o único instrumento de realização da justiça material não podia conduzir apenas à proclamação de uma reserva de lei formal, com as correspondentes exclusões do costume e do regulamento. Tornava-se ainda indispensável que essa mesma lei disciplinasse os atos do poder administrativo de uma forma tão completa que a expressão da justiça estivesse por inteiro contida nos termos da lei, com exclusão de qualquer margem de arbítrio dos órgãos de aplicação do direito.

No Direito Administrativo, em geral – e no que toca ao problema do grau de determinação da conduta pela lei – o princípio da legalidade contenta-se com uma simples reserva relativa: sem dúvida, é indispensável que as intervenções da Administração na esfera da liberdade e de propriedade dos cidadãos – ou, mais genericamente todo o comportamento da Administração – tenha o seu fundamento na lei; mas, em contrapartida, a lei não tem que fornecer necessariamente o critério da decisão no caso concreto, que o legislador pode confiar à livre valoração do órgão de aplicação do direito – o administrador.

No Direito Tributário, o princípio da

legalidade revestiu sempre um conteúdo bem mais restrito. Com vista a proteger a esfera de direitos subjetivos dos particulares do arbítrio e do subjetivismo do órgão de aplicação do direito – juiz ou administrador – e, portanto, a prevenir a aplicação de "tributos arbitrários", optou-se neste ramo do Direito por uma formulação mais restritiva do princípio da legalidade, convertendo-o numa reserva absoluta de lei, no sentido de que a lei, mesmo em sentido material, deve conter não só o fundamento da conduta da Administração, mas também o próprio critério da decisão no caso concreto.

Se o princípio da reserva de lei formal contém em si a exigência da *lex scripta*, o princípio da reserva absoluta coloca-nos perante a necessidade de uma *lex stricta*: a lei deve conter em si mesma todos os elementos da decisão no caso concreto, de tal modo que não apenas o fim, mas também o conteúdo daquela decisão sejam por ela diretamente fornecidos. A decisão do caso concreto obtém-se, assim, por mera dedução da própria lei, limitando-se o órgão de aplicação a subsumir o fato na norma, independentemente de qualquer livre valoração pessoal.

É a esta característica que aludem, entre nós, alguns autores, ao referirem-se – embora com evidente impropriedade terminológica – a um princípio de *estricta legalidade*.

A regra constitucional de reserva absoluta representa, pois, um duplo ditame: ao legislador e ao órgão de aplicação do direito. Ao primeiro, enquanto o obriga – sob pena de inconstitucionalidade – a formular os comandos legislativos em matéria tributária em termos de rigorosa reserva absoluta. Ao segundo, por excluir o subjetivismo na aplicação da lei, a criação judicial ou administrativa do Direito Tributário, o que envolve, de um lado, a proibição da analogia e, de outro, a proibição da discricionariedade.

E daí que as normas que instituem tributos sejam verdadeiras normas de decisão material (*Sachentscheidungs-normen*), na terminologia de Werner Flume, porque, ao contrário do que sucede nas normas de ação (*Handlungsnormen*), não se limitam a autorizar o órgão de apli-

cação do direito a exercer, mais ou menos livremente, um poder, antes lhe impõem o critério da decisão concreta, predeterminando o conteúdo do seu comportamento. (...) O órgão de aplicação do direito deve ter na lei predeterminado o conteúdo da sua decisão, donde resulta que se procura subtrair ao seu arbítrio ou critério subjetivo a eleição dos fatos tributários (como no Direito Penal se retira ao juiz a livre incriminação dos fatos) mas, mais ainda, que se lhe pretende retirar o critério da sua tributação, isto é, a fixação da medida do tributo. O órgão de aplicação do direito encontra-se, deste modo, submetido, quer aos tipos legais de fatos tributários, quer aos tipos de efeitos jurídicos decorrentes da verificação dos fatos, abrangendo a medida do tributo.

No Direito Tributário a técnica da tipicidade atua, não só sobre a hipótese da norma tributária material, como também sobre o mandamento. Objeto da tipificação são, portanto, os fatos e os efeitos, as situações jurídicas iniciais e as situações jurídicas finais. (...) Disse-se há pouco que a tipicidade respeitava não só aos fatos, como aos efeitos, não só às situações jurídicas iniciais, como às finais, não só à hipótese, senão que também ao mandamento. Importa, pois, justificar o asserto.

A idéia de reserva absoluta de lei (formal ou material) envolve, como já várias vezes se afirmou, que ela contenha em si não só o fundamento, como também o próprio critério da decisão. Se o órgão de aplicação do direito deve ter na lei predeterminado o conteúdo da decisão, isto não pode deixar de significar que o princípio da tipicidade atua integralmente na norma tributária, em todos os seus elementos, na previsão ou hipótese e na estatuição ou injunção.

Se assim não fosse, isto é, se o princípio da legalidade se esgotasse na declaração da tributabilidade do fato, teríamos que o referido princípio autorizava o órgão de aplicação do direito a, verificados certos fatos típicos, definir em concreto a medida do tributo a aplicar. Mas é de ver que semelhante entendimento é incompatível com as mais elementares exigências de segurança jurídica. Procu-

rando esta subtrair ao órgão de aplicação do direito quaisquer expressões de arbítrio ou do seu puro critério subjetivo, natural se torna a exigência de uma construção por tipos não só dos fatos tributários, mas também da medida dos tributos. E, desta sorte, são objeto de tipificação todos os elementos necessários à fixação do *quantum* da prestação tributária." (In *Os princípios da legalidade e da tipicidade da tributação* - RT/SP - 1978, pp. 36/39, 73 e 77/78).

Sob o ângulo do princípio da legalidade em matéria tributária, o artigo 97 de nosso Código Tributário Nacional determina que somente a lei pode estabelecer a instituição, a majoração, a redução ou a extinção de tributos; a definição de fato gerador da obrigação tributária principal e de seu sujeito passivo; a fixação da alíquota do tributo e de sua base de cálculo (incisos I a IV).

Dê ser o Decreto-Lei meio hábil para a criação de tributos, à luz da Emenda Constitucional n.º 1/69, anteriormente, em vigor, e da jurisprudência de nossos tribunais superiores, já ninguém mais duvida.

No escol de Geraldo Ataliba, lê-se que a base impositiva (*base de cálculo*)

"é uma perspectiva dimensível do aspecto material da hipótese de incidência, que a lei qualifica, com a finalidade de fixar critério para a determinação, em cada obrigação tributária concreta, do *quantum debeatur*. (...) A base calculada resulta da aplicação concreta da base impositiva (esta no plano legal; aquela no plano da aplicação da lei). A contribuição científica criativa de Aires Barreto leva a conceituar base calculada como o "resultado expresso em moeda da aplicação do crédito abstrato (base de cálculo) a um caso concreto". Ramalho diz da base calculada que ela é o "resultado quantitativo a que se chega para um contribuinte concreto". A base de cálculo é um conceito legal de tamanho: base calculada é magnitude concreta, é a precisa medida de um fato. (...) Não basta, para a fixação do *quantum debeatur*, a indicação legal da base impositiva. Só a base impositiva não é suficiente para a determinação *in concreto* do vulto do débito tributário, resultante de cada obrigação tributária.

A lei deve estabelecer outro critério quantitativo que – combinado com a base impositiva – permita a fixação do débito tributário, decorrente de cada fato impositivo. Assim, cada obrigação tributária se caracteriza por ter certo valor, que só pode ser determinado mediante a combinação de dois critérios numéricos: a base impositiva e a alíquota.

O objeto de cada obrigação tributária (individual e concreta) é o pagamento de uma soma determinada. A fixação dessa soma depende integralmente da lei. Nem a administração, nem o contribuinte concorrem com qualquer margem de liberdade no processo de sua formação. (...) A base calculada é um fator individual de determinação da grandeza de cada débito. A alíquota, um fator genérico. Dizemos “individual”, a base porque o dado numérico por ela fornecido varia conforme cada fato individual (fato impositivo) realizado. Sendo a perspectiva mensurável do aspecto material, fornece um dado essencial à individualização do débito, dado este que varia de fato concreto para fato concreto (cada fato impositivo tem a sua dimensão).

Já a alíquota – por ser estabelecida objetivamente em lei – é um fator estável e genérico. Assim, a combinação do dado numérico individual e específico (base calculada) com o dado numérico genérico (alíquota) permite a fixação do débito correspondente a cada obrigação.

Do exposto se vê que a base calculada é uma grandeza insita à coisa tributada, que o legislador qualifica com esta função. Alíquota é uma ordem de grandeza exterior, que o legislador estabelece normativamente e que, combinada com a base impositiva, permite determinar o *quantum* do objeto da obrigação tributária.

Amílcar Falcão relaciona alíquota e base, conceituando esta como a “grandeza econômica ou numérica sobre a qual se aplica a alíquota para obter o *quantum* a pagar” (Fato gerador da Obrigação Tributária, cit., p. 137). “(In *Hipótese de Incidência Tributária* – RT/SP – 4.ª ed. – pp. 108/117).

5. Repetição de indébito tributário

O Decreto-Lei n.º 2.288/86 define, com clareza, a base impositiva (valor do consumo de

gasolina e álcool carburante), a alíquota (28% desse valor de consumo – base calculada, *in concreto*) e o sujeito passivo (consumidor de gasolina ou álcool para veículos automotores) – Arts. 10, parágrafo único e 11, inciso I.

Ora, sabemos que, no fenômeno tributário, os princípios da *legalidade estrita* e da *tipicidade normativa* comandam tanto as *situações jurídicas iniciais* quanto as *situações jurídicas finais*.

Não foge desse contexto cogente o fenômeno tributário da repetição do indébito.

Assim, aquele que alça haver pago, indevidamente, determinada quantia, a título de empréstimo compulsório sobre o consumo de gasolina ou álcool carburante, no período estipulado no artigo 14 do malsinado Decreto-Lei n.º 2.288/86, deverá demonstrar, na instrução do processo de repetição do indébito, o *quantum* efetivamente pago à Fazenda Nacional, como resultante da base calculada (fator individual de determinação da grandeza de cada tributo) a fim de evitar possível enriquecimento ilícito. Deverá revelar, também, o aspecto temporal da hipótese de incidência tributária (*rectius*: o momento em que o fato material do consumo do combustível ocorreu), vale dizer, as datas em que adquiriu o combustível, como matéria tributável, a fim de determinar-se a contagem de prazos de decadência e prescrição, na ação de repetição de indébito; e, ainda, comprovar, mediante escrituração contábil (pessoa jurídica) ou *notas fiscais idôneas* (pessoa física), que é o *sujeito passivo da relação tributária*, em questão, legitimado a repetir, pois sofreu o encargo tributário e a conseqüente diminuição do seu patrimônio, com a arrecadação do tributo.

De lege lata, “a restituição de tributos que comportem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro somente será feita a quem prove haver assumido referido encargo ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-la” (CTN, art. 166). Nessa inteligência lavrou-se o enunciado da Súmula n.º 546/STF.

O empréstimo compulsório sobre o consumo de gasolina ou álcool carburante, para veículos automotores, previsto no Decreto-Lei n.º 2.288/86, orienta-se pela sistemática dos tributos indiretos, no fenômeno jurídico da repetição do indébito, exigindo-se a prova do contribuinte de fato (consumidor do combustível – *an debeatur*), para legitimar-se a repetir (*quan-*

tum debeatur).

Neste passo, se o proprietário de um determinado veículo, durante um certo tempo do espaço temporal da tributação em tela, emprestou seu automóvel a um amigo, que passou a consumir combustível, no uso desse carro emprestado, somente este último (o amigo) está legitimado a repetir o que, efetivamente, recolheu a título desse empréstimo compulsório.

De igual forma, as empresas locadoras de veículos, não só pelo fato de serem proprietárias desses veículos no tempo da tributação questionada, não estão, *legalmente*, autorizadas a pedir devolução do empréstimo compulsório sobre o consumo de combustível, nos aludidos veículos, sem a prova material de que foram, efetivamente, as adquirentes do combustível consumido. Os usuários, locadores dos veículos, com a prova documental do *quantum* de combustível consumido, decerto, estariam legitimados a repetir.

Não posso comungar, pois, em sã consciência jurídica, com a equivocada orientação jurisprudencial de alguns Tribunais, nessa matéria, na fala de que "basta o autor comprovar ser proprietário do veículo para ter direito à restituição do empréstimo compulsório respectivo". Tal orientação se desgarrá, por completo, dos princípios jurídicos da tributação, que regem a espécie, possibilitando, assim, *concessa venia*, o enriquecimento ilícito de quem não contribuiu de qualquer forma para o erário público e pretende saqueá-lo, oficialmente, com aval dos Poderes competentes.

6. Prescrição e decadência, na restituição do indébito tributário

No que tange à prejudicial de prescrição, frequentemente arguida pela União Federal, em suas contestações judiciais, há de observar-se, na espécie, a norma do artigo 1.º do Decreto n.º 20.910, de 6.1.43, que assim estabelece:

"As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda Federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originaram."

Nessa inteligência, tem decidido o egrégio Tribunal Regional Federal da 1.ª Região, através de sua colenda 4.ª Turma, nestas letras:

"Tributário. Empréstimo compulsório sobre aquisição de veículo ou combus-

tível. Decreto-Lei n.º 2.288/86. Prescrição. – O Termo inicial da prescrição é a data do recolhimento indevido. Apelação desprovida." (AC n.º 92.01.18377-1/DF. TRF/ 1.ª Região – 4.ª Turma – Unânime – DJU de 10.12.92.)

Em se tratando de empréstimo compulsório sobre a aquisição de combustível, o fenômeno da prescrição se orienta pelo enunciado da Súmula n.º 163/TFR, *in verbis*:

"Nas relações jurídicas de trato sucessivo, em que a Fazenda Pública figure como devedora, somente prescrevem as prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação."

De ver-se, ainda, que, *de lege lata*, o direito de pleitear a restituição do indébito se extingue com o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados da data da extinção do crédito tributário pelo pagamento (CTN, art. 168, inciso I, c/c o art. 165, incisos I e II). Cuida-se, aqui, de prazo de *decadência*, que não sofre suspensão ou interrupção, atingindo o direito material do contribuinte, irremediavelmente. A *decadência* deve ser reconhecida e declarada, *de ofício*, pelo Juiz.

7. "Onus probandi" do demandante quanto aos fatos constitutivos de seu pretensão direito

Sob o ângulo estritamente processual, o autor da ação de repetição do indébito deve carrear aos autos as provas com que pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados (CPC, art. 282, inciso VI), pois o ônus da prova, em casos que tais, incumbe ao autor quanto ao fato constitutivo do seu direito (CPC, art. 333, inciso I).

Se a alegação é no sentido de que não se exigiram as notas fiscais do pagamento do combustível consumido, no tempo próprio, falece, aqui, o demandante, sob a força do adágio romano: *Dormientibus non succurrit jus*.

8. Conclusão

A devolução do empréstimo compulsório, em comento, preconizada, por *estimativa de sua base impositiva* (pasmem!), no parágrafo 1.º do artigo 16 do famigerado Decreto-Lei n.º 2.288/86, fere, em todos os flancos, os princípios da legalidade estrita e da tipicidade da tributação, que devem regular a matéria, sob apreciação.

Se não é possível criar, majorar ou reduzir tributos, por *estimativa de sua base impositiva*, conforme acima, foi visto, não o será, também, de proceder-se, assim, à sua devolução.

Além de *manifestamente injusto* tal procedimento, em face do *princípio de justiça distributiva*, afigura-se inconstitucional, por ferir os princípios da legalidade e da tipicidade tributária, a que se submetem, inteiramente, os fenômenos da tributação e da repetição do indébito tributário.

Ferem a Constituição Federal, atentam contra o Erário público e possibilitam o enriquecimento ilícito do particular, a norma do parágrafo 1.º do artigo 16 do prefalado Decreto-Lei n.º 2.288/86 e as Instruções Normativas da Secretaria da Receita Federal, que lhe dão cumprimento, sem atender para a rigidez dos princípios da tributação, que regulam a espécie em foco.

O mascarado Decreto-Lei n.º 2.288/86, ao criar o empréstimo compulsório sobre o consumo de gasolina e álcool para veículos automotores, bem como sobre a aquisição de automóveis de passeio e utilitários, determinando sua devolução, na forma estabelecida no parágrafo 1.º de seu artigo 16, feriu, duplamente, a Constituição Federal, vale dizer, tanto na forma de instituição do tributo disfarçado, quanto no critério de sua devolução, sem observância dos princípios jurídico-constitucionais da tributação, suso referidos.

Não se corrige o abuso de uma inconstitucionalidade (criação de um tributo indevido) com a prática abusiva de outra inconstitucionalidade (procedimento da devolução do empréstimo – *indébito tributário* – na forma prevista no parágrafo 1.º do artigo 16 do indigitado Decreto-Lei n.º 2.288/86).

A repetição do indébito em referência há de ser feita pelos caminhos da legalidade e da cons-

titucionalidade, que recomendam a observância, na espécie, dos princípios da legalidade tributária e da tipicidade cerrada, em matéria de tributação, pois não se deve olvidar que o extinto e sempre egrégio Tribunal Federal de Recursos, ao declarar a natureza jurídico-tributária do enganoso empréstimo compulsório (imposto) e sua inconstitucionalidade manifesta, submeteu seu tratamento à obediência dos princípios constitucionais-tributários (AMS n.º 116.582-DF – TRF/Pleno – DJU de 5.12.88).

Nessa linha de convicção, deve realizar-se a repetição do indébito tributário, sob pena de se cometer sérios gravames aos cofres públicos.

Bibliografia

- ATALIBA, Geraldo, *Hipótese de Incidência Tributária* – RT/SP – 4.ª edição ampliada e atualizada em função da Constituição de 1988 – (1990) – pp. 108/117
- XAVIER, Alberto, *Os princípios da legalidade e da tipicidade da tributação* – RT/SP – 1978, pp. 36/39, 73 e 77/78.
- OLIVEIRA, Juarez de, *Código Tributário Nacional* – Editora Saraiva – Edição acompanhada do Sistema Tributário Nacional constante da Constituição Federal de 1988 – 2.ª ed./1991.
- NEGRÃO, Theotônio, *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor* – 21.ª ed. – RT/SP – 1991.
- Constituição Federal de 1988* – Lex Editora S/A.

Reforma do Código Tributário Nacional

HUGO DE BRITO MACHADO

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Os objetivos da reforma. 3. Compatibilização com a Constituição Federal de 1988. 4. Os pontos de atrito. 4.1. Soluções jurisprudenciais inadequadas. 4.1.1. Decadência. 4.1.2. Presunção de fraude. 5. Divergências não-solucionadas. 5.1. Responsabilidade tributária. 5.2. Depósito. 5.3. Compensação. 6. Conclusão.

1. Introdução

O Código Tributário Nacional, que ganhou esse nome por força do Ato Complementar n.º 36, de 13 de março de 1967, foi instituído pela Lei n.º 5.172, de 25 de outubro de 1966, que regulou o Sistema Tributário Nacional.

Produto, em sua maior parte, da mente prodigiosa do saudoso mestre Rubens Gomes de Sousa, o Código Tributário Nacional é, sem dúvida alguma, um conjunto de normas de primorosa elaboração. Entretanto, quase trinta anos são decorridos já, desde o seu advento, e muitas alterações no plano constitucional o colocaram em desarmonia com o sistema tributário. Por outro lado, vários de seus dispositivos foram objeto de interpretações divergentes, e a solução jurisprudencial para os conflitos respectivos nem sempre foi a mais adequada. Em alguns casos, aliás, ainda não foi encontrada solução jurisprudencial definitiva, e a continuidade dos conflitos, por si mesma inconveniente, vem contribuindo para o congestionamento dos órgãos do Poder Judiciário.

É evidente, pois, a necessidade de reforma do Código Tributário Nacional, e os objetivos dessa reforma já estão, no que acima foi dito, de certa forma indicados.

2. Os objetivos da reforma

Realmente, os objetivos da reforma da Lei

Hugo de Brito Machado é Juiz do Tribunal Federal da 5.ª Região. Professor Titular de Direito Tributário da UFC. Membro da Academia Brasileira de Direito Tributário, da Academia Internacional de Direito e Economia, da Associação Brasileira de Direito Financeiro e da *International Fiscal Association* e Ex-Procurador da República.

n.º 5.172/66 são apenas dois, a saber:

a) colocá-la de acordo com o sistema constitucional tributário, no que concerne a cada um dos impostos, à partilha das receitas tributárias e, especialmente, dar cumprimento ao disposto no artigo 146 da vigente Constituição; e

b) *dispor mais adequadamente sobre alguns pontos nos quais a jurisprudência fixou soluções inadequadas e sobre aqueles a respeito dos quais as divergências de interpretação ainda não foram definitivamente solucionadas pela jurisprudência.*

3. *Compatibilização com a Constituição de 1976*

Ressalta-se desde logo a necessidade de compatibilizar a classificação dos impostos. Na Constituição Federal eles estão classificados em impostos da União, dos Estados e dos Municípios. O Código Tributário Nacional, todavia, elaborado, como foi, com fundamento na Emenda Constitucional n.º 18, de 1965, classifica os impostos sem levar em conta a competência para a respectiva instituição. Nessa classificação, considerou a natureza do fato sobre o qual incide cada imposto e assim os dividiu em quatro grupos, a saber:

- a) impostos sobre o comércio exterior;
- b) impostos sobre o patrimônio e a renda;
- c) impostos sobre a produção e a circulação; e
- d) impostos especiais.

Há, pois, necessidade de reformular a própria estrutura do Código, para harmonizá-la com a Constituição, embora neste particular não se possa falar de um conflito do qual resulte a invalidade da norma inferior. Cuida-se apenas de harmonia, por assim dizer, de ordem estética. Pura questão de técnica legislativa.¹ Há, todavia, imperiosa necessidade de modificação de alguns dispositivos do Código, conflitantes com a Constituição. Em alguns, mera questão redacional. Em outros, divergência de fundo. Todos, de qualquer forma, a exigir reforma, a bem da harmonia do sistema.

Entre os dispositivos que se encontram em flagrante descompasso com a Constituição po-

¹ Outra reforma na estrutura do Código Tributário Nacional, com objetivo semelhante, diz respeito à colocação das normas gerais em primeiro lugar e, por último, a disciplina dos tributos em espécie.

dem ser indicados os artigos 1.º, 2.º, 9.º (em parte), parágrafo único dos arts. 13, 15, 21, 26, 35, 52 a 62 (já revogados pelo Decreto-Lei n.º 406), 68 a 76, 83 a 95 e 104.

Tais dispositivos precisam ser postos em harmonia com a Constituição. Outros dispositivos precisam ser acrescentados, em função da existência de impostos novos, dos quais a lei complementar deve definir o âmbito de incidência, bases de cálculo e contribuintes, com o que se dará cumprimento ao artigo 146, inciso III, alínea a, da Constituição Federal.

4. *Os pontos de atrito*

A aplicação do Código Tributário Nacional revelou a sua insuficiência para superar vários pontos de atrito que se tornaram agudos na relação fisco-contribuinte. Alguns destes encontraram solução jurisprudencial inadequada, porque desatenta à necessidade de preservar o interesse público, sem prejudicar a segurança do contribuinte e sua liberdade operacional. Outros seguem sendo objeto de permanentes controvérsias.

4.1. *Soluções jurisprudenciais inadequadas*

Entre os dispositivos do Código Tributário Nacional que se revelaram insuficientes para a superação de atritos, e ensejaram soluções jurisprudenciais inadequadas, podem ser citados o artigo 173, que cuida da decadência, bem como o artigo 185, que estabelece a presunção de fraude na alienação de bens por parte de contribuinte em débito para com a Fazenda Pública.

Examinemos estes dois exemplos de tratamento jurisprudencial inadequado, bem como as alterações que sugerimos para os mencionados dispositivos.

4.1.1 *Decadência*

O artigo 173 estabelece que o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado (inciso I), ou da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado (inciso II).

Séria controvérsia foi suscitada a respeito da data em que se devia considerar constituído o crédito tributário. O prazo de cinco anos seria para começar o procedimento de constituição, ou para completá-lo?

Sobre o assunto, escrevemos:

Outra divergência profunda diz respeito ao momento em que se deve considerar exercido o direito de constituir o

crédito tributário. Segundo as diversas correntes doutrinárias, esse momento seria:

a) aquele em que o fisco determinasse o montante a ser pago e intimasse o sujeito passivo para fazê-lo;

b) a decisão, pela procedência da ação fiscal, em primeira instância administrativa;

c) a decisão definitiva em esfera administrativa;

d) a inscrição do crédito tributário como dívida ativa.

Para quem se situa na posição *a*, um simples auto de infração seria o lançamento. Com a sua lavratura estaria exercido o direito de constituir o crédito tributário e, portanto, não se poderia mais cogitar de decadência.

Tal posição nos parece insustentável. O lançamento, como vimos ao estudar a constituição do crédito tributário, é procedimento administrativo integrado em duas fases. A lavratura do auto de infração é o encerramento apenas da primeira fase. Com a impugnação formulada pelo sujeito passivo tem início a fase litigiosa, que é a segunda do procedimento administrativo de lançamento.

O Tribunal Federal de Recursos orientou suas decisões no sentido de que o auto de infração é lançamento tributário, e não apenas início do procedimento administrativo de lançamento. Essa posição, todavia, não se concilia com a tese, também adotada por aquele Colendo Tribunal, de que a Administração, quando tiver de fazer um lançamento tributário, há de assegurar o direito de defesa ao contribuinte. A oportunidade de defesa é, obviamente, posterior à lavratura do auto de infração. Assim, ou o lançamento não se completa com o auto de infração, ou, se completa, a oportunidade de defesa não é essencial no lançamento.

Para os que se colocam na posição *b*, o auto de infração ainda não seria um lançamento por lhe faltar o pronunciamento de autoridade administrativa com poder decisório, não tendo sido assegurado ao sujeito passivo o direito de defender-se. Assim, com o julgamento da

impugnação em primeira instância estaria suprida essa falta, completando-se o lançamento.

Também não nos parece que seja assim. Se a própria administração fazendária ainda admite discutir a exigência, é porque esta não está ainda perfeita, asentada em bases definitivas, o que na verdade só vem a ocorrer com o julgamento último, ou com a não-interposição do recurso no prazo legal. A fragilidade da posição *b* se revela sobretudo nos casos em que a decisão em primeira instância seja contrária à Fazenda Pública e venha a ser reformada, prevalecendo afinal a exigência.

Com efeito, aceita a posição *c*, pois somente quando a administração, que é parte no procedimento e é quem efetua o lançamento, não mais admite discuti-lo, pode-se considerar consumado o lançamento.

Consuma-se, pois, o lançamento:

1.º) não havendo impugnação, com a homologação do auto de infração;

2.º) havendo impugnação, e sendo a decisão primeira favorável à Fazenda, se o sujeito passivo não recorrer;

3.º) havendo recurso, com a decisão definitiva favorável à Fazenda.

Em resumo: o lançamento está consumado e não se pode mais cogitar de decadência, quando a determinação do crédito tributário não possa mais ser discutida na esfera administrativa.

A posição *d* implica considerar como parte de sua constituição a inscrição do crédito tributário na repartição competente, como dívida ativa. Na verdade, porém, a inscrição não é procedimento tributário. Presta-se apenas para dar ao crédito tributário o requisito da exequibilidade, ensejando a criação do título executivo que é a certidão da inscrição respectiva.

O item II, do artigo 173, do CTN, tem sido alvo de críticas por constituir hipótese de suspensão do prazo de decadência, o que seria inadmissível. Na verdade, os prazos de decadência, em princípio, não se suspendem, nem se interrompem. Mas a lei pode estabelecer o con-

trário, como fez o CTN no dispositivo em questão. Os princípios jurídicos devem ser observados na interpretação e na integração das leis, mas não constituem limites intransponíveis para o legislador.

Destaque-se, finalmente, que a notificação do lançamento tributário ao sujeito passivo é da essência desse procedimento. Assim, só se completa o lançamento com a notificação. Qualquer que seja a posição adotada, das aqui expostas, deve ser entendida com esta explicação. Não basta o auto de infração, é preciso que o sujeito passivo tenha sido cientificado de sua lavratura; não basta a decisão de primeira instância, ou de última instância, ou a inscrição da dívida. É indispensável a notificação do sujeito passivo.

Saliente-se, todavia, que o Tribunal Federal de Recursos, seguindo orientação proposta pelo eminente Ministro Carlos Mário da Silva Velloso, e o Supremo Tribunal Federal, acolhendo proposta do eminente Ministro José Carlos Moreira Alves, fixaram o entendimento pelo qual o auto de infração consuma o lançamento tributário, não se havendo mais, depois de sua lavratura, de cogitar de decadência.

Assim, e especialmente em face da posição do Supremo Tribunal Federal, a quem cabe, em nosso sistema jurídico, dizer a última palavra na interpretação e aplicação das leis, as disputas doutrinárias restaram superadas. Considera-se, portanto, consumado o lançamento na oportunidade em que o Fisco lavra um auto de infração ou, por outra forma, determina o valor do crédito tributário e intima o sujeito passivo para fazer o respectivo pagamento².

A solução oferecida pela jurisprudência só aparentemente atende ao interesse público e evidentemente desatende à necessidade da segurança jurídica.

Parece atender ao interesse público na medida em que faz perdurar o direito da Fazenda Pública, mesmo que o procedimento administrativo de lançamento seja completado depois de cinco anos. Na verdade, porém, deixa desatendido o verdadeiro interesse público, na me-

da em que enseja demora injustificável na tramitação do processo administrativo.

Recordo-me de que no início da controvérsia sobre o tema, o Ministro da Fazenda baixou uma portaria determinando fossem apuradas as responsabilidades dos funcionários responsáveis pela demora na tramitação dos processos administrativos de lançamento tributário. E não há dúvida de que, cumpridos os prazos para a prática dos atos administrativos, a conclusão do procedimento pode ocorrer em muito menos da metade daquele prazo de cinco anos.

A demora generalizada no andamento dos processos administrativos de lançamento é, sem dúvida, muito mais inconveniente do que eventuais extinções de direito de lançar, em face da decadência. Não é, pois, politicamente vantajosa para a Fazenda Pública a orientação que afinal prevaleceu na jurisprudência, devendo o artigo 173, do Código Tributário Nacional, ser reformulado, para fixar, de forma indubitosa, a decadência, no prazo de cinco anos a contar do fato gerador do tributo.

Se tal prazo for considerado pequeno, que seja fixado prazo maior. O que se não admite é a inexistência de prazo, como agora acontece, uma vez que, lavrado o auto de infração, a conclusão do processo pode dar-se depois de dez, vinte ou trinta anos.

Por outro lado, a fiscalização dos contribuintes não se fará muito tempo depois dos fatos geradores dos tributos. Ela deve ser próxima de tais fatos, para ser mais eficiente e evitar perdas de receita tributária pelo definhamento de empresas que terminam por desaparecer, de fato, sem pagar os seus tributos.

Propomos, pois, que, mantida a redação do *caput* e do parágrafo único, renumerado este para parágrafo 1.º, seja o artigo 173, do Código Tributário Nacional acrescido de um parágrafo 2.º, com a seguinte redação:

§ 2.º. O prazo a que se refere este artigo é para a constituição definitiva do crédito tributário, que se considera ocorrida com a decisão contra a qual não mais caiba recurso no âmbito da Administração Tributária.

4.1.2. Presunção de fraude

O Código Tributário Nacional estabelece:

Art. 185. Presume-se fraudulenta a alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, por sujeito passivo em

²MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*, 8.ª ed., Forense, 1993, pp. 144/147.

débito para com a Fazenda Pública por crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa em fase de execução.

Esse dispositivo estabelece, como se vê, "uma presunção geral, *juris et de jure*, isto é, sem possibilidade de prova em contrário, de que é fraudulenta, contra o Fisco, a alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, por sujeito passivo, desde que o crédito tributário contra ele esteja regularmente inscrito e em fase de execução".³

Como já tivemos oportunidade de escrever, "estar o crédito tributário em fase de execução não significa já haver sido proposta a ação de execução. Há, todavia, manifestações doutrinárias e alguns julgados no sentido, inclusive do Tribunal Federal de Recursos em sentido contrário".⁴ Quem conhece a linguagem fazendária sabe que a partir da remessa dos autos do processo administrativo para a Procuradoria da Fazenda, para inscrição do crédito como dívida ativa, diz-se que ele está em fase de execução.

De todo modo, prevaleceu na jurisprudência o entendimento de que a fase de execução somente começa com a citação do réu no processo de execução.

Para reforçar a garantia do crédito tributário, preferiu o governo enviar ao Congresso Nacional projeto de lei instituindo a denominada cautelar fiscal, elegendo como uma das hipóteses de cabimento da medida aquela em que o contribuinte "contrai ou tenta contrair dívidas extraordinárias..." (art. 2.º, item III).

Ocorre que, segundo o artigo 186, do Código Tributário Nacional, "o crédito tributário prefere a qualquer outro, seja qual for a natureza ou o tempo de constituição deste, ressalvados os créditos decorrentes da legislação do trabalho".

Assim, se o crédito tributário prefere a qualquer outro, seja qual for a natureza ou o tempo de sua constituição, o fato de o contribuinte contrair dívida é inteiramente irrelevante. Essas dívidas em nada prejudicam a garantia de recebimento do crédito tributário.

Salvo em relação aos créditos decorrentes da legislação do trabalho, a preferência do crédito tributário é absoluta.⁵ Mesmo os credores

³ BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*, 10.ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1981, p. 604.

⁴ MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*, 4.ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1987, p. 128.

⁵ Ob. cit., p. 606.

hipotecários, pignoratícios, anticréticos etc. não podem opor ao Fisco a garantia real de que são titulares.⁶

A presunção de fraude, já estabelecida no Código Tributário Nacional, é instrumento bastante para garantir o crédito tributário contra as atitudes de maus contribuintes, que alienam seus bens procurando fugir à responsabilidade pelo pagamento de suas dívidas tributárias.

Solução bem melhor do que a cautelar fiscal, e sem prejuízo da existência desta, será um aperfeiçoamento da norma de seu artigo 185, antecipando-se para o início da constituição do crédito tributário a data a partir da qual presume-se fraudulenta a alienação dos bens do sujeito passivo da obrigação respectiva.

Sugerimos, pois, para o artigo 185 do Código Tributário Nacional, a seguinte redação:

Art. 185. Presume-se fraudulenta a alienação de bens ou rendas, ou seu começo, por sujeito passivo em débito para com a Fazenda Pública por crédito tributário cuja constituição tenha sido iniciada.

§ 1.º O disposto neste artigo não se aplica na hipótese de terem sido reservados pelo devedor bens ou rendas suficientes ao total pagamento da dívida.

§ 2.º Os bens objeto de alienação presumidamente fraudulenta poderão ser objeto de penhora na execução fiscal movida pela Fazenda Pública, independentemente de desconstituição do ato de alienação.

Bastará, então, a lavratura do auto de infração contra o contribuinte para que as alienações de bens por este efetuadas, a partir de então, sejam tidas como fraudulentas.

Não haverá necessidade de prévia iniciativa do Procurador da Fazenda, como acontece com a cautelar fiscal, nem a garantia ficará a depender de determinação judicial. Será automática. E nenhum contribuinte precisará ser molestado senão quando, executado, deixar de efetuar o pagamento correspondente.

Aqueles contribuintes que pretenderem vender bens, exatamente para com o preço destes efetuar o pagamento dos tributos, poderão fazê-lo tranquilamente.

5. *Divergências não solucionadas*

Entre as divergências na relação Fisco-contribuinte, com solução ainda não definitivamente

⁶ BALEEIRO, Aliomar. *Idem*.

adotada pela jurisprudência, podem ser citadas as concernentes:

a) à responsabilidade tributária de sócios-gerentes e administradores de pessoas jurídicas, por dívidas destas;

b) ao depósito para suspender a exigibilidade do crédito tributário; e

c) à compensação como forma de extinção do crédito tributário.

5.1. Responsabilidade tributária

Significativo número de questões tem o Judiciário resolvido, e outras tantas tem para resolver, no que diz respeito à responsabilidade tributária de gerentes e administradores de pessoas jurídicas e a inadequada redação do artigo 134, inciso VII, e do artigo 135, tem dado ensejo a decisões contraditórias, na maioria das quais esses dois dispositivos têm sido aplicados, embora na verdade tratem de hipóteses distintas.

Uma coisa é a responsabilidade dos sócios, nas sociedades de pessoas. Como sociedade de pessoas se deve entender aquela em que não há limitação de responsabilidade dos sócios. Por isso é que eles respondem, no caso de liquidação, independentemente da condição de gerentes ou administradores.

Coisa diversa é a responsabilidade decorrente da condição de gerente ou administrador da pessoa jurídica. Nesta hipótese, a responsabilidade não decorre da condição de sócio, mas da condição de administrador de patrimônio alheio.

Por outro lado, a referência a "casos de impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte" indica tratar-se de responsabilidade subsidiária, quando a responsabilidade tributária deve ser solidária.

No que concerne à responsabilidade dos gerentes ou administradores de pessoas jurídicas, impõe-se o estabelecimento de regras claras para, afastando as divergências interpretativas, fixar a responsabilidade de quem administra a pessoa jurídica, pelas dívidas tributárias desta. A condição de sócio deve ser irrelevante para esse fim. Importante é a prática dos atos de gestão ou a influência que se tenha nessa prática exercido.

A ocorrência de excesso de poder, ou de infração da lei, ou do contrato social, não deve ser requisito para a responsabilidade do diretor, gerente ou administrador. A jurisprudência, aliás, em alguns casos tem afastado esse requi-

sito, ao entendimento de que o simples inadimplemento, por parte da pessoa jurídica, significa a infração da lei, capaz de ensejar a responsabilidade do dirigente.

Tal interpretação pode levar a uma conclusão justa, mas é inadmissível, porque elimina a limitação da responsabilidade, convertendo a exceção em regra. A este respeito já escrevemos:

Não se pode admitir que o não-pagamento do tributo configure a infração de lei, capaz de ensejar tal responsabilidade, porque isto levará a suprimir-se a regra, fazendo prevalecer, em todos os casos, a exceção. O não-cumprimento de uma obrigação qualquer, e não apenas de uma obrigação tributária, provocaria a responsabilidade do diretor, gerente ou representante da pessoa jurídica de direito privado inadimplente. Mas tal conclusão é evidentemente insustentável. O que a lei estabelece como regra, isto é, a limitação da responsabilidade dos diretores ou administradores dessas pessoas jurídicas, não pode ser anulado por esse desmedido elastério dado à exceção.

É importante notar-se que a responsabilidade dos sócios-gerentes, diretores e administradores de sociedades, nos termos do artigo 135, III, do CTN, é por obrigações resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos. Poder-se-ia, assim, sustentar que a obrigação, pela qual respondem, há de ser resultante de atos irregularmente praticados. O próprio nascimento da obrigação tributária já teria de ser em decorrência de atos irregulares. Mas tal posição levaria a excluir-se a responsabilidade em exame toda vez que os atos irregulares, violadores da lei ou do estatuto, fossem posteriores à ocorrência do fato gerador do tributo. Operar-se-ia, assim, injustificável redução no alcance da regra jurídica em estudo.

O Tribunal Federal de Recursos decidiu que o não-recolhimento de contribuições previdenciárias descontadas de empregados, e do IPI, implica responsabilidade dos diretores de sociedades. O Decreto-Lei n.º 1.736, de 20 de dezembro de 1979, estabeleceu que "são solidariamente responsáveis com o sujeito passivo os acionistas controladores, os diretores, gerentes ou representantes de pes-

soas jurídicas de direito privado, pelos créditos decorrentes do não-recolhimento do imposto sobre produtos industrializados e do imposto sobre a renda descontado na fonte" (art. 8.º). Essa responsabilidade restringe-se ao período da respectiva administração, gestão ou representação (art. 8.º, parágrafo único).

Pode-se questionar a respeito da validade dessa disposição do Decreto-Lei n.º 1.736, tendo em vista que a responsabilidade tributária é matéria compreendida no campo reservado à lei complementar, nos termos do artigo 146, item III, da Constituição Federal. De qualquer forma, nota-se que a jurisprudência já se vinha orientando no mesmo sentido da regra em referência, que, assim, praticamente não fez inovação.

Com acerto decidiu o Tribunal Federal de Recursos que, deixando a sociedade de operar, sem ter havido sua regular liquidação, os sócios-gerentes, diretores e administradores respondem pelas dívidas tributárias desta. Há, nesses casos, uma presunção de que tais pessoas se apropriaram dos bens pertencentes à sociedade.⁷

Seja como for, certo é que os artigos 134 e 135 do Código Tributário Nacional podem ser considerados os que maior número de questionamentos e mais persistentes divergências têm suscitado, impondo-se, portanto, a reformulação dos mesmos, na tentativa de solucionar o difícil problema da responsabilidade tributária de terceiros.

Em face destas considerações, sugerimos a alteração do *caput* do artigo 134, de seu inciso VII e parágrafo único (este apenas com ligeira mudança redacional que não lhe altera o alcance), e ainda a alteração do artigo 135, dando-se a tais dispositivos a seguinte redação:

Art. 134. Respondem, solidariamente com o contribuinte, pelo cumprimento da obrigação principal relacionada a atos em que intervierem:

I - os pais, pelos tributos devidos por seus filhos menores;

II - os tutores e curadores, pelos tributos devidos por seus tutelados ou

curatelados;

III - os administradores de bens de terceiros, pelos tributos devidos por estes;

IV - o inventariante, pelos tributos devidos pelo espólio;

V - o síndico e o comissário, pelos tributos devidos pela massa falida ou pelo concordatário;

VI - os tabeliães, escrivães e demais serventuários de ofício, pelos tributos devidos sobre os atos praticados por eles, ou perante eles, em razão do seu ofício;

VII - os sócios, no caso de liquidação de sociedades de pessoas, como tais entendidas aquelas nas quais a responsabilidade dos sócios é solidária, nos termos da lei comercial.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica às penalidades que não tenham caráter simplesmente moratório.

Art. 135. Respondem solidariamente pelas dívidas tributárias da pessoa jurídica:

I - os seus diretores, gerentes e administradores;

II - os membros do conselho de administração e o acionista controlador, nas sociedades anônimas;

III - o sócio que detenha mais de dez por cento do capital social, nas demais espécies de sociedades.

§ 1.º. Para os fins do disposto neste artigo não se aplicam as limitações da responsabilidade previstas na legislação comercial.

§ 2.º. A responsabilidade de que trata este artigo será excluída pela prova inequívoca, a cargo do interessado, de que durante o período em que nasceu a obrigação tributária e deu-se o seu inadimplemento, não praticou qualquer ato de gestão da pessoa jurídica.

5.2. Depósito

A respeito do depósito a que se reporta o artigo 151, inciso II, do Código Tributário Nacional, já escrevemos:

Tem havido muita controvérsia em torno do procedimento adequado para a feitura do depósito. Há quem entenda

⁷ MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*, 8.ª ed., Malheiros, São Paulo, 1993, pp 114/115

que o interessado deve propor ação cautelar inominada. O Tribunal Federal de Recursos decidiu ser desnecessária a ação cautelar, podendo o depósito ser feito nos autos da ação principal (AI n.º 54.533-RS, Rel. Ministro Eduardo Ribeiro, DJU de 17.10.88, p. 26.672). Decidiu, outrossim, que por se tratar de cautelar desnecessária, excluem-se os ônus da sucumbência imputados à União Federal (AC n.º 119.534-DF, Rel. Ministro Carlos Mário Veloso, DJU de 11.10.88, p. 25.966).

Parece-nos inexistir interesse processual para a propositura da ação cautelar, posto que não há resistência à pretensão de depositar. Quem eventualmente tem oposto tal resistência é o próprio Poder Judiciário, por intermédio de juízes exageradamente formalistas, que sempre encontram argumentos para criar problemas, em vez de soluções. O depósito, a nosso ver, pode ser feito independentemente de autorização judicial.

Ao promover a ação anulatória de lançamento, ou a declaratória de inexistência de relação tributária, ou mesmo o mandado de segurança, o autor fará a prova do depósito e pedirá ao juiz que mande cientificar a Fazenda Pública, para os fins do artigo 151, II, do Código Tributário Nacional. Se pretender a suspensão da exigibilidade antes da propositura da ação, poderá fazer o depósito e, em seguida, juntando o respectivo comprovante, pedir ao juiz que mande notificar a Fazenda Pública. Terá então o prazo de 30 dias para promover a ação.⁸

Para superar os inúmeros questionamentos que se verificam a respeito do depósito, sugerimos sua disciplina em parágrafos do artigo 151, com a seguinte redação:

Art. 151.

§ 1.º A suspensão da exigibilidade do crédito não dispensa o cumprimento das obrigações acessórias relacionadas com a obrigação principal da qual decorre.

§ 2.º O depósito produzirá o efeito determinado neste artigo, desde que comunicada a sua feitura à autoridade administrativa responsável pela inscrição do crédito respectivo como dívida ativa da Fazenda Pública, e pode ser feito pelo

interessado independentemente de autorização da autoridade administrativa ou judicial, antes ou no curso do processo, administrativo ou judicial, de qualquer natureza, e será convertido em renda da Fazenda Pública:

I - se relacionado ao processo administrativo, sessenta dias depois da decisão administrativa definitiva, que considerar devido o tributo, salvo se, antes disto, o interessado ingressar em juízo para questionar essa decisão;

II - se relacionada a processo judicial, assim como na hipótese da ressalva constante do inciso anterior, quando transitar em julgado a decisão judicial que considerar devido o tributo;

III - sessenta dias depois de efetuação do depósito, se feito este como medida preparatória de ação, a propositura desta não tiver ocorrido.

5.3. Compensação

A compensação é como que um encontro de contas. Se o obrigado ao pagamento do tributo é credor da Fazenda Pública, poderá ocorrer uma compensação pela qual seja extinta sua obrigação. Isto é, o crédito tributário.

O Código Tributário Nacional não estabelece a compensação como forma de extinção do crédito tributário. Apenas diz que a lei pode, nas condições e sob as garantias que estipular, ou cuja estipulação em cada caso atribuir à autoridade administrativa, autorizar a compensação de créditos tributários com créditos líquidos e certos, vencidos ou vincendos, do sujeito passivo contra a Fazenda Pública. Sendo vincendo o crédito do sujeito passivo, a lei determinará, para efeito de compensação, que se apure o montante do crédito, não podendo determinar redução superior.

O Código Civil disciplina a compensação como forma de extinção das obrigações. Diz, entretanto, que a mesma não se aplica aos débitos para com a Fazenda Pública, salvo o estipulado na legislação própria (Código Civil, art. 1.017). Assim, em princípio, suas normas não são invocáveis pelo contribuinte.

Nas relações Fisco-contribuinte, portanto, em face do atual artigo 170, do CTN, a compensação depende de lei específica, que deve estipular as condições e as garantias a serem exigidas, ou dar à autoridade administrativa competência para fazê-lo, em cada caso.

⁸ MACHADO, Hugo de Brito, ob. cit., pp. 129/130.

É importante esclarecer que a lei não pode deixar a cargo da autoridade administrativa o estabelecimento de condições e a exigência de garantias para cada contribuinte que pretenda utilizar a compensação. A expressão *em cada caso*, contida no artigo 170 do Código Tributário Nacional, há de ser entendida em termos, em harmonia com os princípios jurídicos da tributação e com a natureza da atividade de administração e cobrança dos tributos.

Pode a lei fixar desde logo as condições para a compensação dos créditos tributários em geral, de modo permanente. Ou então autorizar a compensação apenas no concernente a determinado tributo, ou apenas durante certo prazo, em situações específicas. A expressão *em cada caso* refere-se à hipótese em que não se trate de uma compensação permitida em caráter geral e permanente.

Seja como for, é inadmissível que se deixe a critério da autoridade admitir, ou não, a compensação, sem que a lei fixe os critérios à luz dos quais se há de reconhecer o direito à compensação. Isto seria atribuir à autoridade administrativa um poder discricionário, o que é intolerável em face do próprio conceito do tributo, expressamente consagrado pelo artigo 3.º, do Código Tributário Nacional.

Mesmo na hipótese de compensação excepcional, admitida pela lei em face de certas circunstâncias, o direito de um há de ser o direito de todos quantos naquelas circunstâncias se encontrarem, não podendo a autoridade administrativa, em nenhuma hipótese, decidir discricionariamente.

A Lei n.º 8.383, de 30.12.91, estabeleceu que "nos casos de pagamento indevido ou a maior de tributos e contribuições federais, inclusive previdenciárias, mesmo quando resultante de reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória, o contribuinte poderá efetuar a compensação desse valor no recolhimento de importância correspondente a períodos subsequentes" (art. 66). Agora, portanto, o contribuinte tem direito à compensação e esse direito não pode ser cerceado pela autoridade administrativa a pretexto de estabelecer condições para a compensação.

A única condição foi estabelecida pela própria lei, ao dizer que "a compensação só poderá ser efetuada entre tributos e contribuições da mesma espécie" (art. 66, § 1.º).

Interpretada literalmente, a referida lei admite a compensação de qualquer imposto, com

qualquer imposto; qualquer taxa, com qualquer taxa; e qualquer contribuição social, com qualquer contribuição social. Não nos parece, porém, deva ter a compensação tamanha amplitude. Os dispositivos legais devem ser interpretados em harmonia com o sistema jurídico, de tal sorte que não inutilizem dispositivos outros, cuja revogação evidentemente não se operou.

No sistema jurídico estão as normas, integrantes do denominado Direito Financeiro, que cuidam da distribuição dos recursos decorrentes da arrecadação dos tributos. Tais normas, no caso, são de capital importância para o correto entendimento do § 1.º, do artigo 66, da Lei n.º 8.383/91. Assim, a expressão *tributos e contribuições da mesma espécie* deve ser entendida como a dizer *tributos e contribuições com a mesma destinação orçamentária*. A explicação é fácil. Quase desnecessária. Se o tributo pago indevidamente teve destinação diversa daquele que se deixa de pagar, em face da compensação, estará havendo evidente e indevida distorção na partilha das receitas tributárias.

O exercício do direito à compensação independe de autorização da Fazenda Pública. Independe também de decisão judicial reconhecendo a liquidez do crédito a ser compensado, ou o próprio direito à compensação. O contribuinte faz a compensação e assume a responsabilidade por seu ato.

Em face de restrições manifestadas com a edição de normas infralegais, todavia, tem o contribuinte legítimo interesse a justificar a propositura de ação declaratória de seu direito, ao crédito e à compensação respectiva. Se já tem sentença reconhecendo haver sido indevido o pagamento que pretende compensar, poderá apenas a declaração de seu direito à própria compensação, para o que o juiz terá de reconhecer a invalidade das normas menores, em face da lei.

É cabível, inclusive, o deferimento de medida liminar, tanto em ação cautelar, como em mandado de segurança.

A solvabilidade da Fazenda Nacional não afasta o perigo da demora. Neste sentido tem se manifestado o Supremo Tribunal Federal, deferindo liminares contra a Fazenda Nacional, como aconteceu recentemente no caso da conversão dos vencimentos de servidores públicos em URV. Por outro lado, a possibilidade da propositura de ação penal, mesmo antes de definitivamente julgado o processo administrati-

vo porventura resultante de auto de infração, torna indúvidosa a necessidade de medida liminar a garantir que o contribuinte não será coagido a pagar tributo ou contribuição, abstenendo-se de exercer o direito à compensação.

É importante esclarecer que a Lei n.º 8.383/91 cuidou da compensação de forma diversa da prevista no artigo 170 do Código Tributário Nacional, sendo importantes as diferenças entre as duas prescrições normativas.

No artigo 170 do Código cuida-se de compensação de créditos tributários, com créditos de qualquer natureza, desde que líquidos e certos, vencidos ou vincendos, do sujeito passivo com a Fazenda Pública. Objetos da compensação, neste caso, são, de um lado, um crédito tributário, que é por natureza líquido e certo, posto que constituído pelo regular procedimento administrativo de lançamento; e do outro, um crédito que o sujeito passivo daquela relação tributária tem contra a Fazenda Pública, seja tributário ou de outra natureza. O titular desse crédito está, em princípio, obrigado a comprovar essa titularidade, assim como a liquidez do crédito.

Na Lei n.º 8.383/91, a compensação autorizada é apenas de créditos do contribuinte, ou responsável tributário, contra a Fazenda Pública, decorrente de pagamento indevido de tributos ou contribuições federais, com tributo da mesma espécie, relativo a períodos subsequentes. Objetos da compensação, neste caso, são, de um lado, um futuro crédito tributário, e não um crédito tributário já constituído, posto que relativo a período futuro; e do outro, um crédito que o sujeito passivo da relação tributária tem perante a Fazenda Pública, em decorrência de pagamento indevido de tributo. Não se há de cogitar, portanto, de idoneidade do devedor, que é a própria Fazenda, nem de qualificação do crédito como líquido e certo. Basta o reconhecimento de que o pagamento do tributo se fez indevidamente. É tal reconhecimento que pode ter havido em decisão anterior, ou efetivar-se em face de ação movida pelo interessado para ter reconhecido o seu direito à compensação.

Pode, outrossim, o contribuinte, que pratica os atos materiais de accertamento, no que concerne ao tributo a ser pago, fazer a compensação, aguardando a homologação da autoridade administrativa. Neste caso, se a compensação se fez em desobediência a norma complementar da legislação tributária, vale dizer, norma infralegal editada pela autoridade fiscal, e o

contribuinte tem, por isto, justo receio de ter contra ele instaurada ação fiscal para exigência do tributo, e imposição de sanções, pode ir a juízo, preventivamente.

Não se justifica a resistência que as autoridades da administração tributária vêm fazendo ao exercício do direito à compensação, pois com isto agravam a falta de confiança do contribuinte, que se sente lesado em seu direito pelo Fisco, e em consequência, tende a revidar, praticando condutas não-recomendáveis. Tudo isto deve ser evitado por um adequado disciplinamento da compensação, no Código Tributário Nacional. Para tanto propomos passe o seu artigo 170 a ter a seguinte redação:

Art. 170. O contribuinte pode efetuar a compensação do que pagou indevidamente, na importância correspondente a períodos subsequentes, do mesmo ou de outro tributo.

§ 1.º O valor a ser compensado será monetariamente corrigido, pelos mesmos índices aplicáveis na cobrança dos tributos.

§ 2.º A compensação independe de prévia autorização da autoridade administrativa, e só abrange tributos cuja receita tenha a mesma destinação.

§ 3.º Poderá a autoridade administrativa autorizar, nas condições e sob as garantias estabelecidas em lei, a compensação de créditos tributários, com créditos de outra natureza, do sujeito passivo contra a Fazenda Pública, desde que líquidos e certos.

6. Conclusão

A necessidade de reforma do Código Tributário Nacional é absolutamente indiscutível. Os dispositivos neste estudo mencionados são apenas um exemplo dos que estão a merecer reformulação.

Importante, de todo modo, é fixar como objetivos dessa reformulação os indicados no início deste estudo, com o que se contribuirá, valiosamente, para a minimização dos pontos de atrito na relação Fisco-contribuinte, e para incrementar, em consequência, o cumprimento voluntário da obrigação tributária.

O tributo, já o disseram, é o preço da cidadania, mas ninguém se dispõe a pagar pelo que não existe, e cidadania não existe sem segurança jurídica, e sem confiança nos que exercem o Poder Estatal.

Tutela da personalidade no atual direito brasileiro

CARLOS ALBERTO BITAR FILHO

"... existem certos direitos sem os quais a personalidade restariam uma susceptibilidade completamente irrealizada, privada de todo o valor concreto: direitos sem os quais todos os outros direitos subjetivos perderiam todo o interesse para o indivíduo – o que equivale a dizer que, se eles não existissem, a pessoa não existiria como tal." (Adriano de Cupis, Os Direitos da Personalidade, trad., p. 17)

SUMÁRIO

1. Os direitos da personalidade e a respectiva tutela: prolegômenos. 1.1. Delimitação e importância do tema: os direitos da personalidade e sua classificação. 1.2. Tutela dos direitos em questão: a dignidade humana como nota central. 2. Planos em que são tutelados. 2.1. A tutela administrativa. 2.2. A tutela civil. 3. A tutela civil: sua plenitude e a efetividade das decisões judiciais. 3.1. A plenitude da tutela civil. 3.2. A efetividade das decisões judiciais na defesa da personalidade. 4. A tutela cautelar: âmbito da busca e apreensão. 4.1. A tutela cautelar e a busca e apreensão. 4.2. Como a busca e apreensão civil se distingue da penal. 4.3. Processamento no juízo civil. 5. A reparação de danos como medida de maior alcance. 5.1. A realização dos interesses lesados como finalidade precípua. 5.2. A reparabilidade de danos como medida de maior alcance. 5.3. Principais questões discutidas na prática. 5.3.1. Âmbito da ação. 5.3.2. Formulação do pedido. 5.3.3. Indenizabilidade de danos morais. 5.3.4. Cumulatividade entre danos morais e patrimoniais. 5.3.5. Prova do dano. 5.3.6. Determinação da reparação devida. 5.3.7. Fixação do "quantum". 5.3.8. Atribuição de poderes ao juiz. 5.3.9. Tarifamento e responsabilidade. 5.3.10. Legitimidade para a propositura da ação "post mortem". 6. Observações finais.

Carlos Alberto Bitar Filho é Procurador do Estado de São Paulo.

1. Os direitos da personalidade e a respectiva tutela: prolegômenos

1.1. Delimitação e importância do tema: os direitos da personalidade e sua classificação

São direitos da personalidade os reconhecidos ao homem, tomado em si mesmo e em suas projeções na sociedade. Visam à defesa de valores inatos, como a vida, a intimidade, a honra e a higidez física¹.

Nos tempos atuais, têm sido consagrados pela lei, pela doutrina e pela jurisprudência. Sua evolução, contudo, foi inçada de dificuldades de caráter ideológico², chegando determinados autores até a negar-lhes a existência com base na idéia de que, havendo direito do homem sobre a própria pessoa, justificar-se-ia o suicídio.

Trata-se de direitos inerentes à pessoa e dotados de certas particularidades que limitam a própria ação do titular (como, v.g., a irrenunciabilidade e a imprescritibilidade)³. Efetivamente, ele não pode eliminá-los através de ato de vontade, sendo-lhe facultado, contudo, deles dispor, privativamente, em dadas ocasiões.⁴

Ocupando posição autônoma no campo pri-

¹ BITTAR, Carlos Alberto, *Os Direitos da Personalidade*, Rio 1989, pp. 1 e 10.

² Idem, *ibidem*, p. 1.

³ Além de irrenunciáveis e imprescritíveis, os direitos da personalidade são absoluta (*erga omnes*), extrapatrimoniais, intransmissíveis, impenhoráveis, vitalícios e necessários, consoante a melhor doutrina (cf. OLIVEIRA FARIA, Anacleto de, *Instituições de Direito*, SP, RT, 1975, p. 294, MESSINEO, Francisco, *Manuale di diritto Civile e Commerciale*, v. II, Milão, Giuffrè, 1952, p. 4, GOMES, Orlando, *Introdução ao Direito Civil*, Rio, Forense, 1977, p. 132, CUPIS, Adriano de, *Os Direitos da Personalidade*, trad., Lisboa, Livraria Moraes, 1961, pp. 17 e ss. FRANÇA, R. Limongi, *Manual de Direito Civil*, v. 1, SP, RT, 1975, p. 406, e *Instituições de Direito Civil*, SP, 1988, p. 1027, LOPES, Miguel Maria de Serpa, *Curso de Direito Civil*, v. I, Rio, Freitas Bastos, 1962, p. 248, e TOBEÑAS, José Castan, *Los Derechos de la Personalidad*, Madri, Instituto Editorial Reus, 1952, pp. 22 e ss.).

⁴ Por causa de necessidades decorrentes de sua própria condição, da posição do titular, do interesse negocial e da expansão tecnológica, alguns direitos da personalidade acabaram ingressando na circulação jurídica. A título de ilustração, mencione-se o direito à imagem, cuja disponibilidade, aliás, deve respeitar os limites impostos pela vontade do titular (v. MO-RAES, Walter, "Direito à Própria Imagem", in *Enciclopédia Saraiva do Direito*, SP, Saraiva, 1977, v. 25, pp. 350 e 351).

vado, os direitos em apreço são considerados inatos ao homem; cabe ao Estado, assim, apenas reconhecê-los e sancioná-los no âmbito da Constituição ou na da legislação ordinária. Ora, não se deve confundir a existência desses direitos – a qual independe de qualquer iniciativa do Estado – com o seu reconhecimento.⁵

Os direitos da personalidade, de modo geral, terminam com a morte do titular, que ocorre quando se verifica parada irreversível da circulação e da respiração.⁶ Tal regra, entretanto, comporta exceções, como as representadas pelos direitos ao corpo, a parte deste e à imagem, relativamente aos quais subsistem efeitos *post mortem*; no que se refere ao direito de autor, em seu aspecto moral, produz ele efeitos *in aeternum* (a Lei n.º 5.988, de 14.12.73, em seu art. 25, § 2.º, prevê a defesa, pelo Estado, da integridade e da genuidade da obra caída em domínio público)⁷.

Alcançam os direitos em análise aos nascituros⁸, *ex vi* da regra constante do art. 4.º do Código Civil, e às pessoas jurídicas, desde que compatíveis com a respectiva estrutura (assim, quanto a elas, são possíveis os direitos à marca, aos símbolos e à honra).

Dentre as várias classificações já elaboradas pela doutrina, avulta a do Prof. Carlos Alberto Bittar⁹, a qual divide os direitos da personalidade em: a) físicos – referentes a elementos materiais da estrutura humana (integridade corporal); b) psíquicos – relativos a componentes intrínsecos da personalidade (integridade psíquica); c) morais – respeitantes a atributos valorativos da pessoa na sociedade (patrimônio moral).

Essa classificação está em perfeita sintonia com a definição dos direitos da personalidade, considerando a pessoa não só em si mesma,

⁵ BITTAR, Carlos Alberto, *op. cit.*, pp. 7 a 10.

⁶ Cf. Odon Ramos Maranhão, *Curso básico de medicina legal*, SP, 1990, p. 226.

⁷ BITTAR, Carlos Alberto, *op. cit.*, pp. 12 e 13.

⁸ V. SILMARA JURY DE ABREU, Chinelato e Almeida, *Tutela Civil do Nascituro*, 1983, *tese, passim* – reconhece-se, até, o direito à imagem ao feto. É curioso notar, aliás, que já no direito romano eram assegurados alguns direitos ao nascituro – sucessórios, por exemplo (v., sobre isso, Correia & Sciascia, *Manual de Direito Romano*, SP, 1988, pp. 36 e 37, e Moreira Alves, *Direito Romano*, I Rio, 1967, p. 104).

⁹ V. *Os Direitos da Personalidade*, *op. cit.*, pp. 62 a 64.

mas também em suas projeções na sociedade. Efetivamente, a classificação destaca, de início, os dotes físicos da pessoa, *id est*, sua conformação física (elementos extrínsecos da personalidade); em seguida, volta-se para o interior da pessoa, trazendo à baila os atributos da inteligência ou do sentimento (elementos intrínsecos da personalidade); por fim, revela os atributos da pessoa em sua conceituação pela coletividade.

Destarte, são físicos os direitos à vida, à integridade física (higidez corpórea), ao corpo, a partes do corpo (próprio e alheio) e ao cadáver e a partes, à imagem (efígie) e à voz (emanação natural); são psíquicos os direitos à liberdade (de pensamento, expressão, culto, etc.), à intimidade (estar só, privacidade, ou reserva), à integridade psíquica (incolumidade da mente) e os segredos (inclusive profissional); são morais os direitos à identidade (nome e outros sinais individualizadores), à honra (reputação) – objetiva (prestígio) e subjetiva (sentimento individual do próprio valor social) –, ao respeito (dignidade e decoro) e às criações intelectuais.

1.2. *Tutela dos direitos em questão: a dignidade humana como nota central*

A fim de dar aos direitos da personalidade total amparo, o ordenamento jurídico prevê diversos modos de reação. Os objetivos específicos que o norteiam são, de maneira geral, os seguintes: a) cessação de práticas lesivas; b) apreensão de materiais oriundos de tais práticas; c) submissão do agente ao cumprimento de penas; d) reparação de danos materiais e morais; e) persecução criminal de agente.¹⁰ Aqui, a nota central é, sem dúvida, a dignidade humana, que deve sempre ser preservada de todos os ataques da ilicitude.¹¹

A tutela conferida aos direitos da personalidade espalha-se por três esferas: a administrativa, a civil e a penal.¹² O princípio básico que

as inspira é o da independência (Código Civil, art. 1.525); preenchidos, entretanto, os respectivos requisitos em concreto, há a possibilidade de uso simultâneo, em certos casos (*e.g.*, uma prática civilmente ilícita e tipificada como crime pode propiciar a ação do lesado nos juízos civil e criminal, a par de eventuais providências administrativas compatíveis).

A tutela civil, que depende da iniciativa do interessado – por força do princípio da inércia (Código de Processo Civil, arts. 2.º e 262) –, desdobra-se em muitas medidas de reação, tendentes, principalmente, à declaração ou negação de direitos, à cessação de práticas ilícitas, à cominação de pena por descumprimento de obrigação de fazer, ou de não fazer, e à reparação de danos.

A tutela penal, obtível através da ação penal – pública ou privada –, consiste na persecução criminal do agente com vistas à sujeição deste e/ou de seu patrimônio às sanções correspondentes.

A tutela administrativa, efetivada por diversas entidades públicas (como o CNDM, no campo dos direitos autorais) e privadas (como o CONAR, na área da publicidade), visa garantir a efetividade dos direitos dos rendimentos incidentes. Não se pode deixar de dizer, nesse caso, que a reação na esfera administrativa não veda o acesso ao Judiciário, em virtude do princípio da indeclinabilidade da jurisdição, abraçado pelo art. 5.º, XXXV, da Constituição Federal.¹³

2. *Planos em que são tutelados*

2.1. *A tutela administrativa*

Havendo estruturação própria, pode o interessado obter, no âmbito administrativo, a satisfação almejada.

Campo em que estão bem estruturados os

autocomposição, não há que dela cogitar-se, pois os direitos da personalidade são indisponíveis (cf. Cintra-Grinover-Dinamarco, *Teoria Geral do Processo*, SP, 1987, pp. 8 e 9); são eles, aliás, limites políticos à execução (cf. DINAMARCO, Cândido Rangel, *Execução Civil*, SP, RT, 1973, pp. 107 e 108, e *A Execução na Teoria Geral do Direito Processual Civil*, 1972, tese, pp. 107 e 108). Por fim, poder-se-ia pensar no reconhecimento da existência de uma quarta esfera de proteção dos direitos da personalidade, “*id est*”, da esfera constitucional – o que fica claro com a observação do “*habeas corpus*” (que protege o direito de locomoção) e do “*habeas data*” (que resguarda a privacidade).

¹³ CINTRA-GRINOVER-DINAMARCO, *Teoria ...*, cit., p. 90.

¹⁰ BITTAR, Carlos Alberto, op. cit., p. 48.

¹¹ Deve-se ter em mente que, na esfera dos direitos da personalidade, a proteção é conferida até mesmo contra a própria pessoa (isso ocorre, por exemplo, no caso de direito sobre obra que pertence ao patrimônio comum da humanidade).

¹² Não se pode olvidar que, na seara dos direitos da personalidade, está presente a autotutela, representada pela clássica figura da legítima defesa, que é considerada, tanto em direito civil quanto em direito penal, como causa excludente da ilicitude (Código Civil, art. 160, II, e CP, arts. 23, II, e 25; v., a respeito, as preciosas observações de SANTOS, J.M. de Carvalho, *Código Civil Brasileiro Interpretado*, Rio, Freitas Bastos, 1963, v. III, p. 333). Relativamente à

instrumentos administrativos de proteção é o do Direito de Autor. Tais instrumentos podem *ai ser divididos da seguinte maneira*: a) os de caráter preventivo – que visam evitar os atendidos –, como o registro, a consulta, a assistência e a fiscalização, realizados *ex officio*, ou a requerimento dos interessados, conforme o caso, pelas autoridades competentes; b) os de *cunho repressivo, ou sancionatório* – voltados à punição de violações ocorridas –, como, por exemplo, a aplicação de multas ou penas administrativas, a interdição de espetáculos, etc.¹⁴

Não havendo instrumental específico, ou não se interessando por sua utilização, pode o lesado ingressar em juízo, através das ações próprias (Código Civil, art. 75).

2.2. A tutela penal

Quando a conduta do agente é típica, anti-jurídica e culpável¹⁵, cabe a persecução criminal, através de ação pública ou privada, de acordo com o caso (Código Penal, arts. 100 e ss.).

Havendo trânsito em julgado da sentença penal condenatória, o interessado pode promover a liquidação e a execução no juízo cível (Código de Processo Penal, art. 63; Código de Processo Civil, arts. 603 e ss.). No caso de sentença absolutória, as seguintes considerações devem ser feitas: a) reconhecendo-se causa excludente da antijuridicidade, ou ilicitude (Código Penal, art. 23), ela faz coisa julgada no cível, não mais podendo *ai ser discutida*; b) admitindo-se a inexistência material do fato, também não pode ser discutida no cível; c) decidindo-se que o fato imputado não constitui crime (falta de tipicidade), não impede a propositura da ação civil (Código de Processo Penal, art. 67, III); d) fundando-se em dirimento ou excludente da culpa (Código Penal, arts. 20, 22, 26 e 28), não está o autor do ilícito penal liberado de indenizar a vítima, pois seu ato pode não ser civilmente lícito; e) lastreando-se em inexistência de culpa penal (*stricto sensu*), não impede a propositura da ação civil, mesmo porque a culpa civil difere daquela.¹⁶

Diferentes bens jurídicos que compõem a personalidade são tutelados pelo Código Pe-

nal, que prevê as seguintes figuras delituosas: homicídio (art. 121), induzimento a suicídio (art. 122), infanticídio (art. 123), aborto (art. 124), periclitación da vida e da saúde (arts. 130 a 136), rixa (art. 139), injúria (art. 140), constrangimento ilegal (art. 146), ameaça (art. 147), seqüestro e cárcere privado (art. 148), redução a condição análoga à de escravo (art. 149), violação de domicílio (art. 150), de correspondência (arts. 151 e 152), dos segredos comum e profissional (arts. 153 e 154) e dos direitos autorais (arts. 184 e 185).

2.3. A tutela civil

Múltiplos são os meios de reação, no campo civil, à disposição do lesado. Assim, pode ele, preliminarmente, valer-se das ações cautelares (Código de Processo Civil, arts. 796 e ss.), obtendo, com a liminar, a imediata cessação das práticas atentatórias. Assume relevo especial, aqui, a ação de busca e apreensão (Código de Processo Civil, arts. 839 e ss.), que, retirando de circulação o material lesivo, põe fim à ação ilícita e permite a pronta detecção dos prejuízos havidos, que podem ser reclamados, a seguir, através da ação de reparação (ou de ressarcimento) de danos. São cabíveis, ainda, as retificações, os protestos, as interpelações (Código de Processo Civil, arts. 867 e ss.), a exibição (Código de Processo Civil, arts. 844 e ss.) e o seqüestro (Código de Processo Civil, arts. 822 e ss.). No que tange às ações principais, são possíveis as de declaração – para afirmar-se ou negar-se a existência de relação jurídica –, como, por exemplo, a do autor de obra com terceiro que não a divulgue (Código de Processo Civil, art. 4.º, I), as de cominação de pena pela transgressão de preceito (Código de Processo Civil, arts. 632 e ss.; *idem*, arts. 644 e ss.) e as de reparação de danos (Código Civil, art. 1.59), que permitem a satisfação de prejuízos materiais e morais. Outrossim, podem ser intentadas: a) as ações possessórias (Código de Processo Civil, arts. 920 e ss.), como, *v.g.*, o interdito proibitório¹⁷ para a defesa contra agressões ao aspecto patrimonial dos direitos autorais (Código de Processo Civil, art. 932); b) as ações de prestação de contas (Código de Processo Civil, art. 914).

Exemplificativamente, cite-se a hipótese de utilização não-autorizada de fotografia alheia em anúncio, agenda ou embalagem (uso indevido de imagem alheia em publicidade) – pode a pessoa retirar de circulação o material violador e,

¹⁴ V. BITTAR, Carlos Alberto, "Tutela Administrativa Repressiva a Violações aos Direitos Autorais", in *A Tutela Jurídica do Direito de Autor*, SP, 1991, pp. 38 e 39.

¹⁵ GARCIA, Basileu, *Instituições de Direito Penal*, SP, 1959, v. I, t. I, p. 195.

¹⁶ V. NORONHA, Magalhães E., *Curso de Direito Processual Penal*, SP, 1990, pp. 41 a 43.

¹⁷ BITTAR, Carlos Alberto, *Direitos Reais*, Rio, 1991, p. 33, e *Direito de Autor*, Rio, 1992, pp. 142 e 143.

ao depois, pleitear o ressarcimento dos danos (patrimoniais e morais). Igualmente o podem: o autor de obra intelectual estética cuja criação seja divulgada indevidamente, sem seu nome; o artista cuja efígie seja inserida, sem consulta prévia, em comercial de televisão; a pessoa cuja privacidade seja invadida por noticiários de rádio ou de televisão; a atriz cuja plástica seja desnudada sem autorização ou em finalidade distinta da contratada, etc.

Diante das inúmeras investidas resultantes da expansão das comunicações, a proteção da personalidade, como se vê, pode efetivar-se de diversas formas, sempre à luz das circunstâncias fáticas; quando cumuláveis as providências no juízo cível, deve-se observar o procedimento ordinário sempre que a lei o exija (Código de Processo Civil, art. 292).

3. A tutela civil: sua plenitude e a efetividade das decisões judiciais

3.1. A plenitude da tutela civil

A tutela civil é plena, porque se realiza através de todas as espécies de ações civis. Efetivamente, são possíveis, na defesa da personalidade: a) ações de conhecimento (como, por exemplo, a ação de ressarcimento de danos e a meramente declaratória); b) ações executivas (como a de cominação de pena pela transgressão de preceito); c) ações cautelares (como a busca e apreensão).

Nota-se, assim, que, por meio da tutela civil, se pode conseguir a cessação das práticas atentatórias, a condenação à integral reparação dos prejuízos materiais e morais, bem como, eventualmente, a execução forçada (por descumprimento da condenação mencionada).

Enfim, através da tutela civil, podem ser eliminados tanto o ilícito quanto os seus efeitos, restaurando-se, totalmente, a harmonia e o equilíbrio da ordem jurídica.

3.2. A efetividade das decisões judiciais na defesa da personalidade

A efetividade das decisões judiciais na defesa da personalidade repousa sobre dois alicerces básicos: a) garantia de acesso ao Judiciário; b) obtenção de justiça real.

O acesso ao Judiciário é garantido, expressamente, pelo princípio da indeclinabilidade (Constituição Federal, art. 5.º, XXXV). Não se pode, destarte, deixar de atender a quem deduz, em juízo, uma lide respeitante a direito da personalidade e peça solução relativamente a ela.

A obtenção de justiça real é um dos impera-

tivos do processo moderno. A missão pacificadora deste, realmente, não se dá por cumprida com a prolação de decisões quaisquer. Ora, o mais elevado escopo social das atividades jurídicas do Estado é a eliminação de conflitos mediante critérios justos.¹⁸ Se o resultado do processo se atastou dos designios do direito substancial, mas foi feita pacificação com justiça, nada de mal houve.¹⁹ Uma das ferramentas que permitem ao juiz fazer justiça efetiva é a participação ativa em todas as fases do processo (por exemplo, na instrução probatória, consoante, aliás, o expressamente disposto no art. 130 do Código de Processo Civil).

Mas não é só no campo meramente teórico que se pode encontrar assegurada a efetividade das decisões judiciais na defesa da personalidade: os nossos tribunais, atentos à contínua invasão da privacidade humana, têm procurado desestimular ações violadoras detectadas em concreto, através do assentamento de firmes e justas posições – em se tratando de direitos autorais, a jurisprudência tem sido decisiva nas seguintes situações: a) contrafações; b) reimpressões clandestinas; c) modificações não-consentidas em obras entregues; d) usos posteriores não-ajustados; e) não-inclusão de nome na divulgação; f) extrapolação de limites contratuais; g) captação irregular, por terceiro, de obra comunicada; h) reprodução não-autorizada de obra publicada.

4. A tutela cautelar: âmbito da busca e apreensão

4.1. A tutela cautelar e a busca e apreensão

O processo cautelar se afasta do de conhecimento – que tende à formulação da norma jurídica concreta que deve reger determinada situação – e do de execução – por meio do qual se dá a satisfação de uma obrigação consagrada num título –, pois visa assegurar, na medida do possível, a eficácia prática de providências cognitivas ou executivas. Tem ele, assim, função meramente instrumental em relação às duas outras espécies de processo: por intermédio dele, exerce o Estado uma tutela jurisdicional mediata.²⁰

¹⁸ V. DINAMARCO, Cândido Rangel, *A Instrumentalidade do Processo*, SP, 1986, tosc. pp. 142 a 145. Pode-se sustentar, nesse passo, a existência de um escopo-síntese do processo – o escopo ético –, consistente na proteção da personalidade.

¹⁹ Idem, *ibidem*, p. 189.

²⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa, *O Novo Processo Civil Brasileiro*, Rio, 1986, p. 419, e GRECO FILHO, Vicente, *Direito Processual Civil Brasileiro*, SP, 1989, v. 3, p. 151.

A necessidade do processo cautelar resulta da possibilidade de ocorrerem situações em que a ordem jurídica seja posta em perigo iminente, quer dizer, situações em que o emprego das outras formas de atividade jurisdicional provavelmente não se mostre eficaz. Daí o caráter urgente de que se prestem as providências cautelares, cuja adoção prescinde da prévia e completa investigação da real concorrência dos pressupostos que legitimariam a tutela satisfativa; efetivamente, o órgão judicial tem que se contentar com uma averiguação superficial e provisória, devendo conceder a medida pleiteada, desde que os resultados dessa pesquisa lhe permitam formular um juízo de probabilidade acerca da existência do direito alegado – *fumus boni juri* – e chegar à convicção de que, na ausência do socorro imediato, tal direito sofreria lesão irremediável ou de difícil reparação – *periculum in mora*.²¹

É importante que se consigne que medida cautelar e processo cautelar são conceitos distintos. A medida cautelar é a providência jurisdicional protetora de um bem envolvido no processo, enquanto que o processo cautelar é a relação jurídica processual que se instaura para a concessão de medidas cautelares. O processo cautelar é o instrumento natural para a produção e o deferimento de medidas cautelares, mas nem todas as medidas cautelares são determinadas ou deferidas por meio do processo cautelar.²²

As medidas cautelares podem ser bipartidas em: a) típicas ou nominadas – com procedimento específico (Código de Processo Civil, arts. 813 a 887), ou com procedimento comum (Código de Processo Civil, art. 888); b) atípicas ou inominadas com procedimento comum e lastro no poder geral de cautela do juiz (Código de Processo Civil, art. 798; *idem*, arts. 801 a 803).

Dentre as medidas cautelares típicas, deve-se ressaltar a busca e apreensão, pelo seu alcance e pela sua eficácia. Essa medida tem notável importância no plano autoral. Além da busca e apreensão de natureza cautelar (Código de Processo Civil, arts. 839 a 843) – cabível em caso de dano iminente, virtual ou atual –, há também a ação principal de busca e apreensão,²³ pro-

ponível com supedâneo nos seguintes dispositivos da Lei n.º 5.988/73: a) artigo 69, parágrafo único – que assegura ao editor, na vigência do contrato de edição, a exigência da retirada de circulação de edição da mesma obra, feita por outrem; b) artigo 112 – que outorga ao autor de obra literária, artística ou científica o direito de apreender os exemplares que forem impressos sem a sua permissão; c) artigo 123 – que autoriza o autor a apreender exemplares reproduzidos fraudulentamente, sem prejuízo do direito à indenização de perdas e danos. Nos dois últimos casos, é clara a natureza satisfativa das demandas, que não dependem de outra ação principal e que dispensam, aliás, a invocação de *periculum in mora*.²⁴

Por fim, no que diz respeito ao poder geral de cautela, admitem-se, com base nele, mandados liminares e decisões comissivas ou omissivas, consistentes na imposição provisória de um fazer ou de um não-fazer em ação cautelar inominada. Citem-se, a título de ilustração, aplicações práticas do exposto: a) pode-se coibir, cautelarmente, o emprego abusivo de firmar por terceiro, ou por sócio ou dirigente desprovido do respectivo direito de uso, ou de uso exclusivo quando o contrato determiná-lo em conjunto – a legitimação, aqui, pertence a qualquer sócio e à própria sociedade; b) quando, apesar da fiscalização preventiva dos registros públicos, se verificar a homonímia de pessoas jurídicas, civis ou comerciais, na mesma circunscrição, a mais antiga possui ação para anular o registro e para compelir a outra a mudar de nome, assistindo-lhe, igualmente, contra esta, cautela preventiva proibitória do uso da denominação; c) entre pessoas físicas, é facultado ao homônimo impedir cautelarmente o outro de lhe usurpar a identidade, podendo, aliás, qualquer pessoa fazê-lo contra quem tente praticar ou pratique esse ilícito penal; d) se a proteção ao decoro público não puder realizar-se por ato direto da autoridade, esta possui legitimação para pedir ao Judiciário a providência cautelar adequada.²⁵

4.2. *Como a busca e apreensão civil se distingue da penal*

A jurisprudência²⁶ e a doutrina²⁷ assenta-

²¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa, *op. cit.*, pp. 419 e 420, e GRECO FILHO, Vicente, *op. cit.*, pp. 153 e 154.

²² V. GRECO FILHO, Vicente, *op. cit.*, p. 152.

²³ Aqui, a busca e apreensão pode constituir objeto de ação principal, em processo de conhecimento. Como se percebe, a expressão “busca e apreensão” é equívoca na linguagem jurídica.

²⁴ OLIVEIRA, Carlos A. A. de, e LACERDA, Galeno, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Rio, 1988, VIII v., t. II, pp. 258, 259, 279 e 280.

²⁵ V. LACERDA, Galeno, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Rio, 1980, VIII v., t. I, pp. 200 e 204.

²⁶ RT 460/349 e 351, 470/369, 474/330, 481/221 e 487/310.

²⁷ V. OLIVEIRA, Carlos A. A. de, e LACERDA,

ram que a apreensão no juízo criminal (Código de Processo Penal, art. 240, parágrafo único), em se tratando de coisas, objetos ou documentos, se destina apenas à consecução do laudo pericial (formação do corpo de delito) e, por isso, não se estende a todo o estoque e a documentos fiscais pertencentes à parte.

No plano civil, ao contrário, a apreensão pode servir à plena cessação da prática ilícita. Assim, em virtude da força de obstar a sequência do ilícito, tolhendo-lhe os efeitos e permitindo a delimitação do dano havido, a medida compreende todos os bens relacionados com a prática ilícita, como tranqüilamente ora se reconhece.

4.3. *Processamento no juízo cível*

A petição inicial deverá conter os requisitos do artigo 801 do Código de Processo Civil. As razões justificativas de medidas correspondem à exposição sumária do direito ameaçado e do receio da lesão.

Além disso, é indispensável que o autor exponha as razões da ciência de estar a coisa no lugar designado (Código de Processo Civil, art. 840). Não há necessidade, porém, de que faça prova inicial a respeito, bastando as razões que servirão ao convencimento do juiz. Ao dispensar a prova, o Código mostrou-se bastante prudente, pois, muitas vezes, é difícil – ou até mesmo impossível – a demonstração.²⁸

Se a diligência de busca e apreensão é infrutífera, por não serem encontradas em poder do réu as coisas procuradas – e não é demonstrada a circunstância durante a instrução o pedido cautelar deve ser julgado improcedente.²⁹

A indicação da casa ou do lugar em que se deve efetuar a diligência, a descrição da coisa procurada e o destino a se lhe dar – enunciações que devem constar do mandado de busca (Código de Processo Civil, art. 841, I e II) – *convém estarem, desde logo, na petição inicial*. Verificando o juiz que a inicial não preenche os requisitos exigidos pelos artigos 801 a 840, segunda parte, do Código de Processo Civil, determinará ao autor que a emende, ou a complete, no prazo de 10 dias, sob pena de indeferimento (Código de Processo Civil, art. 284).

O procedimento atenderá ao disposto nos artigos 802 e 803 do mencionado diploma legal.

No que se refere à justificação prévia (Código de Processo Civil, art. 841), serve ela à con-

Galeno, op. cit., p. 280.

²⁸ Idem, ibidem, p. 274.

²⁹ RT 542/52.

cessão liminar da cautela, quando não provados documentalmente, com a inicial, os fundamentos jurídicos da medida. Ouase sempre é indispensável que seja realizada em segredo de justiça, para que não haja a retirada da coisa do local em que se encontre.

Em certos casos, o convencimento do juiz, *para a concessão de liminar depende do conhecimento de questões de natureza técnica*. É o que ocorre em se tratando de direito autoral ou direito conexo do artista, intérprete ou executante, de produtores de fonogramas e de organismos de radiodifusão. Em tais hipóteses, não sendo a inicial instruída com laudo ou parecer técnico que permita ao juiz deferir o pedido liminar, deve ele determinar, como medida de prudência, a realização de justificação prévia, para, em audiência, ouvir o parecer técnico das testemunhas que o autor indicar, ou de perito de confiança.

Convencido, o juiz determinará a expedição de mandado de busca e apreensão, que deverá conter as indicações necessárias ao êxito da diligência (Código de Processo Civil, art. 841, I a III).

É de rigor, pois, a indicação da casa ou do lugar em que deva efetuar-se a diligência; da mesma forma, a descrição individualizada do objeto ou da coisa.

Relativamente à diligência de busca e apreensão, o Código procura cercá-la de cuidados especiais (art. 842). Em se tratando de direito autoral ou de direito conexo do artista, intérprete ou executante, de produtores de fonogramas e de organismos de radiodifusão, existe norma especial para o cumprimento da diligência (Código de Processo Civil, art. 842, § 3.^o): designará o juiz, para acompanharem os oficiais de justiça, dois peritos, aos quais caberá confirmar a ocorrência da violação, antes de ser efetivada a apreensão. A tarefa dos peritos, de natureza, consistirá apenas em confirmar, ou não, a ocorrência da violação, antes de cumprida a diligência. Evita-se, dessa forma, que, juntamente com obras contrafeitas, se apreendam outras sem este caráter.³⁰

Por fim, encerrada a diligência, lavrarão os oficiais de justiça auto circunstanciado – com a

³⁰ OLIVEIRA, Carlos A. A. de, e LACERDA, Galeno, op. cit., p. 281.

Deve-se asseverar, aqui, que a exigência pode ser suprida mediante parecer de especialista, ou laudo próprio.

narração fiel da história da diligência, inclusive dos seus acidentes e incidentes –, o qual deverá ser assinado pelas testemunhas (Código de Processo Civil, art. 843).

5. A reparação de danos como medida de maior alcance

3.1. A realização dos interesses lesados como finalidade precípua

O objetivo precípua da ação de reparação de danos é a realização dos interesses lesados – restauração do equilíbrio rompido com a lesão sofrida pelo direito personalíssimo.³¹ Em concreto, visa tal ação ao pagamento de soma em dinheiro. Em seu contexto, não se incluem, pois, providências tendentes à execução da obrigação (como, e.g., o desagravo público para lesões à reputação, a realização de espetáculo por artista que faltou à data inicialmente designada, etc. – situações em que ocorre a denominada execução em espécie, ou *in natura*).

Como se vê, a ação de ressarcimento é fórmula jurídica de compensação ao lesado, transferindo ao agente o ônus da satisfação – ou sucedâneo – pelo prejuízo suportado, para o réu se reveste de caráter sancionatório.³²

5.2. A reparabilidade de danos como medida de maior alcance

No campo da tutela dos direitos da personalidade, a medida de maior alcance é, indubitavelmente, a ação de reparação de danos, conclusão a que se chega a partir da análise acurada de todo o instrumental de defesa de que dispõe o lesado.

As esferas administrativa e penal têm alcance limitado. Ora, a primeira só pode ser acionada se devidamente aparelhada, ou seja, quando disponha de mecanismos de reação próprios para a defesa do direito personalíssimo violado. Ademais, mesmo que a esfera administrativa seja dotada de meios próprios de reação, o lesado não está jungido a ela, tendo a faculdade de não acioná-la e de pedir, diretamente, a tutela jurisdicional, por causa do princípio constitucional da indeclinabilidade da jurisdição. Quanto à esfera penal, ela só pode ser acionada no caso de a conduta do lesante ser considerada penalmente ilícita, o que ocorre apenas quando há a subsunção da conduta em norma jurídica específica, em virtude do princípio da tipici-

dade (ou da reserva legal).

Outrossim, tomados *individualmente* os vários remédios oferecidos pela esfera civil, percebe-se que nenhum deles tem o alcance da ação de ressarcimento. As ações cautelares limitavam-se a paralisar, no tempo, uma situação de fato, ou de direito, com vistas a permitir futuro pronunciamento jurisdicional definitivo a respeito dela. A busca e apreensão civil – que difere, conforme o já exposto, da penal – circunscreve-se à cessação da prática ilícita. A ação de cominação de pena pela transgressão de preceito, que nada mais é do que ação executiva de obrigação de fazer ou de não-fazer, visa apenas à satisfação de um direito de crédito já reconhecido pela sentença condenatória na qual se lastreia – e da qual consta a penalidade.³³ A ação declaratória restringe-se à afirmação – ou à negação – da existência de relação jurídica. As ações possessórias, por fim, são cabíveis somente em hipóteses específicas (por exemplo, na de agressão ao aspecto patrimonial dos direitos autorais).

Enfim, os instrumentos analisados limitam-se a esta ou aquela hipótese particular, ou estão ligados a situações legitimadoras bem definidas, ou estão sujeitos a determinadas condições bastante específicas, ou, ainda, têm alcance restrito. A ação de reparação, ao contrário, permite a plena restauração do equilíbrio rompido com a lesão sofrida. Elimina, pois, todos os efeitos da conduta ilícita, representados pelos danos patrimoniais e morais suportados pelo lesado.³⁴ Por outro lado, a estrutura judicial brasileira é completa; não há que se cogitar, pois, de existência, ou não, de mecanismos jurisdicionais próprios de reação. Tampouco se deve falar em prévio esgotamento da via administrativa – quando possível esta – como requisito da propositura da ação reparatória. Esta é defi-

³¹ A pena pecuniária deve fazer parte do pedido inicial do autor na ação de conhecimento. A execução não poderá acolher pedido suplementar ou aditivo, ao ser intentada; se tiver havido omissão na inicial, não mais poderá ser pedida nem concedida a pena no processo de execução, mesmo havendo atraso (cf. MENDONÇA LIMA, Alcides de, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Rio, 1987, VI v., pp. 734, 740 e 742).

³⁴ Entende-se, hodiernamente, que a satisfação do lesado deve ser plena, apagando todos os rastros deixados pelo ilícito (v. SILVA PEREIRA, Caio Mário da, *Responsabilidade Civil*, Rio, 1989, p. 332, e RODRIGUES, Sílvio, *Direito Civil*, SP, 1977, v. 4, p. 191).

³¹ GOMES, Orlando, *Obrigações*, Rio, 1976, p. 315.

³² BITTAR, Carlos Alberto, *Responsabilidade Civil – Teoria & Prática*, Rio, 1989, p. 51

nitiva: nela, o pronunciamento judicial de mérito faz coisa julgada material, o que impede a repropósito da demanda (Código de Processo Civil, arts. 269, I, 467 e 468). Ademais, ela é condenatória:³⁵ com o trânsito em julgado, a sentença nela proferida torna-se título executivo judicial, dando base, pois, à execução definitiva³⁶ (Código de Processo Civil, arts. 583, I, e 587, I.ª parte). Por fim, cabe a ação em tela sempre que presentes seus pressupostos, não se restringindo a hipóteses específicas nem partindo da subsunção da conduta indevida em um determinado tipo legal.

5.3. Principais questões discutidas na prática

5.3.1. Âmbito da ação

Por meio da ação em apreço, o titular do direito violado pode buscar, em juízo, a realização dos interesses lesados.

Constitui tal ação mecanismos de defesa que a ordem jurídica proporciona ao lesado com vistas à restauração do equilíbrio em sua posição jurídica, afetada pelo dano sofrido.³⁷

Visa à reparação dos prejuízos acarretados ao lesado, permitindo a reconstituição, às custas do ofensor, da situação daquele.

Nasce o direito ao ressarcimento com a caracterização da responsabilidade civil do agente, diante de práticas lesivas aos direitos em questão.

5.3.2. Formulação do pedido

O pedido deve ser formulado com a definição da indenização pretendida, mas também são admitidos pleitos de caráter geral, quando não é possível determinar, de modo definitivo, as consequências do ato ou fato ilícito (Código de Processo Civil, art. 286, II). O pedido, nesse caso, será formulado no sentido da condenação do réu ao ressarcimento dos danos que vierem a ser apurados na execução, se ao autor não parecer conveniente aguardar o momento em que eles sejam conhecidos em sua extensão e em seu valor. Quanto à impossibilidade de determinação definitiva, não precisa ela ser provada

pelo autor, bastando-lhe alegá-la na inicial para ser admitido seu pedido; aliás, nada impede o autor de, no curso da instrução da causa, fazer prova cabal da extensão e do valor dos danos, obtendo, assim, sentença líquida.³⁸

5.3.3. Indenizabilidade de danos morais

São morais os danos a atributos valorativos (virtudes) da pessoa como ente social, ou seja, integrada à sociedade^{39,40} (como, v.g., a honra, a reputação e as manifestações do intelecto). Distinguem-se destes os danos pessoais – relativos a componentes extrínsecos (físicos) da personalidade, tais como as lesões ao corpo, ou a parte deste, ou a elementos intrínsecos da personalidade (psiquismo), como a liberdade, a imagem e a intimidade – e os danos patrimoniais – prejuízos de cunho econômico causados por violações a bens materiais (corpóreos) e a direitos (incorpóreos) que compõem o acervo da pessoa.⁴¹

Além de tal classificação, outra de cunho mais amplo existe: a) danos patrimoniais – os que repercutem no complexo pecuniário do titular, b) danos extrapatrimoniais ou morais – os que se esgotam na esfera pessoal, pois despidos de conteúdo econômico.⁴²

É ressarcível o dano moral? A doutrina majoritária atual entende que sim,⁴³ superando, pois, os seguintes argumentos: a) a dor não admite compensação pecuniária; b) não se trata de avaliação do dano moral. A bem da pureza e do rigor terminológico, não se trata propriamente de ressarcimento, mas de compensação. De qualquer maneira, esta apresenta dupla função: a) expiação para o culpado; b) satisfação para a vítima.

A tese da indenizabilidade – ou, mais corre-

³⁸ V. PASSOS, J. J. Calmon de, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Rio, 1989, v. III, pp. 217 e 218.

³⁹ RF 277/238.

⁴⁰ Além da pessoa física, também a jurídica pode sofrer dano moral, visto como tem todos os direitos morais compatíveis com sua estrutura (a honra objetiva, por exemplo).

⁴¹ BITTAR, Carlos Alberto, op. cit., pp. 16 e 17.

⁴² GOMES, Orlando, *Obrigações*, cit., pp. 332 e 334.

⁴³ Idem, ibidem, p. 333. O próprio BEVILÁQUA, Clóvis, já sustentou a indenizabilidade dos danos morais, ao interpretar o art. 76 do Código Civil (in *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, Rio, 1976, ed. histórica, v. I, p. 321).

³⁵ V. SILVA PEREIRA, Caio Mário da, op. cit., p. 349.

³⁶ Em outras palavras, a ação reparatória tende a uma sentença que afirma a existência do direito e a sua violação e que aplica a sanção processual (cf. Cintra-Grinover-Dinamarco, op. cit., p. 272).

³⁷ DINIZ, Maria Helena, *Curso de Direito Civil Brasileiro*, SP, 1984, v. 7, p. 100.

tamente, da compensação – dos danos morais também recebe a devida acolhida na jurisprudência,⁴⁴ sendo absolutamente irrefutável hoje, diante do disposto na Constituição Federal (art. 5.º, V e X).

5.3.4. *Cumulatividade entre danos morais e patrimoniais*

São cumuláveis os pedidos de indenização por danos patrimoniais e morais sempre que resultem do mesmo ato; deve-se frisar, aqui, que os primeiros se revestem de caráter ressarcitório, enquanto que os segundos, de natureza reparatória; assim, quanto a estes, devem-se adotar fórmulas que possam inibir novas práticas atentatórias.⁴⁵

5.3.5. *Prova do dano*

A indenização deve corresponder ao prejuízo sofrido pelo lesado. Daí a necessidade de comprovação, em concreto, dos elementos definidores da extensão dos danos havidos – o que se faz mediante todos os meios legais ou moralmente legítimos (Código de Processo Civil, art. 332) –, a fim de que sejam levados em conta na fixação do valor a pagar (assim, e.g., em dano a pessoa, faz-se mister que sejam demonstrados os componentes morais – presumidos no dano de caráter puro, como na morte – ou patrimoniais atingidos; em dano contra empresa que cause queda de movimento, a demonstração deve alcançar a análise de sua contabilidade, do volume normal de vendas, do potencial do mercado no momento, etc.).

5.3.6. *Determinação da reparação devida*

A satisfação dos interesses do lesado pode dar-se através da reposição das coisas no estado anterior (*restitutio in integrum*), ou da conversão da obrigação em dívida de valor (Código Civil, art. 1.534) – como na hipótese de dano moral.

Na reposição natural, em que assumem relevo o interesse do lesado e a natureza do bem violado, reconduzem-se as partes ao estado anterior. Em havendo lesões a elementos morais da personalidade (reputação, honra, etc.), é pela retratação que, mais frequentemente, se

pode obter a reposição *in natura* (v. Lei n.º 5.250/67, art. 53, III, e Código Penal, art. 143).

Muito mais comum, porém, é a atribuição de soma de dinheiro como indenização, ou seja, a conversão da obrigação em pagamento de pecúnia.

Na seara da determinação da reparação devida, todas as preocupações devem voltar-se para a satisfação do interesse da vítima, que não pode sofrer nenhuma diminuição em seu *status* pessoal ou patrimonial. Assim, sempre se deve fazer com que o lesado volte à posição em que se encontrava quando sofreu o dano, ou com que se lhe confira a necessária compensação, quando não realizável *in natura*. Como se vê, o valor da indenização depende da verificação de cada caso particular. Devem-se analisar as circunstâncias do caso, com lastro na prova produzida, para que se fixe, em concreto, a indenização devida.

Devem-se apurar a extensão e a proporção do dano, imputando-se o respectivo resultado ao agente, para que suporte, em seu patrimônio, as conseqüências.

5.3.7. *Fixação do “quantum”*

A fixação do *quantum* está relacionada com o momento da consumação do fato, respeitadas, contudo, as projeções do dano para o futuro. Nas dívidas de valor, deve-se proceder à estimação do dano no momento da liquidação, a fim de que a condenação possa acompanhar o poder aquisitivo da moeda.

Nossa legislação define alguns parâmetros para o cálculo do valor da indenização, prevenindo critérios gerais: as “perdas e danos” (Código Civil, arts. 1.059 e ss.) – verbas relativas ao dano emergente (prejuízo efetivo, como, v.g., a lesão física e a ofensa a atributo moral) e aos lucros cessantes (ingressos que a vítima deixou de realizar, como, e.g., a remuneração que não foi percebida).

Outrossim, nosso ordenamento acolhe critérios específicos, em determinadas hipóteses (Código Civil, arts. 1.537 e ss.). No caso de lesão à integridade corporal de mulher solteira, ou de viúva ainda capaz de casar, de que resulte alcição ou deformidade, a indenização consiste em um dote fixado de acordo com as posses do ofensor, as circunstâncias da lesada e a gravidade do defeito (Código Civil, art. 1.538, § 2.º).

Inexistindo parâmetros legais para a indenização, a regra é a definição dela por arbitramento (Código Civil, art. 1.533). Aqui, tem papel fundamental a perícia, que deve ser realizada por

⁴⁴ RT 580/152, 616/195, 605/194 e 600/66; RTJ 109/475; Súmula 491 do STF; decisão do STJ no recurso especial 7.550 – São Paulo (91.0001018-9) a qual, em sua ementa, consigna que a Lei n.º 5.988/73 veda a utilização de obra artística ou intelectual em prejuízo do respeito ao seu autor, ensejando a reparação do dano causado.

⁴⁵ V. BILIAK, Carlos Alberto, op. cit., p.90.

técnicos ou profissionais especializados na matéria – destarte, em debate sobre *software*, deve estar presente perito especializado em informática: sobre obra arquitetônica, o arquiteto, etc.).

No que tange, especificamente, à satisfação de interesses morais, a gravidade da infração e as circunstâncias do caso é que oferecem os elementos necessários para a sua dosagem e a fixação do *quantum* devido;⁴⁶ aliás, deve-se levar em conta, sempre, que o valor final da indenização tem que ser de tal monta que eventual prática futura da lesão reste desestimulada. Uma técnica possível é a do *quantum* fixo.⁴⁷

5.3.8. Atribuição de poderes ao juiz

A quantificação da indenização devida – que cabe ao juiz, com lastro nas condições fáticas do caso concreto – é o momento culminante da ação ressarcitória, exigindo do intérprete ou aplicador da lei, de um lado, prudência e equilíbrio, mas, de outro, rigor e firmeza.

Para tal missão, que deve ser desempenhada com o auxílio de peritos, cumpre ao julgador avaliar, com cuidado, a prova produzida e os fatores objetivos e subjetivos que, em concreto, possam interferir na determinação do valor, o qual deve satisfazer aos interesses do lesado e sancionar o agente.

O princípio básico nesta matéria é o da liberdade de apreciação do juiz, que, salvo quanto às balizas expostas, deve decidir a lide com lastro em suas convicções.⁴⁸

5.3.9. Tarifamento e responsabilidade

No que diz respeito aos danos à pessoa – letais ou físicos –, existem, em nosso sistema, tabelas elaboradas com base em estudos estatísticos que levam em conta, principalmente, a parte atingida (assim, por exemplo, as tabelas previstas para acidentes do trabalho).

É a chamada responsabilidade tarifada, que

enseja a liquidação legal do dano, em que o legislador é quem fixa os critérios, as fórmulas e os meios de concretização do pagamento da indenização. Aqui, como se vê, os *contornos da indenização é pela lei que são definidos*.

Além do tarifamento legal, há também o “tarifamento contratual”, que se dá por meio da previsão da cláusula penal, que é verdadeira predeterminação, pelas partes, de todos os eventuais prejuízos futuros, inclusive dos de natureza extrapatrimonial.⁴⁹

5.3.10. Legitimidade para a propositura da ação “post mortem”

Conforme já foi dito acima (item 1.1), os direitos da personalidade se extinguem, normalmente, com a exalação do último sopro vital. Excepcionalmente, porém, subsistem após a morte da pessoa, ensejando, em havendo compatibilidade lógica e substrato fático, a propositura da ação de ressarcimento. Têm legitimidade ativa, aqui, os herdeiros do *de cuius*. Exemplificativamente, citem-se duas hipóteses justificadoras da ação reparatória *post mortem*: a) lesão, através da imprensa, do direito à honra;⁵⁰ b) violação dos direitos de paternidade inédita, integridade e indicação do nome sobre criações intelectuais estéticas (v. Lei n.º 5.988/73, art. 25, § 1.º).

6. Observações finais

O fantástico progresso tecnológico de nossos dias, já apontado por Milton Fernandes,⁵¹ vai tornando cada vez mais aguda a necessidade de proteção a certos interesses e valores atinentes à personalidade e ao poder criador do homem, ameaçados, efetivamente, pelo incessante aperfeiçoamento e pela rápida difusão de instrumentos e de métodos de coleta, armazenamento e transmissão de dados.⁵²

Passam a ocupar o proscênio das atividades empresariais, destarte, os mecanismos de tutela dos direitos da personalidade, que se

⁴⁶ DINIZ, Maria Helena, op. cit., v. 7, p. 104.

⁴⁷ Julgamento proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro na Apelação Cível de n.º 3.059/91 (19-11-91).

⁴⁸ V. BITTAR, Carlos Alberto, “Tutela Jurídica dos Direitos da Personalidade e dos Direitos Autorais”, in *Tutela dos Direitos da Personalidade e dos Direitos Autorais nas Atividades Empresariais*, SP, 1993, pp. 28 e ss., bem como MOREIRA, José Carlos Barbosa, *Temas de Direito Processual (1.ª Série)*, SP, 1988, p. 11, e *Temas de Direito Processual (4.ª Série)*, SP, 1989, p. 46.

⁴⁹ DINIZ, Maria Helena, op. cit., v. 7, p. 103.

⁵⁰ V. o acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro proferido na Apelação Cível de n.º 34.215, cuja ementa é a seguinte: “Dano moral. É indenizável e cabível em caso de dramatização de biografia de pessoa viva ou morta, transmitida por rádio ou televisão, com detalhes injuriosos e difamadores da pessoa. Indenização confiada ao arbítrio do juiz.”

⁵¹ *Proteção Civil da Intimidade*, SP, 1977, p. 199.

⁵² V. MOREIRA, José Carlos Barbosa, “Processo Civil e Direito à Preservação da Intimidade”, in *Temas de Direito Processual (2.ª Série)*, SP, 1980, p. 3.

espraíam por três campos: o administrativo, o civil e o penal, e cuja tarefa é, como se pode perceber, imensa e absolutamente fundamental para a preservação dos valores neles insitos.

Pode-se, assim, afirmar que é através dos mecanismos de proteção estudados que o ordenamento jurídico mostra sua efetividade, ou seja, sua capacidade de propiciar àquele que tem razão, em consonância com a fórmula mais do que consagrada do imenso Chiovenda,⁵³ *tutto quello e proprio quello ch'egli ha diritto di conseguire*.

Bibliografia

- ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*, Rio, Freitas Bastos, 1967, v. I.
- BEVILÁQUA, Clávis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, Rio, Ed. Rio, 1976, v. I.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Os Direitos da Personalidade*, Rio, Forense Universitária, 1989.
- . Tutela Administrativa Repressiva a Violações aos Direitos Autorais”, in *A Tutela Jurídica do Direito de Autor*, SP, Saraiva, 1991 (coordenação de Georges N. Nazo).
- . *Direitos Reais*, Rio, Forense Universitária, 1991.

⁵³ “Dell’azione nascente dal contratto preliminare”, in *Saggi di Diritto Processuale Civile*, Roma, 1930, p. 110. Aliás, sobre a efetividade do processo, v. a espetacular obra *L’Effectivité des Décisions de Justice*, vários autores (iniciativa da “Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française”), Paris, 1985. Aproveitando-se o ensejo, registre-se, aqui, uma sugestão que deveria ser acatada pelo legislador ao menos em algumas hipóteses (como na de pessoa que sabe que uma determinada empresa está na iminência de utilizar-se de foto sua, tirada sem autorização, em campanha publicitária, ou em publicação de revista), a fim de que o processo pudesse alcançar plena eficácia, evitando a violação de direitos da personalidade (os únicos realmente absolutos): a adoção do embargo extrajudicial, nos moldes do previsto no procedimento da ação de nunciação de obra nova — *Código de Processo Civil*, art. 925 (v., sobre o embargo, as argutas e precisas lições de Adroaldo Furtado Fabricio, in *Comentários ao Código de Processo Civil*, Rio, 1988, v. III, t. III, pp. 488 e ss.). Foi fim, menciono-se, a título de complementação, que os direitos da personalidade são regulados sistematicamente pelo Projeto de Código Civil (arts. 11 a 20) e pelo Código Civil português (arts. 70 a 81).

———. *Direito de Autor*, Rio, Forense Universitária, 1992.

———. *Responsabilidade Civil — Teoria & Prática*, Rio, Forense Universitária, 1989.

BITTAR FILHO, Carlos Alberto. “Tutela Jurídica dos Direitos da Personalidade e dos Direitos Autorais”, in *Tutela dos Direitos da Personalidade e dos Direitos Autorais nas Atividades Empresariais*, SP, RT, 1993.

CHAVES, Antonio. *Direito à Vida e ao próprio Corpo*, SP, RT, 1986.

CHINELATO E ALMEIDA, Simara Juny de Abreu. *Tutela Civil do Nascimento*, 1983, tese.

CHIOVENDA, Giuseppe. “Dell’azione nascente dal contratto preliminare”, in *Saggi di Diritto Processuale Civile*, Roma, 1930.

CORREIA, Alexandre e SCIASCIA, Gaetano. *Manual de Direito Romano*, SP, RT, 1988.

DE CUPIS, Adriano. *Os Direitos da Personalidade*, trad., Lisboa, Livraria Maria Ed., 1961.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*, SP, 1986, tese.

———. *Execução Civil*, SP, RT, 1973.

———. *A Execução na Teoria Geral do Direito Processual Civil*, 1972, tese.

———. *Et al. Teoria Geral do Processo*, SP, DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, SP, Saraiva, 1984, v. 7.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Rio, Forense, 1988, v. VIII, t. III.

FARIA, Anacleto de Oliveira. *Instituição de Direito*, SP, RT, 1975.

FERNANDES, Milton. *Proteção Civil da Intimidade*, SP, Saraiva, 1988.

FRANÇA, Rubens Limongi. *Instituições de Direito Civil*, SP, Saraiva, 1988.

———. *Manual de Direito*, SP, RT, 1975, v. I.

GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*, SP, Max Limonad, 1959, v. I, t. I.

GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*, Rio, Forense, 1977.

———. *Obrigações*, Rio, Forense, 1976.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*, SP, Saraiva, 1989.

LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Rio, Forense, 1980, v. III, t. I, e OLIVEIRA, Carlos A. A. de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Rio, Forense, 1988, v. VIII, t. II.

LIMA, Alcides de Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Rio, Forense, 1987.

- LINDON, Raymond. *Les Droits de la Personnalité*. Paris, Dalloz, 1974.
- LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil*, Rio, Freitas Bastos, 1962, v. I.
- MARANHÃO, Ramos. *Curso Básico de Medicina Legal*. SP, RT, 1990.
- MESSINEO, Francisco. *Manuale di Diritto Civile e Commerciale*, Milão, Giuffrè, 1952, v. II.
- MORAES, Walter. "Direito à própria Imagem", in: *Enciclopédia Saraiva do Direito* (Coordenação de Rubens Limongi França). SP, Saraiva, 1977, v. 25.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. Rio Forense, 1986.
- . *Temas de Direito Processual* (Primeira Série), SP, Saraiva, 1988.
- . *Temas de Direito Processual* (Segunda Série), SP, Saraiva, 1989.
- . *Temas de Direito Processual* (Quarta Série), SP, Saraiva, 1989.
- NORONHA, E. Magalhães. *Curso de Direito Processual Penal*, SP, Saraiva, 1990.
- PASSOS, J. J. Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Rio, Forense, 1989, v. III.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Rio, Forense, 1980, v. I.
- . *Responsabilidade Civil*, Rio, Forense, 1980, v. I.
- . *Responsabilidade Civil*, Rio, Forense, 1989.
- PERLINGIERI, Pietro. *La-Personalità Umana nell'ordinamento Giuridico*, Camerino, Jovene, 1972.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*, SP, Saraiva, 1977.
- SANTOS, J. M. Carvalho. *Código Civil Brasileiro Interpretado*. Rio, Freitas Bastos, 1963, v. III.
- TOBEÑAS, José Castán. *Los Derechos de La Personalidad*. Madrid, Instituto Editorial Reus, 1952.
- VÁRIOS AUTORES. *L'Effectivité des Décisions de Justice*. Paris, Economica, 1985.

A vontade na formação dos contratos e nas manifestações unilaterais

LUIZ ANTONIO SOARES HENTZ

SUMÁRIO

1. O problema da vontade nos negócios jurídicos. 2. As razões determinantes do negócio jurídico e a interpretação da vontade. 3. A confiança como elemento de vinculação moral; a teoria da confiança. 4. A solução dos tribunais brasileiros para o problema. 5. Conclusões.

1. O problema da vontade nos negócios jurídicos

A questão da vontade como fonte geradora do negócio jurídico mereceu ponderações por parte dos grandes juristas deste século. A solução do tormentoso problema sempre esbarrou em oposições, pois, segundo alguns, não se pode atribuir efeitos à vontade enquanto atitude meramente psíquica, nem tampouco, para outros, pode ser fonte de obrigações senão quando o manifestante tem a consciência de que os seus atos estão entrando no mundo jurídico, com os efeitos jurídicos tais¹. O interesse do debate não é apenas acadêmico; a interpretação da vontade torna-se trabalho tormentoso quando colocada em discussão, às vezes trazendo como consequência a negação do próprio negócio jurídico de cujos efeitos se cogita.

No campo da teoria duas são as vertentes que cuidam de situar o debate para a solução dos conflitos: ambas colocam lado a lado a vontade e a declaração que dela se originou, e uma privilegia a vontade enquanto a outra, a decla-

Luiz Antonio Soares Hentz é Juiz de Direito no Estado de São Paulo, Mestre em Direito Público e Professor da FIDSS da UNESP

¹ De Pontes de Miranda a colocação, a partir da doutrina desenvolvida na Alemanha acerca da vinculação jurídica da vontade (*rechtliche Bindung*); a respeito, *Negócio Jurídico e Vontade*, § 252 do *Tratado de Direito Privado*, v. III

ração². Sabe-se que a doutrina nunca se deu por satisfeita com as soluções conciliatórias, como as que derivam da adoção de qualquer das teorias; daí a pertinente discussão que encontra amplo respaldo nos autores italianos, como Emilio Betti, que apregoa a vigência de "um auto-regulamento de interesses, que se realiza na vida social por iniciativa espontânea dos próprios sujeitos que deles são os gestores"³. Segundo o catedrático da Universidade de Roma, a iniciativa privada tem toda a liberdade de procurar qualquer interesse socialmente apreciável, de natureza tal a poder pedir e merecer a tutela jurídica, segundo o ponto de vista geral da consciência social, tal como ele se reflete no ordenamento.

Nesse sentido, a lei desempenharia sempre a função de limitar e orientar a autonomia privada, reconhecendo e enquadrando as funções econômico-sociais dignas de proteção.

Ocorre entre nós que o legislador brasileiro de 1916 colocou no texto do Código Civil dispositivos que, longe de preservar o interesse público evitando a formação de litígios, impôs discussão que se envereda por caminhos insondáveis pelo direito ao privilegiar, nos artigos 85 e 1.666, a intenção dos contratantes em prejuízo do sentido literal da linguagem. Pontes de Miranda assestou as baterias contra o entendimento que o direito positivo quis consagrar e acenou com o problema da vinculação jurídica da vontade, anotando a existência de limites inspirados por intuito político de proteger a debilidade de algumas pessoas e contingências de alguém ser submetido a vontade de outrem⁴.

O mesmo enfoque foi tísado por Carlos Maximiliano, nesses termos: "A intenção, enquanto íntima, individual, recôndita, a ninguém obriga nem aproveita juridicamente; para atingir o seu fim social, ter eficiência, converter o desejo em fato, interessar à coletividade, precisa ser exteriorizada, publicada, declarada; e ainda não basta; a vontade conhecida, manifesta, não prevalece desde que se contraponha à justiça e ao interesse geral"⁵.

A atuação jurídica da vontade privada, quer

² São as tradicionais teorias subjetiva e objetiva, cujas linhas básicas são descritas nos manuais de direito; para melhor conhecimento, v. RAO, Vicente, *Ato Jurídico*, p. 185.

³ Conf. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*, p. 233.

⁴ Ob. cit., § 253.

⁵ Conf. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Ed. Forense, 9.ª ed., 1964, p. 406.

por intermédio dos contratos quer das manifestações unilaterais de vontade, não se limita à esfera pessoal do signatário, atingindo, de fato, outros sujeitos de direito. O que se quer mostrar, portanto, é fruto da necessidade de firmar comportamento mais consentâneo com os interesses maiores da sociedade, que já não se satisfaz singelamente com a autonomia privada que a lei quis preservar. Há de ser considerado, então, o problema sob o prisma dos interesses públicos em jogo, dando-se à norma sentido apropriado a esse enfoque.

2. As razões determinantes do negócio jurídico e a interpretação da vontade

É na solução dos litígios propostos ao Judiciário que emergem as dificuldades, porque — disse com propriedade Caio Mário da Silva Pereira⁶ — não basta ao julgador fixar os elementos materiais externos do negócio jurídico para a solução do problema hermenêutico; "e, por outro lado, não pode entrar no âmago da consciência do agente para buscar a expressão íntima da vontade"

Em verdade, a declaração de vontade é o ponto de partida, apenas, devendo-se buscar os efeitos jurídicos não no desejo subjetivo, porque este nem sempre coincide com a produção das consequências jurídicas do negócio, mas na determinação do agente.

Continua Caio Mário: na pesquisa das razões determinantes do negócio jurídico é necessário que se faça uma distinção básica, que consiste em destacar a causa do ato, dos motivos que levaram o agente a praticá-lo. Deve-se deter apenas na investigação da causa propriamente dita, que se caracteriza na última das razões determinantes do ato. Na caracterização da causa, portanto, é preciso expurgá-la do que sejam meros motivos, e isolar o que constitui a razão jurídica do fenômeno, para abandonar aqueles e atentar nesta. Na causa há, pois, um fim econômico ou social reconhecido e garantido pelo direito, uma finalidade objetiva e determinante do negócio que o agente busca além da realização do ato em si mesmo. Como esse fim se vincula ao elemento psíquico motivador da declaração de vontade, pode ser caracterizado, sob outro aspecto, como a intenção dirigida no sentido de realizar a consequência jurídica do negócio.

Nem se discute que a autodeterminação é

⁶ Instituições de Direito Civil, v. 1, *Teoria Geral de Direito Civil*, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1980, 5.ª ed., p. 430.

uma das capacidades fundamentais do homem; um exemplo de atuação desta capacidade é a possibilidade de celebrar contratos e de regular por eles suas relações jurídicas. Karl Larenz diz que as partes reciprocamente consideradas vinculam-se porque cada um confia no que o outro promete: "Puesto que el contrato sólo vale cuando ambos contratantes consienten y por tanto sus declaraciones coinciden en su contenido. la vinculación de cada contratante al contrato descansa en su propia voluntad, en su autodeterminación"⁷. E termina afirmando que "la conclusión de un contrato es de este modo un acto de autodeterminación a través de una autovinculación", porque cada contratante confia no que o outro promete.

Sob outro prisma, verifica-se que o poder de autodeterminação não é livre, nem é apta a gerar efeitos na órbita jurídica qualquer intenção do agente. Não nega a existência de limites Karl Larenz ("El ordenamiento jurídico puede también no reconocer como vinculantes y no conceder valor de contrato"), que afirma inclusive a existência de limitações internas: "Hay muchas limitaciones internas de la libertad de contratación que tienen su fundamento en objetivos de política económica"; "determinar qué limitaciones son en cada caso necesarias para evitar difíciles inconvenientes es algo que queda sujeto a la decisión política del legislador"⁸. Ocorre, na verdade, para usar a expressão lapidar de Marcos Bernardes de Mello, que "o ordenamento jurídico é que defere ao indivíduo o poder de manifestar a vontade, regulando as suas próprias relações no plano jurídico, donde haver, em última análise, um reconhecimento do poder de auto-regramento da vontade pelas normas jurídicas"⁹.

Tomado o problema da vontade defeituosa, tem-se então que condicionar a busca da real intenção à versão que se exprime no ordenamento jurídico, dentro dos limites prefixados para a eficácia da relação negocial; a determinação do agente só será capaz de surtir os efeitos desejados se se conformar com o arquétipo legal.

3. A confiança como elemento de vinculação moral; a teoria da confiança

Pode-se dizer, assim, que a vinculação de

⁷ Conf. *Derecho Justo - Fundamentos de Ética Jurídica*. Editorial Civitas, Mexico, pp. 61 e ss.

⁸ Ob. cit., pp. 74 e 75.

⁹ Conf. *Teoria do Fato Jurídico*, Ed. Saraiva, 4.^a ed., 1991, p. 147.

cada contratante ao contrato repousa em sua própria vontade, na sua autodeterminação que ultrapassa as lindes do direito; a confiança é o elemento fundamental que liga a autodeterminação à obrigação assumida porque trata-se de exigência moral: o homem formal responde pelo que promete. É o que decorre da confiança mútua que deve imperar em todas relações sociais.

A partir desse conhecimento é lícito erigir a confiança como fundamento social para a interpretação da vontade contratual na solução de conflitos.

Uma variante das tradicionais teorias - objetiva e subjetiva, conforme a nota n.º 2 -, consagrada entre os autores italianos que entendem-na contemplada pelo Código Civil peninsular,¹⁰ baseia-se exatamente na auto-responsabilidade e na confiança. Trata-se, naquele sistema jurídico, de fundamento de ordem social a conferir maior predominância à declaração, de modo que a vontade declarada só prevalece, em caso de conflito com a vontade real (ou só substitui a vontade inexistente), quando no destinatário houver suscitado um grau de confiança que ele, com razão e levando em conta as circunstâncias objetivas do caso, tenha acreditado na normalidade da declaração, procedendo, em consequência, de acordo com essa crença legítima.

O princípio da confiança sempre foi invocado na disciplina das relações pré-contratuais, entre nós, em se tratando da retirada injusta das propostas ou do rompimento injustificado das negociações. O fundamento, ainda em conformidade com a teoria, perde sua eficácia quando o destinatário age sem a devida cautela, ou com culpa, e não considera, regularmente, os elementos objetivos, aqueles que deveriam conhecer empregando sua atenção normal. A essa culpa imputável ao destinatário dá-se o nome de auto-responsabilidade, ou seja, as consequências resultantes de sua própria conduta¹¹.

¹⁰ RAO, Vicente anota, com base em A. Torrente, que "o Código Civil italiano de 1942, repudiando as teorias da vontade, da declaração e da responsabilidade, segue, como diretriz geral, a teoria da confiança (afidamento), segundo a qual o negócio patrimonial "inter vivos" e a título oneroso é válido quando a outra parte não conhece, nem está em condições de conhecer, a divergência entre a vontade e a declaração, sendo o negócio jurídico nulo em caso contrário" (conf. *Atto Jurídico*, Ed. Saraiva, 2.^a ed., 1979, nota 53, p. 197).

¹¹ Conf. RAO, Vicente, cit., p. 196.

Pouco difundida no Brasil, mas sempre aparecendo na solução dos conflitos tratados em juízo, a teoria da confiança não serve, contudo, para a interpretação das declarações unilaterais de vontade; se na interpretação dos negócios jurídicos *inter vivos* pesquisa-se a vontade, "na interpretação do testamento não há atenuações ao princípio da vontade, impondo-se a subserviência à verdadeira *mens testantis*, sem qualquer consideração outra de ordem objetiva, estranha à vontade manifestada pelo testador"¹².

Outrora os doutos já posicionavam-se no sentido de que a índole especial dos atos de última vontade determinam a incidência de regras outras, diferentes das adotadas para os negócios em geral. *Orosimio Nonato*, em particular, foi severo crítico do entendimento de que os artigos 85 e 1.666 refletem, na essência, o mesmo conteúdo: "o elemento intencional, em suma, sempre do maior relevo na interpretação dos negócios jurídicos, adquire ainda maior prestígio e imponência nos atos unilaterais e, destacadamente, nos testamentos"¹³. J. M. Carvalho Santos disse que no artigo 85 "manda o Código se atenda mais à intenção da declaração de vontade que ao sentido literal da linguagem; procura tão-somente revelar o conteúdo do querer manifestado de forma defeituosa". Em continuação, firma que "no texto do art. 1.666 a situação é diversa: pressupõe-se a dúvida do intérprete diante dos caminhos diferentes que poderá tomar"¹⁴.

Qualificando a regra do artigo 1.666 de "coração do direito testamentário", o notável Pontes de Miranda dá-lhe a condição de regra jurídica interpretativa e afirma que diz mais que o artigo 85: "quer que, na dúvida, se prefira a solução que mais assegure a observância da vontade do testador", ou seja, que se fixe "a interpretação mediante a qual valha o que o testador dispôs"¹⁵.

Na análise que se faz em seguida, a partir

¹² Conf. MODESTO, Paulo, em interessante trabalho sobre Hermenêutica do Testamento, publicado na *Revista dos Tribunais*, v. 676 - fevereiro de 1992, pp. 77-78.

¹³ Conf. *Estudos Sobre Sucessão Testamentária*, v. III. Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1957, p. 257.

¹⁴ Conf. *Código Civil Brasileiro Interpretado*, v. XXIII. Livraria Editora Freitas Bastos, 3.^a ed., 1947, p. 239.

¹⁵ Conf. *Tratado de Direito Privado*, t. LVI. Editor Borsoi, Rio de Janeiro, 1968, pp. 350 e ss.

dos julgamentos de segunda instância, fica bem clara a impossibilidade de imputar-se a autorresponsabilidade ao autor de disposições testamentárias, razão por que os tribunais fazem prevalecer a intenção do agente nas manifestações unilaterais de vontade; nas lides contratuais, contudo, o entendimento é aquele que se conforma com a teoria da confiança que vigora no Código Civil italiano¹⁶.

4. A solução dos tribunais brasileiros para o problema

A jurisprudência é fonte rica para pesquisas; é o direito vivo, como preferem alguns, o direito como ele é. No sistema jurídico brasileiro, em que a jurisprudência não é vinculativa, só surtindo efeitos em relação ao próprio caso para o qual foi proferida a decisão, vale ressaltar o prestígio com que contam os julgados na fundamentação de casos parelhos; nesse passo, a Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal adquire importância ímpar na pacificação de problemas jurídicos vários ante a possibilidade de uniformização de soluções. Lamentavelmente, no assunto em testilha nada beneficia o catálogo da mais alta Corte de Justiça nacional: o tema de interpretação de cláusulas contratuais ou testamentárias cinge-se aos graus inferiores de jurisdição, como expresso no enunciado n.º 454: "Simples interpretação de cláusulas contratuais não dá lugar a recurso extraordinário"¹⁷.

Nos egrégios tribunais estaduais, todavia, a questão tem sido ferida com sabedoria; colhe-se de aresto do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

"O Código Civil, artigo 1.666, repudi-

¹⁶ A adoção de critério diferente para a interpretação da vontade nos testamentos também está amparada pelo direito italiano, hipótese em que - continua Vicente Rão o comentário transcrito na nota n.º 9 - considera-se a vontade efetiva do declarante (ob. e loc. cit.).

¹⁷ A justificativa está no limite de competência do Supremo Tribunal Federal, que não avalia a prova, limitando-se às questões jurídico-constitucionais (a partir da Constituição Federal de 1988), e a interpretação dos negócios jurídicos, segundo considerado, está no plano dos fatos, dependendo do exame da prova. Mais recentemente o entendimento foi renovado para o não-conhecimento de recurso extraordinário em caso de interpretação de cláusulas testamentárias; RE n.º 114.281-2-SP, 1.^a Turma, j. 31 de março de 1989, v.u. (DJ, 10.8.89); publicado na Jurisprudência do STF, Ed. Lex, v. 133, pp. 172-184.

ando a multiplicidade de regras hermenêuticas doutrinariamente propostas, dispôs que, 'quando a cláusula testamentária for suscetível de interpretações diferentes, prevalecerá a que melhor assegure a vontade do testador'. Tal postulado constitui desdobramento harmonicamente inscrito em relação à norma do artigo 85 do mesmo diploma, exprimindo uma síntese que tem merecido reprodução no Projeto n.º 634-B/75.

"O critério interpretativo, em tema testamentário, há de ser o subjetivista, pela elementar consideração, aliás destacada por Ferrer Correia (*Erro e Interpretação na Teoria do Negócio Jurídico*, pp. 268 e ss.), de que o declarante, por ser morto, não mais tem ensejo de sofrer imputação de responsabilidade pelo sentido objetivo dividido em sua declaração volitiva." Assim também opina, em consagrada monografia, Jordano Barea (*Interpretación del Testamento*, p. 25).

"Além disso, o exame contextual da cédula é de valor crítico facilmente demonstrável, porque serve, no encadeamento das várias disposições feitas, ao perfeito enfoque da vontade real do testador, tanto que o diploma civil lusitano preconiza o exame do contexto, tomando-se, como baliza inicial do trabalho de censura, o momento de sua elaboração."

"A expressão 'renda', de que se valeu a testadora, tem sentido próprio tanto em Economia como no Direito, sem olvido, ainda, de seu significado comum. É o que o capital produz. Sua vinculação com capital pecuniário é por demais manifesto. A qualquer do povo, de mediana instrução, socorre o entendimento de que, v.g., os juros sejam renda, porque gerados por aplicação do capital"¹⁸.

Em caso de Minas Gerais, decidiu o Tribunal de Justiça daquele Estado no sentido de verificar-se o alcance de disposição testamentária

¹⁸ No julgado (AI n.º 124.214-1-SP), em voto condutor do Desembargador Ney Almada, deu-se interpretação à palavra "renda" constante de cláusula testamentária no sentido de que se refere ao não só aos juros, desprezada a atualização monetária; acórdão publicado na *Revista de Julgados do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*, da Editora Lex, v. 124, pp. 371-373.

que gravava o patrimônio de inalienabilidade e incomunicabilidade com o intuito de proteger a filha contra abusos por parte do marido que a abandonara; com o falecimento deste, segundo o voto do relator, Desembargador Bernardino Godinho, "cessaram os motivos determinantes da instituição da cláusula de inalienabilidade querida pelos testadores e, *ipso facto*, por efeito direto da vontade deles, desapareceu o sustentáculo substancial de existência da dita cláusula, pelo que, cumprida ela integralmente, segundo a vontade dos testadores, livres e desembaraçados estão os bens de que se trata"¹⁹.

Quando avaliava-se a intenção de *de cujus* que em testamento omitiu o nome de um irmão, entre os demais irmãos que contemplava, e nomeou sua sobrinha, filha daquele cujo nome não foi citado, o Tribunal de Justiça de São Paulo apregou:

"O conjunto de circunstâncias está a indicar que a intenção da testadora foi contemplar a sobrinha, única do sexo feminino mencionada no testamento, juntamente com suas duas irmãs; na verdade somente a elas poderá interessar jóias e objetos de uso pessoal, já que os valores em dinheiro descritos não são grandes"²⁰.

Vale mencionar também importante aresto do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que deu a seguinte interpretação a vontade de testador para a extinção de cláusula de inalienabilidade vitalícia, porque em prejuízo manifesto do donatário do bem diante de situação de fato demonstrativa de que o gravame não mais atendia ao objetivo colimado pelo instituidor:

"Não resta dúvida de que o pai, que gravou o imóvel doado ao menor de onze anos de idade, não desejaria que esse gravame, sessenta e dois anos depois, redundasse em prejuízo daquele que queria beneficiar e proteger"²¹.

Todos os casos colocados denotam o aproveitamento da intenção do testador, valendo

¹⁹ Na Ap. 79.876-2, 2.ª C., julgado em 5.12.89, v.u.; v. acórdão publicado na *Revista dos Tribunais*, v. 650 - dezembro de 1989, pp. 168-172.

²⁰ No Agravo de Instrução n.º 32.592-1-Santos, julgado em 14.4.83, v.u.; v. acórdão publicado na *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo* da Ed. Lex, v. 85, pp. 297-299.

²¹ Na Ap. n.º 763/87 - 3.ª C., j. 9/2/88, v.u.; v. acórdão publicado na *Revista dos Tribunais*, v. 637 - novembro de 1988, pp. 161-162.

se o intérprete quase sempre de elementos objetivos circunstanciais para descobrir e firmar a real intenção do manifestante da vontade posta em debate. Não se diz o mesmo, porém, como antes exposto, em relação à interpretação dos contratos, figurando aqui o substrato da confiança com o temperamento da auto-responsabilidade; têm essa conformação, por exemplo, o julgado que determina o prevailecimento da cláusula datilografada sobre a impressa quando conflitantes, *verbis*:

“Na interpretação do ajuste, a disposição datilografada corresponde àquela que melhor expressa a vontade comum das partes, pois ‘quando em um ato jurídico houver conflito entre a parte impressa e a escrita, prevalecerá a última, por dever traduzir melhor a vontade dos interessados, visto que foi feita adrede para exprimir a intenção da testadora, ou dos contraentes’, consoante à lição de Carlos Maximiliano (in *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 9.^a ed., 3.^a tiragem, p. 351, Forense, 1984, Rio de Janeiro)”²².

Exemplos de imputação de responsabilidade à parte que podia agir claramente e não o fez vêm expressos nos julgados cujos trechos são a seguir reproduzidos:

“É regra de boa hermenêutica interpretar-se o contrato, na dúvida, em detrimento da parte que o elaborou e que, podendo e devendo ser clara, não o foi”²³.

“É auto-responsável a parte que, tendo o ônus de falar claro, redige o instrumento em termos obscuros ou ambíguos, devendo suportar as conseqüências daí provenientes”²⁴.

Veja-se, para encerrar, as lições pinçadas de acórdão do Segundo Tribunal de Alçada Civil

²² Acórdão da 7.^a Câmara do Segundo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, na Ap. c/ rev. n.º 246.005, Rel. Juiz Gildo dos Santos, julgada em 10.10.89, v.u.; publicado na *Julgados dos Tribunais de Alçada Civil de São Paulo* da Ed. Revista dos Tribunais, v. 118 – novembro-dezembro/89, pp. 421-422.

²³ Julgado do Segundo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, na Ap. c/ rev. n.º 253.315-1, 8.^o Cam., Rel. Juiz Martins Costa, j. em 6.2.90, v.u.; publicado na *Julgados dos Tribunais de Alçada Civil de São Paulo* da Editora Revista dos Tribunais, v. 125 – janeiro-fevereiro/91, pp. 320-322.

²⁴ Acórdão publicado na *Julgados dos Tribunais de Alçada Civil de São Paulo* da Ed. Revista dos Tribunais, v. 129 – setembro – outubro/91, pp. 256-257.

de São Paulo, provenientes da pena do Juiz e jurista João Batista Lopes:

“Se a parte fizer constar do contrato cláusula imprecisa e ambígua, não lhe será lícito extrair da mesma interpretação unilateral.”

“Em sua clássica Teoria Geral do Negócio Jurídico refere-se Emilio Betti à ‘auto-responsabilidade a cargo da parte que, contrariamente ao ônus de falar claro, tivesse formulado em termos obscuros ou ambíguos os pactos contratuais em que era interessada, por serem destinados a criar obrigações ou limites à contraparte, e desse modo impunha que se interpretassem tais fatos no sentido que resultasse menos oneroso para esta; a justificação prática desse critério é clara e plausível: é ônus do proponente formular claramente as cláusulas redigidas no seu interesse” (t. 11/298).

“No mesmo sentido, Giuseppe Stolfi: ‘Como los diversos pactos han sido largamente pensados y redactados en interés de uno de los declarantes, no puede admitirse que después pueda éste pretender haber querido o dicho tal cosa en vez de otra o de lo que en realidad ha dicho, y si ha incurrido en equívocos debe soportar las consecuencias él sólo ‘quia potuit apertius dicere’ (Teoria del Negocio Jurídico, editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, p. 293)”²⁵.

5. Conclusões

É possível firmar-se, ante o exposto, que:

1. A atuação jurídica da vontade privada, quer por intermédio dos contratos quer das manifestações unilaterais de vontade, não se limita à esfera pessoal do signatário, atingindo, outrossim, outros sujeitos de direito. Daí impedir a necessidade de ser firmada interpretação mais consentânea com os interesses maiores da sociedade, que já não se satisfaz singelamente com a autonomia privada que a lei quis preservar no artigo 85 do Código Civil brasileiro. Merece o problema ser considerado sob o prisma dos interesses públicos em jogo, dando-se à norma sentido apropriado a esse enfoque.

2. À teoria da confiança só resolve o problema da vontade nos contratos, não nas últimas declarações, porquanto é impossível a apli-

²⁵ Publicado na *Julgados dos Tribunais de Alçada Civil de São Paulo* da Editora Revista dos Tribunais, v. 115, maio junho/89, pp. 313-314.

cação da auto-responsabilidade ao autor de disposições testamentárias em que o declarante, por ser morto, não mais tem ensejo de sofrer imputação de responsabilidade pelo sentido objetivo divisado em sua declaração volitiva; daí que os tribunais fazem prevalecer a inten-

ção do agente nas manifestações unilaterais de vontade, como é o caso do testamento, e nas lides contratuais o entendimento é aquele que se amolda à teoria da confiança que vigora no Código Civil italiano.

Notas à Constituição de 1988

EDUARDO SILVA COSTA

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. A extensão do texto. 3. A totalização normativa. 4. As contradições do texto. 5. A ingovernabilidade. 6. A integração social pelo Direito da Constituição.

1. Introdução

A Constituição de 5 de outubro de 1988 resultou de uma aglutinação de correntes ideológicas acentuadamente díspares, o que de certo modo se afigura inédito em nossa história constitucional. A característica que o País assumiu, a partir da década de 60, de país em desenvolvimento não podia deixar de trazer como consequência o fortalecimento de grupos sociais, não apenas no aspecto da consciência dos seus direitos, como na determinação de reivindicá-los: a força do número se impunha.

Ainda mesmo que se considere um traço importante no esboço da nossa Lei Suprema, ser ela o remate do período dito de transição – entre o fim do regime ditatorial em 1985 e a sua promulgação em 1988 – para disso inferir-se o desvelo com que se fixaram as garantias individuais, parece predominante o sentido de erigir-se um novo modelo normativo democrático. Nesse novo modelo o que releva é a formulação de regras com vista a adequar a sociedade brasileira aos novos tempos que se descerram para as sociedades em desenvolvimento, de que ela é espécie significativa.

Certamente, tal caráter havia de comportar singularidades no texto que o distinguem das Constituições anteriores, nenhuma delas construída sobre a complexidade desafiadora da sociedade dos nossos dias. Pode-se dizer que pouco de complexidade havia em 1946, para lem-

Eduardo Silva Costa é advogado.

brar somente a Constituição que naquele ano se promulgou. Se a realidade política daquele período tinha pontos de aproximação com o período recente — em ambos, o país deixava de ter um regime ditatorial —, a realidade social de 1946 diferia bastante da realidade social de 1988. Daí que na Constituição de 1946 cuidava-se de impor o máximo de restrições à ação do Poder Executivo, a atestar a presença no espírito da Assembléia Constituinte de então do espectro que cumpria exorcismar, da ditadura getulista. Posto que na Assembléia Constituinte recente outro exorcismo fosse presente à memória dos legisladores, já não cabiam propriamente exorcismos para ele; a necessidade premente era elaborar uma nova estrutura normativa, colocando-se nela todos os elementos e forças emergentes.

Tais considerações conduzem a formular alguns itens relacionados com as críticas que, desde a promulgação de nossa Lei Fundamental, vêm sendo assacadas contra esta, críticas essas que recrudescem amiúde. Assim, cuidar-se-á primeiro do item que diz respeito à extensão do Texto Constitucional, visto ser ele o que logo aflora no âmbito das críticas.

2. A extensão do texto

Censura-se a Constituição de ser demasiadamente extensa, por conter 245 artigos. Os censores de hoje devem estar esquecidos que a Constituição de 1946 abrigava 218 artigos. Entre uma e outra meciaram 42 anos, durante os quais transformações de grande alcance e intensidade sucederam no país. Então, cotejada a década de 40, na qual se promulgou a Constituição de 18 de setembro, com a de 80, em cujo final se promulgou a Constituição de 5 de outubro, há de concluir-se que a crítica é infundada, se não tendenciosa. Assinale-se que nunca se fez coro desfavorável à Constituição de 1946, por encerrar 218 artigos, uma demasia para a época, se se considerar o critério dos críticos de hoje.

Todavia, a Constituição não é uma demasia em artigos, como sugerem alguns doutores. As inovações que nela se introduziram, dadas a multiplicidade e diversidade de tendências e correntes ideológicas e políticas atuantes na Assembléia Nacional Constituinte, acabaram por exigir a normatização de reivindicações, que não procederam tão-só de grupos ou corporações, pois oriundos da sociedade na sua totalidade. Sublinhe-se nesse particular a proteção do meio ambiente e também a disciplina da seguridade social, constitutivos de alinhamento

constitucional inédito. Do mesmo modo, a comunicação social, que por igual não poderia deixar de ser conteúdo de regulação em nível superior. Em nenhuma destas matérias se pode divisar senão o interesse da sociedade total, como o elemento de propulsão do regramento constitucional.

Demais disso, nenhum projeto de reforma social e política, que se intente efetivar, dispensa a minudência de pontos reputados essenciais à conversão normativa. Talvez a indispensabilidade da inserção de comandos constitucionais seja mais imperiosa em um projeto de reforma do que propriamente em um texto de Lei Maior subsequente a uma revolução no sentido preciso do termo. A uma ordem surgida de uma revolução é suficiente a formulação positiva de alguns princípios e o esboço de uma organização que possibilite o funcionamento do regime. Dir-se-ia que a Constituição é a sagração de um movimento vitorioso, que prostrou por terra uma estrutura de dominação opressiva da maioria. Já em uma nova ordem que irrompe de uma aglutinação de forças destinadas a dar uma dimensão de reforma dilatada em todos os pontos, o mais utilizado havia de ser a projeção no texto normativo constitucional de todos os valores, princípios e inspirações significativos da reforma.

Foi essa reforma que o povo brasileiro buscou através da Assembléia Constituinte de que se originou a Constituição de hoje. O pluralismo que caracterizou aquela Assembléia é que informa a sua representação normativa na Lei Fundamental. A pormenorização de certas regras, a inserção de matérias que a dogmática tradicional estranha e condena que figurem no contexto da Constituição, a necessidade de fixar imposições com a solenidade e eficácia que o Texto Supremo confere, haviam de distinguir o Estatuto da Nação que se propunha um caminho livre e justo.

Então, assim como a Constituição havia de abranger um número relativamente maior de preceitos, de modo a que se contemplassem novas situações na modelagem jurídica, esta havia de ser a mais abrangente possível do ponto de vista da precisão legal. Com isso, o texto não apresenta nenhuma aberração jurídica; nele não se pode ver uma forma abusiva de disciplina legal. Considere-se, pois, a outra crítica dirigida ao modelo constitucional adotado em 1988: conteúdo excessivo de juridicização do social, do político e do econômico.

3. A totalização normativa

Em correlação com o tópico anterior – a extensão do texto – está a totalização normativa, ou o que o Professor Miguel Reale denomina “o totalitarismo normativo”, de que é increpada a Constituição vigente.

Diz-se que há uma superabundância de previsão normativa, a significar autênticas desfigurações e contratações do valor maior da liberdade, no qual se assenta a estrutura do sistema constitucional e pelo qual devem pautar-se os atos, ações e comportamentos da vida social, política, econômica e cultural. Inere-se daí que tal excesso normativo não só compromete o modelo democrático que se objetivou, como representa um estorvo para a consecução de determinados fins, a exemplo o crescimento econômico.

Se se atentar, porém, em que o desiderato da norma constitucional de sentido democrático é corresponder a uma pluralidade de expectativas, e uma diversidade de interesses e necessidades, ter-se-á de convir em que tanto as expectativas como os interesses e necessidades, plurais e diversos como são, reclamam valores, e não apenas um valor, para a indispensável positividade. Ainda mais, há que ponderar a característica de ser a Lei Fundamental um monumento legislativo, diga-se assim, de “coexistência dos contrários”. Ou, como alguém sintetizou, “um tratado de paz”. De resto, a semelhança de quase todas as leis, pelo menos as que se pautam pela linha democrática.

Ora, se se busca pela via da Constituição realizar as inúmeras e variadas aspirações em que se representa a totalidade da sociedade, decorre daí a irrelutabilidade de uma regulação normativa extensa e intensa. Porque sem tal disciplina não haveria a satisfação daquelas aspirações e reivindicações. Destas, umas se contentam com a garantia do valor liberdade; outras, só podem consolidar-se com a garantia do valor justiça: muitas precisam inserir-se na tessitura constitucional com a garantia do valor da igualdade, e assim por diante. É certo que os valores liberdade, igualdade, justiça, e outros mais conformadores do regime democrático, são interpenetrados de tal modo, que a presença de um importa a presença dos demais. Por isso mesmo, não há *in genere* primazia de um valor sobre outros: há propriamente inter-relação deles, com o acento de um preferir a outro em situações ou contextos particularizados.

Mas o que importa salientar é o fenômeno da abrangência normativa dos interesses e aspirações da sociedade. A incorporação no Texto Constitucional de novas forças e tendências surgidas no corpo social havia de dar-se com o mínimo de explicitude. Para novas necessidades, novos mecanismos de proteção legal. Evidente que esses novos mecanismos, essas novas formas de garantia de direitos haveriam de trazer certa particularização, uma ou outra demasia, em termos de arcaísmo constitucional. Contudo, vale considerar que sem a imposição constitucional muitos dos direitos reivindicados por grupos, entidades, instituições da sociedade civil não lograriam o mínimo de efetividade. Todo o empenho de indivíduos e grupos, assinalado em rudes embates durante décadas, se esboroaria se não houvesse o elemento de propulsão materializado na regra constitucional.

Ademais, é muito cômoda a posição de velhos interesses, que têm a sustentá-los uma realidade sólida. Para esses, basta que uns tantos enunciados normativos reiterem os postulados de contínua florescência. É suficiente a reprodução quase literal de cânones que proclamam direitos consagrados, enraizados, ineradicáveis mesmo, na estrutura social. Isso confere aos estamentos e classes o reconhecimento solene do que lhes parece um direito natural absoluto. O outro reconhecimento é gozado no cotidiano, que de vez em quando apresenta desafios. Mas, no essencial, os direitos já consagrados precisam apenas de algumas declarações genéricas.

Outro, porém, é o caráter de novos direitos: outra a formulação, a enunciação deles no plano constitucional. Para a sua efetivação ou mesmo para a sua eficácia reclamam um conteúdo mais dilatado, ao contrário dos direitos consolidados, incorporados em textos anteriores. Não se desfigura com isso o edifício normativo-constitucional, como alguns entendem. Nem será por isso que a nossa Constituição deva ser tida como disforme. Tampouco ela é desprestigiada por conter certas pormenorizações ou por regular tal ou qual assunto que dada representação ideológica qualifica de impróprio em nível constitucional. O nosso País não podia deixar de constituir-se juridicamente do modo que mais premente reclamava o povo, após um longo período de repressão e opressão, só para tender homenagem à tradição de textos resumidos e para subjugar-se a um figurino neo-liberal inajustável ao estágio atual da

sociedade brasileira. Afinal, como nota Wheare (*Modern Constitutions*, 4.^a ed., p. 32) os povos diferem muito naquilo em que eles reputam necessário para ser o conteúdo de uma Constituição. Nisso, como em muitas outras coisas, não há lugar para o fetiche do modelo importado.

4. *As contradições do texto*

Quando se procura minimizar a importância da Lei Fundamental, mormente em uma conjuntura como a nossa, avante sempre aos censores a arguição de que o texto está pejado de contradições.

Por ser a Lei Maior, a Lei Suprema, reputa-se tal defeito gravíssimo, preconizando-se a erradicação dele, em nome, seja da técnica, correspondência do aspecto formal, seja do conteúdo, correspondência do aspecto material.

As críticas aí, como de resto nos demais pontos, estarão diretamente em conexão com a Constituição Econômica, para usar expressão do Professor Washington Peluso Albino de Souza. Os mentores e propagadores delas consideram-se a um tempo guardiões da pureza técnica e da ideologia nutrientes das instituições que conformam a estrutura normativa. Assentado que a Constituição é uma Lei e uma Lei superior a todas, fundamento e geratriz das demais, com maior razão ela deve guardar as características que definem qualquer documento de tal natureza. Uma dessas características é a harmonia dos preceitos constitutivos do complexo normativo, de tanto mais imperiosa presença quando se trata da Lei Magna. E a harmonia importa precipuamente na ausência de contradições. A bem do conteúdo é imperioso que a Constituição não encerre impurezas, as "impurezas do branco", para tomar de empréstimo uma expressão do poeta, a fim de que não seja comprometida a unidade de princípios do ordenamento.

A circunstância de ter a Constituição natureza de composição de correntes e tendências ideológicas antinômicas importa decisivamente no trato das chamadas contradições. Da presença de interesses conflitantes na organização da estrutura constitucional resulta necessária e inelutavelmente a ambigüidade. Esta, contudo, não é indicativa de contradição, se se atentar em que há uma inevitabilidade de contrastes na condensação de interesses adversos em um estatuto normativo superior. Nem por isso há de respirarem-se incoerência, discordância, contradição. O Texto Constitucional propriamente não resolve os conflitos ideoló-

gicos que marcaram a sua gênese e de que ele é produto. Ele os compõe, dando-lhes unidade e coerência, mas sem dissolvê-los e sem emascular-lhes a força com que se impuseram. Ao contrário, a Constituição legitima tais conflitos, e com isso confere-lhes força normativa, de modo que possam na sua plenitude ajustar-se na prática. Aí reside a virtude normativa.

Assim é na realidade das constituições e da prática constitucional dos países do denominado Primeiro Mundo, alinhados com o modelo democrático do sistema capitalista. A ambigüidade de que se cogita aqui pode também identificar-se nos textos de lá. Em nenhuma circunstância, contudo, existe contradição, como se pretende, para inferir daí a incompatibilidade de disposições normativas e a conseqüente desfiguração do conjunto por incoerência. A ambigüidade no nosso caso é um elemento necessário, ou mesmo essencial, conforme observa o Prof. Washington Albino de Souza:

"o jurista deve compreender encontrar-se diante de um outro modelo ideológico que não os tradicionais ... Quando aceitar esta postura, verá que a "ambigüidade" afirma-se como instrumento essencial de entendimento dos modelos ideológicos mistos" (*Conflitos Ideológicos na Constituição Econômica*, artigo na *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, n.º 74/75, jan./jul., 1992, p. 35).

E, rematando o seu entendimento, afirma o professor mineiro:

"Nas Constituições que têm implementados "princípios" originários de ideologias diferentes, e até mesmo opostas em sua manifestação "pura", do tipo das "neo-liberais", estes elementos ideológicos que seriam tomados por conflitantes, convivem harmonicamente por força do "princípio da ambigüidade", intrínseco à própria natureza e estrutura dessas Constituições" (p. 37).

5. *A ingovernabilidade*

Talvez seja este o mais ruidoso dos ataques de que é alvo a Constituição: a ingovernabilidade do País enquanto o sistema por ela fundado se mantiver na sua integralidade. Não se verbera o sistema por escassez de regulação, mas por excesso desta e em um sentido que se diz impróprio, danoso mesmo, aos objetivos que todo governo neo-liberal deve perseguir. O clamor de pouco tempo para cá vem sendo orquestrado apenas pelo setor empresarial, com o subs-

tancial e indispensável arrimo de alguns políticos prestigiosos e juristas de tendência conservadora. Do governo propriamente não parte, como até então partia, nas brumas do governo anterior, manifestação de animosidade contra a Carta.

Por isso mesmo, a chamada ingovernabilidade se revela caricata. Em um regime de livre iniciativa, com naturais temperamentos, a liberdade econômica é a tônica e o capital, sem ser o senhor de outrora, continua poderoso. As limitações que se antepõem ao exercício dessa liberdade são estabelecidas em razão de que todo poder econômico, do mesmo modo que o político, deve ser controlado. E tal controle é de ser tanto mais rígido quanto o poder, objeto de regulação, tende sempre a exorbitar. Ainda mais, a imperiosidade de controle se dá pela circunstância da emergência de forças sociais que constituem a tessitura do valor do trabalho, em atenção às quais estão dispostas muitas normas constitucionais. Dá-se o controle do arbitrio, natural ao poder representativo do capital, para que se libere e exerça na efetividade da prática o direito da força do trabalho, hoje erigido em valor constitucional.

De mais a mais, pela natureza mesma do processo democrático, soa no mínimo como ingênuo qualquer arguição de ingovernabilidade tendo como causa a existência de normas. Principalmente quando a arguição provém da cidadela do poder econômico. Sabido que não há em essência mudança na estrutura da propriedade dos meios de produção — ainda mais porque a livre iniciativa é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil consoante o artigo 1.º da Constituição — as regras do jogo econômico continuam, com umas e outras restrições, sendo engendradas e praticadas saudavelmente pelos expoentes do poder econômico em benefício da sua classe.

Normativamente somos governados por um “modelo ideológico misto”, como salienta o Professor Washington Peluso Albino de Souza, acima citado. Dado tal caráter, de que se reveste a nossa Constituição, a coexistência de princípios contrastantes é inelutável, o que não importa nenhuma disformidade, pois os princípios, posto díspares, consorciavam-se para a realização dos “objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil”, consoante proclamado no artigo 3.º da Lei Suprema. Dizer que contraste equivale a desconcerto é desconhecer um dos maiores princípios da vida, de validade

eterna, e que Heráclito enunciou há milênios:

“Tudo se faz por contrastes: da luta dos contrários nasce a mais bela harmonia”.

Em artigo publicado na Folha de São Paulo, a Professora Maria da Conceição Tavares ressaltou que:

“atribuir a uma Constituição descumprida em muitas de suas partes fundamentais, sobretudo em matéria de direito, deveres e organização do Estado, a culpa da “ingovernabilidade” resultante de uma profunda crise econômica e social do país é, no mínimo, um desatino, se não for apenas uma recaída no bacharelismo estéril de que os portugueses, ganceses, já se curaram”.

“Desatino”, “recaída no bacharelismo estéril”, essas e outras possíveis explicações para a agitação da tese da ingovernabilidade, talvez tenham outro nome para indicar a procedência e o propósito de tão repetida e soporífica tese. Enquanto se viveu sob o signo do autoritarismo, durante vinte anos, os que hoje falam e apregoam a “ingovernabilidade” eram senhores quase absolutos da situação: não havia sequer a palavra. Então, os problemas tinham sempre a sua resposta incontestável em atos institucionais, decretos-leis, decretos, além de outras formas de atuação do poder ditatorial, encerradas em recantos tenebrosos. Aí o País era governável em toda a plenitude. Agora, os senhores quase absolutos de ontem não têm as estrelas a refulgir no seu firmamento e recorrem a uma fórmula que não destoia do conceito democrático a que se está assistindo, mas que traz como propósito maior um desafinamento significativo desse concerto.

De resto, convém lembrar aqui o testemunho de Norberto Bobbio:

“Já li e reli não sei quantas vezes a Constituição italiana e muitas outras também. Nessa leitura nunca consegui jamais deduzir delas o segredo de um bom governo”. (*As ideologias e o poder em crise*. Ed. Universidade de Brasília e Ed. Polis, 1988, p. 189).

E mais adiante, rematando o seu pensamento:

“podemos concluir que a Constituição é apenas responsável por uma parte do modo como um país é governado” (p. 191).

Assim resenhadas as críticas ao nosso Estatuto Político, cabe agora lugar para um esforço do que se pode reputar a mais obstinada finalidade dele. É a integração social, com os seus matizes diversos, a qual se objetiva a partir da regra jurídica da Constituição, um meio de fazer com que doravante as instituições passem a ser praticadas e não mais utilizadas pelo grupo dirigente, para lembrar a observação do Professor Afonso Arinos de Melo Franco (*Direito Constitucional* – Ed. Forense, 2.ª ed., 1981).

6. A integração social pelo direito da Constituição

Pela primeira vez entre nós tem-se uma Constituição resultante da conjunção da sociedade civil e do Estado. *Nela se justapõem um e outro*, a formar um complexo normativo unitário. O “Estado Democrático de Direito” em que se constitui, conforme o artigo 1.º, a República Federativa do Brasil, é a expressão normativa desse encontro da sociedade civil com o Estado. Projetou-se a democracia como “forma de vida e como forma política”, digamos assim, invocando o sugestivo título do livro de Carl Friedrich, e consubstanciaram-se no texto inúmeras regras que vinculam sociedade e Estado na consecução de fins comuns.

Já se disse que o problema primordial do País, que é um desafio constante à capacidade de governantes, políticos em geral, juristas, radica na necessidade de democratizar o Estado. Mas, o Estado não é ele só o gerador da vida política e social, mesmo em períodos ditatoriais. A sociedade se integra no processo democrático como consorte, para dizer assim, com voz e vez. No nosso caso, ela se investiu pela primeira vez dessa condição na formação do Ordenamento Constitucional de 1988. Pode-se afirmar que, assim, através dos liames normativos, a sociedade se densifica no aspecto democrático. Ela é repassada de sentido democrático, para não só alinhar-se com o Estado no projeto de renovação e reforma sócio-política, como para reorientar-se no seu mister, organizando-se a fim de melhor transformar a realidade.

Ora, o que vincula o Estado à sociedade e esta àquele é o Direito, que se expressa no sistema constitucional, mas que não se exaure neste. Porque a realização do Estado Democrático de Direito pressupõe a integração da ordem sócio-política pelo Direito. Este, por sua vez, se inspira em princípios e valores, de que estão repassados os mandamentos constitucionais.

Por isso, é de considerar as normas da Constituição sempre referidas a uma ordenação de tais valores e princípios, que formam o conteúdo delas. Eles é que, nas palavras de Antonio E. Pérez Luño,

“en el Estado pluralista, libre y democrático, definen su horizonte emancipatorio a alcanzar” (*Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Ed. Tecnos, 1986, p. 283).

Mas a singularidade da integração social pelo direito nos moldes da Constituição dos nossos dias é o caráter que passou a assumir a norma jurídica na institucionalização do Estado Social Democrático ou, na linguagem da própria Lei Fundamental, Estado Democrático de Direito. Este visa a uma nova ordem social e por isso mesmo tem na regra jurídica a sua dinâmica. De outra parte, para ser propulsora de novas relações, inspiradora de novos comportamentos, a regra de Direito vai buscar na ética o seu húmus vivificador. Uma ética fundante de atividades racionais, excludente do padrão autoridade, como elemento conformador das relações interpessoais e das relações intergrupais. O caráter definidor da estrutura normativa da Constituição é precisamente este.

Dizer que o Direito da atual Constituição é que opera a integração social importa realçar uma nova realidade que se está impondo na sociedade e no Estado. Até então, excetuando os regimes de feição autoritário, que tiveram nas Constituições de 1937 e 1967, esta com a Emenda n.º 1 de 1969, os seus modelos normativos, o que houve foi uma regulação da ordem sócio-política, típica do sistema liberal. Neste, o objetivo era disciplinar formas políticas, limitando sempre o Estado, em favor da liberação de forças econômicas representativas do capital, expressivas da propriedade. Então, o ordenamento jurídico simbolizava tal disciplinação, de modo que em suma era um reflexo da ordem: em verdade, era de subalternidade a sua posição.

Diversamente disso, na formação do Estado Social Democrático, o Direito passa a ter papel criador da nova ordem, ele encontra aí a sua significação autêntica, para dizer com Georges Burdeau:

“Avec la démocratie sociale, la règle de droit retrouve sa signification authentique. Elle n'est pas reflet mais créatrice d'ordre: elle est donc l'instrument d'une politique” (*Traité de Science Politique*, t. VI, 1956, p. 360).

A pauta jurídica responde no processo da democracia social a um sem-número de fatores, que são as mais das vezes reivindicações de múltiplas procedências e expressivas não só de elementos de natureza econômica como de importância social e cultural. A aglutinação de forças representativas do trabalho inscreve-se como das mais relevantes e de maior peso, porque contrastante com as forças do capital. Paralelamente a ela, a participação de grupos, que se vão aglutinando em torno de ideais culturais ou de sentido simplesmente comunitário, também assume relevo.

Em tudo isso, a regra jurídica despenha com uma função já não apenas de resguardar direitos consagrados pela ordem social, senão também de promover alterações nessa ordem. Como processo de racionalidade, ela passa a atuar da maneira com que Whitehead define a Razão:

“a-função que enfatiza a novidade”.

Pois as conquistas que permeiam a tessitura constitucional estão aí com o caráter de mandamentos jurídicos aptos a gerar situações novas, uma nova ordem de coisas nas relações sociais, políticas e econômicas. E muitas dessas coisas estão se gerando.

Aspectos administrativos do direito ambiental

ÁLVARO LAZZARINI

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Direito ambiental e poder de polícia. 3. Poder de polícia, polícia e poder da polícia. 4. Polícia administrativa e polícia judiciária. 5. Limites do poder de polícia. 6. Controle do ato de polícia. 7. Conclusões.

1. Introdução

A disciplina jurídica dos espaços planetários, seja para preservá-los em sua naturalidade, seja para ocupá-los de forma mais racional e sadia para o homem no conceito de Diogo de Figueiredo Moreira Neto¹, é o moderno e polêmico *Direito Ambiental*, capítulo dos mais importantes do *Direito Administrativo* e que tem como sub-ramos o *Direito Ecológico* e o *Direito Urbanístico*.

Afirmo ser moderno, porque o homem passou a ser objeto das especulações ambientais só a partir de 1972, quando da realização, em junho daquele ano, em Estocolmo, Suécia, da *Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano*, cuja significação mais importante foi ter firmado a *Declaração sobre o Meio Ambiente Humano*, ou seja, a *Declaração de Estocolmo*, constituída por 26 princípios que refletem o cerne das preocupações e concepções ambientais da época, como anota Édis Milaré, na sua *Legislação Ambiental do Brasil*².

Afirmo, também, ser polêmico o tema, pelo que se verifica nos órgãos de comunicação so-

Alvaro Lazzarini é Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Professor de Direito Administrativo da Academia de Polícia Militar do Barro Branco e da Escola Paulista da Magistratura e Sócio Colaborador do Instituto dos Advogados de São Paulo.

Exposição sobre o tema na *1 Semana do direito ambiental*, organizada pela Fundação Instituto de Ensino para Osasco e com apoio da Prefeitura do Município de Osasco, Escola Paulista da Magistratura e Bradesco. Paço Municipal de Osasco, São Paulo, em 28 de março de 1994.

¹ FIGUEIREDO MOREIRA NETO, Diogo de. *Curso de Direito Administrativo*, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 8.ª ed., 1989, p. 448.

² MILARÉ, Édis. *Legislação Ambiental do Brasil*, 1991, Edições APMP, São Paulo, p. 332.

cial, pois, "Alguns observadores crêem que o *extremismo ecológico*, saído das franjas do chamado *movimento verde*, se tornou num novo escudo ideológico para muitas pessoas anteriormente envolvidas em grupos de esquerdismo extremista", e "Seu propósito camuflado é minar o progresso tecnológico e queimar o capitalismo"³. De lado esse aspecto de natureza ideológica, que eventualmente possa existir, há também que se considerar aspectos de *direito administrativo* que causam polêmicas sérias quanto à *competência* para o exercício do poder de polícia ambiental, nos quatro modos de atuação a que se refere Diogo de Figueiredo Moreira Neto⁴, ou seja, informar a quem cabe a *ordem de polícia*, o *consentimento de polícia*, a *fiscalização de polícia* e a aplicação da *sanção de polícia*, aliás, conforme tive oportunidade de examinar em monografias que cuidam de *A proteção do meio ambiente pela polícia militar*⁵, que diz respeito ao *direito ecológico*, e do *direito administrativo e prevenção de incêndio*⁶, bem como em *O corpo de bombeiros e o poder de polícia*⁷, esses dois últimos direcionados ao *direito urbanístico*, embora o incêndio em uma floresta ou, então, em uma mata seja uma *catástrofe ecológica* e sua prevenção seja *poder de polícia ambiental*.

Como a *1 SEMANA DE DIREITO AMBIENTAL* está dirigida a todos os profissionais do Direito, engenheiros industriais, empreendedores imobiliários, empreiteiras e todos aqueles

que, de uma forma ou outra, dependam do Direito Ambiental – e não há quem dele não dependa – passarei a abordar aspectos do importantíssimo capítulo do Direito Administrativo que é o poder de polícia, mesmo porque a Constituição de 1988, no artigo 225, § 1º, firma incumbir ao poder público assegurar o direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se também à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

O implemento de medidas legais pelo poder público para a proteção ambiental do homem só se torna possível, administrativa, civil e penalmente, pelo regular exercício do poder de polícia. quer na *preservação*, quer na *conservação* do meio ambiente, aquela não admitindo o seu uso, com ausência de ação antrópica, esta, a conservação, admitindo o uso, com o manejo auto-sustentado⁸.

2. Direito ambiental e poder de polícia

A Constituição de 1988, no artigo 21, XXIII, estabelece competir à União "explorar os serviços e instalações nucleares de qualquer natureza e exercer o monopólio estatal sobre a pesquisa, a lavra, o enriquecimento e reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios nucleares e seus derivados", tudo dentro dos princípios e condições que enuncia em três alíneas, a última das quais cuida da responsabilidade civil objetiva, isto é, independente da existência de culpa, por danos nucleares. A nossa Carta, ainda no artigo 23, III, VI e VII, estabelece ser da competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios "proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos, protegendo, assim, o meio ambiente e combatendo a poluição em qualquer de suas formas, preservando as florestas, a fauna e a flora". No artigo 24, I, estabelece a competência da União, dos Estados e do Distrito Federal para legislar concorrentemente sobre direito urbanístico, que diz respeito à denominada *massa cinza*, cabendo à União a competência limitada de estabelecer *normas gerais* (art. 24, § 1º), o que não exclui a competência suplementar dos Estados (art. 24, § 2º), salvo se inexistir lei federal sobre normas ge-

³ DYSON, John. "Biotecnologia sob ataque", *Seleções do Reader's Digest*, fevereiro de 1994, edição do Brasil, pp. 59-64; SIRKIS, Alfredo. "Meio ambiente - Os verdes no poder local", artigo publicado em a *Folha de S. Paulo*, edição de 3.ª feira, 15.3.1994, Caderno Cotidiano, p. 2, que cuida da participação, cada vez maior dos partidos ecologistas no poder local e das suas coligações com a esquerda e a centro-esquerda.

⁴ FIGUEIREDO MOREIRA NETO, Diogo de. *Obra e ed. cit.*, p. 340.

⁵ LAZZARINI, Álvaro. "A proteção do meio ambiente pela polícia militar", *Revista de Informação Legislativa*, Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, Brasília, a. 29, n.º 116, out./dez. 1992, pp. 153-162.

⁶ LAZZARINI, Álvaro. "Direito administrativo e prevenção de incêndio", *Revista de Direito Administrativo*, Editora Renovar, Rio de Janeiro, out./dez., 1991, v. 186, pp. 114-132.

⁷ LAZZARINI, Álvaro. *et alii*. *O corpo de bombeiros e o poder de polícia*. Imprensa Oficial do Estado, São Paulo, 1992, pp. 13-23.

⁸ MELE, João Leonardo. *Quadro Sinótico do Direito Ambiental no Brasil*, 1994, São Paulo, trabalho inédito.

rais, hipótese em que os Estados exercerão a competência plena, para atender às suas peculiaridades (art. 24, § 3.º), certo, contudo, que a superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual no que lhe for contrário (art. 24, § 4.º).

A Constituição de 1988 dedica, outrossim, todo um capítulo ao meio ambiente (Capítulo VI do Título VIII, que trata da Ordem Social), consubstanciado, no seu art. 225, com 6 (seis) parágrafos e 7 (sete) incisos no seu § 1.º. No cuidar sobre os princípios gerais da atividade econômica, no Capítulo I do Título VII, que trata *Da Ordem Econômica e Financeira*, o artigo 170 estabelece que a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social, observará, entre outros, o *princípio de defesa do meio ambiente* (art. 170, VI).

No Estado de São Paulo, a Constituição Estadual de 1989, cuida *Do Meio Ambiente*, dos Recursos Naturais e do Saneamento, no Capítulo IV do Título VI, que é o *Da Ordem Econômica*, artigos 191 a 216.

O Município rege-se por lei orgânica, que deve atender os princípios estabelecidos na Constituição do respectivo Estado, por expressa exigência do artigo 29, *caput*, da Constituição de 1988, e artigo 144 da Constituição do Estado, competindo-lhe, nos termos do artigo 30 daquela Carta Federal, legislar sobre assuntos de interesse local (art. 30, I), suplementar a legislação federal e a estadual no que couber (art. 30, II), promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano (art. 30, VIII).

Dessa normatização constitucional, como assevera o ambientalista Vladimir Passos de Freitas⁹, surge, para as entidades federadas, a atribuição do *poder de legislar* e, como consequência direta, o de *fiscalizar*, sendo que *fiscalização*, como entendo, é um dos *modos de atuação do poder de polícia*, com a dupla utilidade de realizar a *prevenção das infrações pela observação do comportamento dos administrados*, relativamente às *ordens* e aos *consentimentos de polícia*; em segundo lugar, prepara a *repressão das infrações pela constatação formal dos atos infringentes*, tudo conforme lição

⁹ PASSOS DE FREITAS, Vladimir. *Direito Administrativo Ambiental*, 1993, Jurua Editora, Curitiba, p.71.

de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, a que voltarei logo mais.

Pode, pois, a denominada *polícia ambiental* ser executada pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, certo que, como salienta Vladimir Passos de Freitas, “este poder que é, normalmente, exercido para limitar os direitos individuais, pode ser dirigido, também, contra as mesmas pessoas jurídicas de direito público. Entre elas não há hierarquia no nosso sistema federativo. Assim, desde que uma delas esteja atuando nos limites de sua competência, firmada na Constituição Federal, as outras deverão curvar-se e obedecer”¹⁰, inclusive na regularização fundiária nas áreas de interesse ambiental.

Lei, como exemplo, do Município paulista de Santos – que, a pretexto de proibir a captura do *callichirus SP*, o conhecido *corrupto*, na orla marítima do município, determinou competir à Guarda Municipal a fiscalização do seu cumprimento¹¹ – é lei de duvidosa constitucionalidade, no que concerne à competência municipal para subsidiar medida da Polícia Florestal do Estado de São Paulo quanto a Guarda Municipal, atribuindo a esta atividade que lhe é vedada, pois a sua competência está prevista no artigo 144, § 8.º, da Constituição de 1988, sendo pacífica a doutrina e jurisprudência no sentido de que não cabe às guardas municipais os serviços de polícia ostensiva, de preservação da ordem pública, de polícia judiciária e de apuração de infrações penais¹², por ser guarda

¹⁰ PASSOS DE FREITAS, Vladimir. Obra e ed. cit. p. 73.

¹¹ Lei n.º 1.293, de 17 de dezembro de 1993, do Município de Santos, São Paulo, art. 1.º, que alterou o parágrafo único do art. 2.º da Lei n.º 850, de 19 de março de 1992, dando-lhe nova redação.

¹² Acórdão unânime da Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em 27 de maio de 1993, na apelação criminal n.º 140.786-3, de Cotia, relator Desembargador Dante Busana, in *Jurisprudência do Tribunal de Justiça*. Lex editora, São Paulo, v. 146, pp. 304-308; *idem* acórdão unânime da Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em 3 de março de 1994, na apelação criminal n.º 124.767-3/5, de Americana, relator Desembargador Cunha Bueno, ainda não constante de repertórios de jurisprudência; *idem* acórdão unânime da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, na apelação criminal n.º 96.007-3/7, de Araras, relator Desembargador Weiss de Andrade, *apud* CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, 1.º

patrimonial¹³.

O exercício do *poder de polícia ambiental*, como adverte Paulo Affonso Leme Machado¹⁴, “supõe a existência e a atuação de órgão público ambiental”, com competência para a prática do ato que o concretiza, isso acrescento, mesmo porque é nesse sentido que entendo a idéia sintetizada no princípio 10 da *Declaração do Rio de Janeiro (UNCED/92)*, que, com a adesão unânime dos membros da ONU, afirma:

“O melhor modo de tratar as questões ambientais é assegurar a participação, em nível relevante, de todos os cidadãos interessados. No plano nacional, cada indivíduo deve ter adequado acesso às informações relativas ao meio ambiente, que estejam em poder das autoridades públicas, compreendidas as informações concernentes às substâncias e atividades perigosas existentes em suas comunidades, e ter possibilidade de participar no processo de tomada de decisões. Os Estados devem facilitar e encorajar a conscientização e participação do público tornando as informações facilmente disponíveis. Deve ser assegurado acesso efetivo aos processos judiciais e administrativos, inclusive no concernente às sanções e reparações”.

A participação de todos os cidadãos interessados, em nível relevante, e o encorajamento pelo Brasil para essa participação, no entanto, não está a dizer que todas pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou de direito privado, podem exercer *atividade de polícia ambiental*, como examinarei na *Teoria Geral do Poder de Polícia*, que logo abordarei.

Lembro, antes, que a cada restrição de direito individual – expressa ou implícita na norma legal – corresponde equivalente *poder de polícia administrativa* à administração pública, para torná-la efetiva ou fazê-la obedecida¹⁵.

Só órgão público competente para o ato

ed., 1992. Forense Universitária, Rio de Janeiro, p. 3.426.

¹³ Idem. *ibidem*

¹⁴ LEME MACHADO, Paulo Affonso. *Estudos de Direito Ambiental*, 1994, Malheiros Editores, São Paulo, p. 79.

¹⁵ LOPES MEIRELLES, Hely. *Direito Administrativo Brasileiro*, 18.ª ed., 1993, atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho, Malheiros Editores, São Paulo, p. 117.

pode exercer o *poder de polícia*, à vista não só das normas constitucionais, como *infraconstitucionais* e, também *infralegais*, enfim de um *extenso emaranhado de leis, decretos e resoluções*, o que Édís Milaré denominou de “Textos básicos sobre o meio ambiente no Brasil, de acordo com a nova ordem constitucional e com as inovações introduzidas pelo Programa Nossa Natureza” e “Plano Brasil Novo”, textos estes que renderam 636 (seiscentos e trinta e seis) páginas do seu precioso livro *Legislação Ambiental no Brasil*, editado por Edições APMB, em São Paulo, no ano de 1991. Tal emaranhado está a indicar a urgente necessidade de uma *codificação*, senão total pelo menos parcial do denominado Direito Ambiental, ou, ainda, a sua *consolidação*, tudo para dar *segurança jurídica*, não só para os operadores do direito, sejam juristas ou policiais, como, e principalmente, para o administrado, ou seja, o povo, que tem direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Ao certo, nesta oportunidade, não irei interpretar e, tampouco, decifrar esse emaranhado que se denomina *legislação ambiental* no Brasil de hoje. Penso, no entanto, que a *Teoria Geral do Poder de Polícia* auxiliará a compreender a ação do Estado frente à problemática do meio ambiente, quer por parte dos órgãos públicos que constituem o Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA), como por parte dos cidadãos interessados no magno problema do meio ambiente no Brasil, inclusive no que toca à efetivação da regularização fundiária.

Passo assim a examinar o *poder de polícia*.

3. Poder de polícia, polícia e poder da polícia

Quem assegura a *ordem pública* é a polícia. Lembro, porém, que a *ordem pública* é mais fácil de ser sentida do que definida¹⁶, sendo, no entanto, a sua noção a de ausência de desordens, isto é, de atos de violência contra as pessoas, os bens e o próprio Estado¹⁷. A *ordem pública* tem três aspectos: a *segurança pública*, a *tranquilidade pública* e a *sabridade pública*¹⁸, cabendo, assim, à polícia pre-

¹⁶ Supremo Tribunal Federal. “Sentença Estrangeira nº 1.023”, da Súmula, 30.9.1942, vot. unân., relator Ministro Orozimbo Nonato, *Revista dos Tribunais*, v. 148, p.771.

¹⁷ KNAPP, Blaise. *Précis de droit administratif*, Editions Helbing & Lichtenhahn, Balé et Francfort-sur-le-Main, Suíça, 1980, p. 20.

¹⁸ ROLAND, Louis. *Précis de droit administratif*, 9.ª ed., 1947, Librairie Daloz, Paris, França, p.

servá-las, reprimindo as infrações, administrativas ou penais, que não conseguiu evitar, mesmo no campo do meio ambiente.

A idéia de polícia, aliás, é inseparável da idéia de Estado, como o afirma José Cretella Júnior¹⁹. Atribui-se a Honoré de Balzac a afirmação de que “os governos passam, as sociedades morrem, a polícia é eterna”²⁰. Na realidade, ela o é, porque as nações podem deixar de ter suas forças armadas, mas, nunca, podem prescindir da sua força pública, isto é, da sua polícia²¹, que designa o conjunto de instituições, fundadas pelo Estado, para que, segundo as prescrições legais e regulamentares estabelecidas, exerçam vigilância para que se mantenham a ordem pública, a moralidade, a saúde pública e se assegure o bem-estar coletivo, garantindo-se a propriedade e outros direitos individuais²².

Importante, no entanto, é a colocação de José Cretella Júnior no sentido de que “ao passo que a polícia é algo em concreto, é um conjunto de atividades coercitivas exercidas na prática dentro de um grupo social, o poder de polícia é uma facultas, uma faculdade, uma possibilidade, um direito que o Estado tem de, através da polícia, que é uma força organizada, limitar as atividades nefastas dos cidadãos. Usando a linguagem aristotélica-tomista – continua José Cretella Júnior –, podemos dizer que o poder de polícia é uma potencialidade, é algo em potência, ao passo que a polícia é uma realidade, é algo em ato. O poder de polícia legitima a ação de polícia e a sua própria existência, concluiu, com rigor científico, José Cretella Júnior²³.

399; idem BERNARD, Paul. *La notion d'ordre public en droit administratif*, 1962, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, R. Pichon et R. Durand Auzias, Paris, França, pp. 12-25.

¹⁹ CRETELLA JÚNIOR, José. “Conceituação do Poder de Polícia”, *Revista do Advogado*, Associação dos Advogados de São Paulo, n.º 17, abril/1985, p. 53.

²⁰ Revista *Superinteressante*, Ano 2, n.º 5, maio de 1988, Editora Abril, São Paulo, p. 82.

²¹ LAZZARINI, Álvaro et alii. *Direito Administrativo da Ordem Pública*, 2.ª ed., 1987, Forense, Rio de Janeiro, p. 19.

²² DE PLÁCIDO E SILVA, *Vocabulário Jurídico*, v. III, 1.ª ed., 1963, Forense, Rio de Janeiro, verbete Polícia, p. 1.174.

²³ CRETELLA JÚNIOR, José. *Lições de Direito Administrativo*, 2.ª ed., 1972, José Bushatsky Editor, São Paulo, p. 227.

A tudo isto ele acrescenta, no seu *Tratado de Direito Administrativo*²⁴, que “Se a polícia é uma atividade ou aparelhamento, o poder de polícia é o princípio jurídico que informa essa atividade, justificando a ação policial, nos Estados de direito”, continuando por afirmar que, por sua vez, o “poder da polícia é a possibilidade atuante da polícia, é a polícia quando age. Numa expressão maior, que abrigasse as designações que estamos esclarecendo – insiste José Cretella Júnior –, diríamos: em virtude do poder de polícia o poder da polícia é empregado pela polícia a fim de assegurar o bem-estar público ameaçado”.

4. Polícia administrativa e polícia judiciária

Há, no poder de polícia, uma dicotomia que interessa à preservação e à conservação do meio ambiente. Esse poder administrativo, com efeito, se concretiza em duas atividades, ou seja, a de polícia administrativa e a de polícia judiciária, ambas presentes na temática do Direito Ambiental. A dicotomia, no entanto, tem gerado confusão não só no espírito dos leigos, como também no do legislador, bem como disputas entre entes estatais, autárquicos, fundacionais e paraestatais e, ainda, entre órgãos policiais, que não se acomodam nos limites de suas competências institucionais e, assim, nos limites do poder de polícia, tudo em prejuízo do administrado que, quase sempre, acaba por sucumbir aos abusos de autoridade, por excesso de poder ou desvio de poder, como é comum na administração pública em geral, inclusive no manejo do Direito Ambiental.

O poder de polícia é um poder administrativo, porque, conceitualmente, ele, que legitima o poder da polícia e a própria razão dela existir, é um conjunto de atribuições da administração pública – como poder público – e indelegáveis aos entes particulares – embora estes possam estar ligados àquela –, tendentes ao controle dos direitos e liberdades das pessoas, naturais ou jurídicas, inspirado nos ideais do bem comum, e incidente não só sobre elas, como também em seus bens e atividades.

Daí por que a polícia administrativa e a polícia judiciária são exteriorização de atividade tipicamente administrativa, malgrado a última polícia ser qualificada de judiciária.

²⁴ CRETELLA JÚNIOR, José. *Tratado de Direito Administrativo*, v. V, *Polícia Administrativa*, 1.ª ed., 1968, Forense, Rio de Janeiro, p. 51.

A polícia *administrativa* propriamente dita é preventiva, regida pelas normas e princípios de Direito Administrativo, enquanto que a polícia *judiciária* é repressiva, exercendo atividade administrativa de *auxiliar da repressão criminal*. A polícia *judiciária*, necessário é insistir, não integra o Poder Judiciário, nem como órgão administrativo. Este poder da soberania nacional, num *Estado democrático de direito*, detém o *monopólio da jurisdição* e, bem por isso, ele é que procede a *repressão criminal*, sendo auxiliado pelo órgão do Poder Executivo que, administrativamente, exerce a atividade de polícia *judiciária* e que, assim, deve observar as normas e princípios do Direito Processual Penal.

Em tema de *meio ambiente*, por exemplo, os *órgãos licenciadores*, como possam ser o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis e, ainda, os da Secretaria de Estado do Meio Ambiente, exercem típica atividade de polícia *administrativa*, dando o *consentimento de polícia* ou negando-o, fazendo, inclusive, a *fiscalização de polícia*, dando suas *ordens de polícia* e, falhando todo o mecanismo, verificada a infração às normas da legislação ambiental de regência, quando aplicam as *sanções administrativas de polícia ambiental*, nos limites de suas competências. A *repressão administrativa* não se confunde com atividade de polícia *judiciária*, esta voltada a só apuração de ilícitos penais, inclusive diante do Direito Ambiental e que não se confunde com polícia de segurança, setor da administrativa voltada à prevenção criminal.

O mesmo órgão, porém, pode ser eclético no exercício do *poder de polícia* – e dentro dos limites de sua competência constitucional ou infraconstitucional –, porque age *preventiva* e *repressivamente*, ou seja, passa, necessária e automaticamente, da *atividade policial preventiva* para o exercício da *atividade policial repressiva*, dado que ocorreu o ilícito que não conseguiu evitar. Quando o ilícito for penal, ter-se-á, então, *atividade de polícia judiciária* consubstanciada na denominada *repressão imediata* por parte do órgão policial exercente da *atividade de polícia preventiva*.

Não é, aliás, o rótulo do órgão público que qualifica a atividade de polícia. O que a qualifica em polícia *administrativa* (preventiva) e polícia *judiciária* (repressiva) é sempre a *atividade de polícia em si mesmo desenvolvida*.

Isto está a demonstrar que a *linha de dife-*

renciação, entre o que seja polícia *administrativa* (preventiva) e polícia *judiciária* (repressiva), é bem precisa, porque será sempre a ocorrência ou não de um ilícito penal²⁵, posição nossa acolhida por Maria Zanella Di Pietro²⁶.

Esta distinção é importante em termos de *competência administrativa* para os atos previstos na legislação ambiental em vigor, lembrando-se, a propósito, algo que os órgãos envolvidos no Sistema Nacional do Meio Ambiente – SISNAMA esquecem e originam *conflitos de atribuições*, ou seja, “a primeira condição de legalidade é a competência do agente. Não há em direito administrativo, *competência geral ou universal*: a lei preceitua, em relação a cada função pública, a forma e o momento do exercício das atribuições do cargo. Não é competente quem quer, mas quem pode, segundo a norma de direito. A competência é, sempre, um elemento vinculado, objetivamente fixado pelo legislador”²⁷.

A importância dessa distinção entre polícia *administrativa* e de polícia *judiciária* acentua-se, igualmente, em termos de *competência jurisdicional*, pois o *controle jurisdicional do ato de polícia administrativa* é da competência do órgão jurisdicional a que caiba o processo e julgamento das causas da Fazenda Pública, enquanto que *ato de polícia judiciária* é a do órgão que detenha a competência criminal, tudo como dispuseram as leis de organização judiciária do Estado Federado ou do Distrito Federal, bem como da Justiça Federal, quando caso.

No Estado de São Paulo, por exemplo, sem adentrar na competência da Justiça Federal, *atos de polícia administrativa* praticados por policiais militares na proteção do meio ambiente são julgados pelos juizes de direito que detenham a competência do cível, nas comarcas do interior, enquanto que na de São Paulo e na que tenha a da Fazenda Pública a competência é das Varas da Fazenda Pública, com recurso para o Tribunal de Justiça do Estado, Primeira Seção Civil.

²⁵ LAZZARINI, Álvaro *et alii*. *Direito Administrativo da Ordem Pública*, ed., cit., p. 37.

²⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, Editora Atlas, São Paulo, 1990, p. 90.

²⁷ TÁCITO, Caio. *O Abuso do Poder Administrativo no Brasil – Conceito e Remédios*, edição do Departamento Administrativo do Serviço Público e Instituto Brasileiro de Ciências Administrativas, Rio de Janeiro, 1959, p. 27.

Aliás, em relação à Polícia Militar do Estado de São Paulo é necessário esclarecer que ela integra o *Sistema de Proteção e Desenvolvimento do Meio Ambiente*, mediante as suas unidades de policiamento florestal e de mananciais, incumbidas da *prevenção e repressão* das infrações cometidas contra o meio ambiente, sem prejuízo dos corpos de fiscalização dos demais órgãos especializados, tudo conforme a Constituição do Estado de São Paulo, no seu artigo 195, parágrafo único, que interpretei, sistematicamente, no indicado trabalho sobre *A Proteção do Meio Ambiente pela Polícia Militar* (ver nota 5), concluindo, então, que “a Polícia Militar, principalmente pelas suas unidades especializadas, pode fazer a *prevenção e repressão* das infrações florestais, inclusive o *respetivo inquérito*, salvo quando o fato ocorrer em terras da União ou tiver repercussão interestadual ou internacional, cabendo então o inquérito, e só ele, à Polícia Federal, que detém exclusividade na função”, enquanto que “a Polícia Civil poderá, concorrentemente com a Polícia Militar e ressalvada a competência da Polícia Florestal, efetuar o inquérito sobre as infrações penais florestais, não lhe cabendo missões preventivas, administrativas, por falta de previsão legal, a nível constitucional e infraconstitucional”.

Todo esses aspectos do Direito Administrativo e que envolvem o *poder de polícia* devem ser considerados por quem o detenha no âmbito do *Direito Ambiental*, pois, para considerar-se regular o seu exercício, ele há de ser “desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder”, conforme dispõe o artigo 78, parágrafo único, da Lei federal n.º 5.172, de 25 de outubro de 1966, conhecida como *Código Tributário Nacional*, pois dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e instituiu normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios, lembrando, a propósito, que o poder administrativo que examino, o *poder de polícia*, ainda hoje é referido uma única vez na Constituição da República, ou seja, em seu artigo 145, II, ao cuidar dos princípios gerais do *Sistema Tributário Nacional* e prever “taxas, em razão do exercício do poder de polícia”.

Regular, assim, o *ato de polícia administrativa*, ele goza de atributos, que são o *discricionarismo*, a *auto-executoriedade* e a *coerci-*

bilidade, próprios do *poder de polícia*.

A *discricionariedade* é o uso da liberdade legal de valoração da atividade policiada, sendo que esse atributo diz respeito, também, à gradação das sanções administrativas aplicáveis aos infratores. Lembro, porém, que o *discricionarismo* de que falo diz respeito à conveniência e oportunidade da prática do ato de polícia diante da atividade policiada, não se confundindo com *arbitrio*, com *arbitrariedade*. O *poder de polícia* há de ser exercido dentro dos limites impostos pela lei, pela realidade e pela razoabilidade, sob pena de resvalar para a *arbitrariedade* a autoridade que não observe tais limites, arcando com a consequência jurídica decorrente do seu abuso de autoridade, por excesso ou desvio de poder.

A *auto-executoriedade* do ato de polícia administrativa importa em ele produzir todos os seus efeitos de imediato, isto é, ser colocado em execução desde logo, independente de prévia autorização do Poder Judiciário, que só poderá ser chamado a intervir *a posteriori*. Lembro, novamente, que o *poder de polícia* objetiva conter excessos, a atividade anti-social e, em tema do *meio ambiente*, preservar ou conservar a denominada *massa verde* (florestas, matas, etc.) e a chamada *massa cinza* (meio urbano), dando proteção ao homem contra a degradação ambiental, razão pela qual não ser possível condicionar atos de polícia à prévia aprovação de qualquer outro órgão de poder estranho à administração pública.

No que se refere à *coercibilidade*, lembro que todo *ato de polícia* é imperativo, isto é, obrigatório ao seu destinatário, que, se resistir, ensejará, até mesmo, o emprego de força física para a remoção do obstáculo oposto ao seu cumprimento. O *ato de polícia*, bem por isso, não é facultativo ao administrado, de vez que tem *coercibilidade estatal* para torná-lo efetivado. Essa *coerção*, como visto, dado o atributo da *auto-executoriedade*, independente de autorização judicial, porque é a própria administração pública que decide e toma as providências cabíveis para a realização do que se decidiu, impessoalmente, inclusive aplicando, dentro da *discricionariedade* que lhe é inerente as penalidades administrativas que a lei de regência expressamente indique para infrações administrativas ao Direito Ambiental.

A propósito da *sanção de polícia*, aliás, alinhoe-me com o publicista alemão Otto Mayer, separando a *pena de polícia* do *constrangi-*

mento de polícia, que se caracteriza no obrigar outrem a fazer ou deixar de fazer o que era de seu desejo, subordinando-o compulsoriamente, de maneira pessoal, imediata e direta, ao interesse público. Por sua vez, a pena de polícia, limitada à esfera administrativa e prevista taxativamente na legislação de regência da atividade policiada, tem sentido de castigo, ainda que por imposição pecuniária, revelando-se como intervenção punitiva do Estado sobre as atividades e as propriedades particulares dos administrados, sendo aplicadas, unilateral e imperativamente aos infratores²⁸, por quem tenha competência legal para tanto.

5. Limites do poder de polícia

O poder de polícia, fique certo, não é ilimitado, não é carta branca para quem exerce atividade de administração pública fazer ou deixar de fazer alguma coisa no seu devido tempo, arbitrariamente.

Repito que a Lei federal n.º 5.172, de 25 de outubro de 1966, no seu artigo 78, parágrafo único, só considera "regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder".

Como se verifica, a própria norma infraconstitucional, que cuida do exercício do poder de polícia a que se refere o artigo 145, II, da Constituição da República, impõe barreiras ou limites intransponíveis, que abrigam as atividades humanas, protegendo-as contra os desmandos, por ação ou omissão, dos governantes e administradores públicos, e que são de três ordens no esboço magistérico de José Cretella Júnior: "os direitos dos cidadãos; as prerrogativas individuais; as liberdades públicas garantidas pelas Constituições e pelas leis"²⁹.

O mesmo publicista não erra quando, porém, abordando o tormentoso tema dos limites do poder de polícia, com grande propriedade e acuidade, observou que, sendo discricionário e não arbitrário esse poder administrativo, fixa-

do assim o conceito, fica-se diante do mais crucial, relevante e moderno problema do direito público: "onde termina o discricionário? onde principia o arbitrário?"³⁰.

Essa, na realidade do dia-a-dia, a tormentosa questão com que se defrontam os operadores do direito público, sejam juristas ou simples policiais que desempenham suas ingratas missões nas ruas, nas matas e florestas, em locais de difícil acesso, sem falar do transtorno representado pelo transporte e guarda de animais e aves apreendidas, colocando-lhes a incolumidade física em risco. Essas missões policiais são desempenhadas fora do recesso dos gabinetes acarpitados e refrigerados, longe dos manuais de Direito Administrativo ou de Direito Processual Penal e, no caso do meio ambiente, sem tempo de pedir ao infrator oportunidade de verificar a completa legislação ambiental.

Em outras palavras – e fica a observação de quem já foi policial militar e hoje é Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e Professor de Direito Administrativo –, diferentemente de integrantes de outras carreiras, o policial, inclusive o policial florestal, deve decidir normas jurídicas amplas e vagas, na dinâmica do cumprimento da missão policial, em condições quase sempre adversas, não podendo fugir do estrito cumprimento do dever legal de, em defesa da cidadania, em defesa do meio ambiente, etc., fazer aquelas escolhas críticas em questão de fração de segundo, a que alude George L. Kirkham, professor de criminologia da Universidade da Flórida, Estados Unidos da América, em artigo intitulado *De Professor a Policial*³¹, crítica escolha que será sempre tomada com aquela incômoda certeza de que outros, aqueles que tinham tempo de pensar, estariam prontos para julgar e condenar aquilo que fizera ou aquilo que não tinha feito, ou seja, condenado-o como abusivo (de autoridade) ou prevaricador.

Feita essa observação, volto, porém, a insistir, com José Cretella Júnior, que "Do mesmo modo que os direitos individuais são relativos, assim também acontece com o poder de polícia que, longe de ser onipotente, incontrolável, é circunscrito, jamais podendo pôr em perigo a

²⁸ LAZZARINI, Álvaro. "O Esforço no Contexto do Trânsito", *Revista de Informação Legislativa*, Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, Brasília, a. 30, n. 117, jan./mar.1993, pp. 67-88; *idem* revista *Unidade*, editada pela Associação para Pesquisas Policiais (Oficiais PM da Brigada Militar do Rio Grande do Sul), Porto Alegre, n.º 16.

²⁹ CRETELLA JÚNIOR, José. *Lições de Direito Administrativo* – ed. e p. citadas.

³⁰ CRETELLA JÚNIOR, José. "Polícia e Poder de Polícia", *Revista de Direito Administrativo*, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, v. 162, p. 30.

³¹ KIRKHAM, George L. "De Professor a Policial", *Seleções do Reader's Digest*, março de 1975, Brasil, p. 84.

liberdade e a propriedade. Importando, regra geral, o poder de polícia, restrições a direitos individuais, a sua utilização não deve ser excessiva ou desnecessária, para que não configure o abuso de poder. Não basta que a lei possibilite a ação coercitiva da autoridade para justificação do ato de polícia. É necessário, ainda, que se objetivem condições materiais que solicitem ou recomendem a sua inovação. *A coexistência da liberdade individual e o poder público repousam na conciliação entre a necessidade de respeitar essa liberdade e a de assegurar a ordem social.* O requisito da conveniência ou do interesse público é, assim, pressuposto necessário à limitação dos direitos do indivíduo. Escreve Mário Masagão: "Pode a polícia preventiva fazer tudo quanto se torne útil à sua missão, desde que com isso não viole direito de quem quer que seja. Os direitos que principalmente confinam a atividade de polícia administrativa são aqueles que, por sua excepcional importância, são declarados na própria Constituição"³².

Dá ser possível distinguir, com Diogo de Figueiredo Moreira Neto, três sistemas de limites ao exercício discricionário do *poder de polícia* e que são: a *legalidade*, a *realidade* e a *razoabilidade*, sendo que "A *legalidade* conforma o primeiro e o mais importante dos sistemas de limites e é a moldura normativa dentro da qual deve-se conter o exercício do poder de polícia de segurança. ... A *realidade* é o segundo sistema. Não basta que estejam diretamente observados os parâmetros legais. É preciso que os pressupostos de fato do exercício do poder de polícia de segurança pública sejam *reais*, bem como realizáveis as suas consequências. A vivência do direito não comporta fantasias. O irreal tanto não pode ser a fundamentação como tampouco pode ser o objeto de um ato do poder público. Enquanto limite, a *realidade* também resulta óbvia, pois o mediano bom senso pode detectar a inconsistência da atuação policial se não se manifestam como *reais* ou *realizáveis* os motivos e objetos considerados, respectivamente, como fundamentos e resultados visados. A *razoabilidade*, por fim, é o terceiro sistema de limite, que modernamente pode-se estabelecer para distinguir a discriminação do arbítrio. Seu envolvimento mais recente deixa patente sua maior sofisticação, a começar do referencial, que é o mais difícil trato doutrinário

³² CRETILLA JÚNIOR, José. Op. cit., pp. 31-32.

e o mais elusivo na prática operativa: a *finalidade*. De modo amplo, a *razoabilidade* é uma relação de coerência que se deve exigir entre a manifestação da vontade do poder público e a finalidade específica que a lei lhe adscribe"³³.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto, aliás, na sua premiada monografia sobre *legitimidade e discricionariedade*³⁴, faz novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade e afirma *verbis*:

"Nossa sistematização parte de dois princípios que ao tempo de Forsthoff não tinham curso e que hoje ganham os mais sérios tratamentos de doutrina e ascendem até aos projetos constitucionais. São dois princípios técnicos que não existem autonomamente mas servem de instrumentos para que se afirmem os princípios substantivos: são eles o princípio da realidade e o princípio da razoabilidade".

Maria Sylvia Zanella Di Pietro também sustenta que

"A discricionariedade não é mais a liberdade de atuação limitada pela lei, mas a liberdade de atuação limitada pelo direito. ... À medida em que o princípio da legalidade adquire conteúdo material antes desconhecido, dos limites puramente formais à discricionariedade administrativa, concernentes à competência e à forma, outros princípios foram sendo acrescentados, principalmente pela jurisprudência dos países em que o papel do Poder Judiciário não se resume à aplicação pura e simples da lei formal, mas se estende à tarefa de criação do direito"³⁵.

6. Controle do ato de polícia

Tudo o quanto foi exposto deve ser considerado pelos órgãos superiores, na fiscalização dos atos de polícia dos órgãos subordinados, pois dentro da hierarquia, a autoridade

³³ FIGUEIREDO MOREIRA NETO, Diogo de. *Considerações sobre os limites da discricionariedade do exercício do Poder de Polícia de segurança pública*, "Intervenção em Painel sobre o tema, no 1.º Congresso Brasileiro de Segurança Pública, Fortaleza, Ceará, em maio de 1990.

³⁴ FIGUEIREDO MOREIRA NETO, Diogo de. *Legitimidade e Discricionariedade*, 1.ª ed., 1989, Editora Forense, Rio de Janeiro, p. 37.

³⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*, Editora Atlas, São Paulo, 1991, p. 171.

administrativa superior deve, *ordinariamente*, proceder o controle preventivo ou sucessivo desses atos, de modo a lhes garantir a *legalidade* e a *conveniência*, esta quanto aos efeitos do ato e quanto aos meios adequados para a sua prática³⁶.

Se tal inoocorrer, ou seja, se por ação ou omissão da autoridade administrativa competente perpetrar-se o abuso de autoridade, por excesso de poder ou desvio de poder, restará àquele que se sinta prejudicado a busca do controle jurisdicional do ato de polícia que ultrapassou os *limites do poder de polícia*, merecendo destaque, por correta, a afirmação de José Cretella Júnior no sentido de que "Julgando, embora, *casos concretos*, o Poder Judiciário tem assinado, de modo genérico, os *limites do poder de polícia*, sob a forma de regra ou princípio, decidindo que as barreiras ao exercício desse poder se encontram na sua própria finalidade, que é a promoção do bem público", pois "o *poder de polícia* entra no conceito da defesa dos direitos e dos interesses sociais do Estado, cabendo aos tribunais dizer dos limites em que aquele exercício deve conter-se"³⁷.

Em outras palavras, no dizer de Cândido Rangel Dinamarco, o Poder Judiciário faz a "*justiça do caso concreto*", ou seja, o juiz é o artífice dessa *justiça*, que ele há de construir com mãos habilidosas, tendo a lei como instrumento e os seus sentimentos como fonte de inspiração³⁸.

Torna-se, assim, possível concluir o estudo dos *Aspectos Administrativos do Direito Ambiental*, voltados para o regular exercício do *poder de polícia ambiental*.

É o que farei em seguida.

7. Conclusões

O Direito Administrativo tem como dos seus mais importantes capítulos o *Direito Ambiental*, com dois sub-ramos, ou seja, o *Direito Ecológico* e o *Direito Urbanístico*.

O implemento de medidas legais pelo poder público para a proteção ambiental do homem, como firmado na *Conferência das Nações Uni-*

³⁶ MASAGÃO, Mário. *Curso de Direito Administrativo*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 5.ª ed., 1974, pp. 63-64.

³⁷ CRETILLA JÚNIOR, José. Op. cit., p. 32.

³⁸ RANGEL DINAMARCO, Cândido. "Discurso de Posse no Primeiro Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo no cargo de Juiz", *Julgados dos Tribunais de Alçada Civil de São Paulo*, Lex Editora, São Paulo, v. 65, p. 280.

das sobre o Meio Ambiente Humano, na denominada *Declaração de Estocolmo*, de 1972, e nas que se lhe seguiram, em especial na *Declaração do Rio de Janeiro* (UNCED/92), só se torna possível, *administrativa, civil e penalmente*, pelo regular exercício do *poder de polícia*, quer na *preservação*, quer na *conservação* do meio ambiente.

A *preservação* não admite o uso do meio ambiente, com ausência de *ação antrópica*. A *conservação*, ao contrário, admite o uso do meio ambiente, com o *manejo auto-sustentado*.

Em tema de *meio ambiente* o *poder de polícia* há de ser exercido pela denominada *Polícia Ambiental*, que pode ser exercida pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, tendo, sempre, por objeto de sua atividade o limite dos direitos individuais, não só das pessoas físicas, como também das pessoas jurídicas, de direito privado ou de direito público.

Os *órgãos licenciadores do meio ambiente*, como possam ser o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais e Renováveis e, ainda, os da Secretaria de Estado do Meio Ambiente, exercem típica atividade de *polícia administrativa*, isto é, de *polícia administrativa ambiental*, dando o *consentimento de polícia* ou negando-o, fazendo inclusive a *fiscalização de polícia ambiental*, dando as suas *ordens de polícia* e, falhando todo o mecanismo, verificada a infração às normas da legislação ambiental de regência, quando aplicando as *sanções administrativas de polícia ambiental*, nos limites de suas competências.

A *repressão administrativa das infrações ambientais* não se confunde com atividade repressiva de *polícia judiciária*, esta voltada à só apuração de ilícitos *penais*, inclusive, diante do Direito Ambiental e que, também, não se confunde com *polícia de segurança*, setor da administrativa voltado à prevenção criminal.

Todos esses aspectos do Direito Administrativo e que envolvem o poder de polícia devem ser considerados por quem o detenha no âmbito do *Direito Ambiental*, pois, para considerar-se regular o seu exercício, ele há de ser desempenhado por órgão público competente nos limites da lei aplicável, com observância do devido processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha por discricionária, sem excesso ou desvio de poder, vale dizer sem abuso de autoridade.

Regular o *ato de polícia ambiental*, ele goza de *atributos*, como qualquer outro *ato de poli-*

cia administrativa e que são o *discricionaris-*mo, a *auto-executoriedade* e a *coercibilidade*, próprios do poder de polícia.

O poder de polícia, insista-se, objetiva conter excessos, a atividade anti-social e, em relação ao meio ambiente, preservar ou conservar a denominada *massa verde* (florestas, matas, etc.) e a chamada *massa cinza* (meio urbano), dando proteção ao homem contra a degradação ambiental, razão pela qual não se possível condicionar atos de polícia ambiental à prévia aprovação de qualquer outro órgão de poder estranho à Administração Pública Ambiental.

Não sendo o ato de polícia ambiental facultativo ao seu destinatário - pessoa física ou jurídica, de direito privado ou de direito público -, é a Administração Pública Ambiental que decide e toma as providências cabíveis para a efetivação do que decidiu, impessoalmente, inclusive aplicando, dentro da *discricionari-*iedade que lhe é peculiar, as penalidades administrativas ambientais que a lei de regência, expressamente, indique para as infrações administrativas previstas no Direito Ambiental.

O ato de polícia ambiental está sujeito a limites impostos pelos princípios da legalidade, realidade e razoabilidade, o que deve ser considerado pelos órgãos ambientais superio-

res, na fiscalização que exercem sobre os que lhe são subordinados. A autoridade ambiental superior, assim, deve, *ordinariamente*, proceder o controle, *preventivo* ou *sucessivo*, desses atos, de modo a lhes garantir a legalidade e a conveniência, esta quanto aos efeitos do ato de polícia ambiental e quanto aos meios adequados para a sua prática.

Se por ação ou omissão da autoridade administrativa ambiental competente perpetrar-se o abuso de autoridade, por excesso de poder ou desvio de poder, restará àquele que se sinta prejudicado a busca do controle jurisdicional do ato de polícia ambiental que tenha ultrapassado os limites do poder de polícia ambiental, para que ocorra a denominada "Justiça do caso concreto", ou seja, a "Justiça do Caso Concreto Ambiental".

Enfim, o poder de polícia ambiental é um excelente instrumento jurídico que podemos contar para tornar efetiva a norma constitucional do artigo 225 da Constituição da República, ou seja, para que todos, de fato, tenham direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, razão de impor-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Fato jurídico – Ato jurídico – Negócio jurídico

ZENO VELOSO

1. Fatos jurídicos são acontecimentos naturais ou ações humanas que produzem consequências jurídicas. Aqui, empregamos a locução “fatos jurídicos” em sentido amplo, geral *lato sensu*. Na célebre definição de Savigny (*Droit Romain*, trad. de Guénoux, § CIV), fatos jurídicos são os acontecimentos em virtude dos quais as relações de direito nascem e terminam. Alguns doutrinadores têm demonstrado ser incompleta a definição do grande mestre alemão, porque os fatos jurídicos não produzem o efeito somente de criar ou extinguir as relações jurídicas, mas também conservam ou modificam direitos ou relações jurídicas.

O fato, para ser qualificado como *fato jurídico*, tem de repercutir no mundo do direito, apresentar significação jurídica, produzir efeitos jurídicos. O mesmo fato pode ser jurídico, ou não, conforme tenha, ou não, gerado consequências jurídicas. Um período de seca pode não ter causado alteração no mundo jurídico. Foi uma seca, simplesmente; fato natural, fato puro. Se a seca, todavia, causou vítimas, matou o gado, destruiu a lavoura, determinou a migração de pessoas, é um fato jurídico.

Os fatos jurídicos oriundos de acontecimentos naturais chamam-se fatos jurídicos *stricto sensu*, ou fatos jurídicos em sentido estrito. Representam uma alteração da ordem jurídica *sem* fato humano, *sem* participação da vontade do homem. Ex.: aluvião, avulsão, criação e maturação de frutos, mudança de curso do rio, inundação, seca, passar do tempo, nascimento, morte.*

* Na morte, pode ocorrer uma eventual voluntariedade, embora isto não tenha relevância para os efeitos jurídicos respectivos (abertura da sucessão, transmissão da herança). A morte, propriamente, é fato natural, portanto, fato jurídico *stricto sensu*. Já o homicídio ou o suicídio têm consequências jurídicas que atendem à sua voluntariedade.

Zeno Veloso é Professor de direito civil na Universidade Federal no Pará e Universidade da Amazônia (UNAMA).

Os fatos jurídicos que resultam de ações humanas, que derivam de um comportamento do agente, que decorrem da vontade do homem, denominam-se, genericamente, *atos jurídicos*.

2. Para a doutrina clássica, de inspiração francesa, os atos jurídicos não comportam subdivisão. Abrangem todos os fatos jurídicos dependentes de ação humana, ou cujos efeitos se prendem à vontade do declarante.

O Código Civil Brasileiro, seguindo o direito francês, adotou a teoria monista, deixando de fazer qualquer segmentação dos atos jurídicos, *considerando como tais, englobadamente*, todos os que produzem efeitos jurídicos em decorrência da ação humana, de comportamento do homem, ou da vontade do agente.

Já a concepção dualista usa a expressão *ato jurídico* em sentido lato, distinguindo duas categorias: ato jurídico em sentido estrito e negócio jurídico.

Em razão da ciência pandectista alemã, do século XIX, foi criada a figura do negócio jurídico - *Rechtsgeschäft*. Da Alemanha, a dogmática do negócio jurídico se expandiu para todo o continente europeu, sendo, hoje, quase universalmente consagrada, embora não tenha conseguido penetrar com sucesso na França.

Na Alemanha, sobre o assunto, muitos e renomados juristas escreveram, podendo citar-se: Hugo (o primeiro a utilizar a expressão *Rechtsgeschäft*), Savigny, Puchta, Thibaut, Brinz, Thon, Windscheid, Büllow, Zitelmann, Regelsberger, Enneccerus, Manigk e Klein. Na Itália, onde a doutrina do negócio jurídico teve grande desenvolvimento, são importantes as obras de Ferri, Santoro-Passarelli, Cariota-Ferrara, Scognamiglio e Betti (este último, a maior cultura jurídica recente da Europa). Na Espanha, há o grande livro de Federico de Castro y Bravo *El Negocio Jurídico*.

A doutrina brasileira, salvo poucas exceções, adota, francamente, a distinção entre ato jurídico em sentido estrito e negócio jurídico. O Código Civil Brasileiro, entretanto, não fez separação, regulando, apenas, o ato jurídico. O que nosso Código Civil, art. 81, define como *ato jurídico*, na verdade, é negócio jurídico, devendo-se registrar que o art. 81 inspirou-se no art. 437 do *Esboço*, de Teixeira de Freitas, observando este juriconsulto (*Código Civil - Esboço*, ed. do Ministério da Justiça, 1983, v. 1, p. 147): "Os atos jurídicos são declarações de vontade, têm por fim imediato criar, modificar

ou extinguir direitos, porque nesse sentido se exprime a vontade dos agentes".

Informa José Carlos Moreira Alves (*A Parte Geral do Projeto de Código Civil Brasileiro*, 1986, Saraiva, SP, p. 97) que é na disciplina dos negócios jurídicos que o Projeto de Código Civil, no tocante à sua Parte Geral, apresenta maiores alterações em face do Código Civil vigente, ponderando que não se pode negar que atos jurídicos há, a que os preceitos que regulam a vontade negocial não têm inteira aplicação, dizendo: "Atento a essa circunstância, o Projeto de Código Civil brasileiro, no Livro III de sua Parte Geral, substituiu a expressão genérica *ato jurídico*, que se encontra no Código em vigor, pela designação específica *negócio jurídico*, pois é a este, e não necessariamente àquele, que se aplicam todos os preceitos ali constantes. E, no tocante aos atos jurídicos lícitos que não são negócios jurídicos, abriu-lhes um título, com artigo único, em que se determina que se lhes aplique, no que couber, as disposições disciplinadoras do *negócio jurídico*. Seguiu-se, nesse terreno, a orientação adotada, a propósito, no art. 295.º do Código Civil Português de 1967".

3. Já vimos que fatos jurídicos *lato sensu* são acontecimentos naturais ou ações humanas que produzem efeitos jurídicos. Os fatos jurídicos oriundos de acontecimentos naturais, *sem ato ou vontade do homem*, chamam-se fatos jurídicos *stricto sensu*. Por sua vez, os fatos jurídicos que decorrem de comportamento humano ou da manifestação da vontade denominam-se atos jurídicos *lato sensu*, que se subdividem em atos jurídicos *stricto sensu* (ou atos jurídicos em sentido estrito, ou atos jurídicos não-negociais) e negócios jurídicos. Façamos a distinção entre as duas figuras.

No ato jurídico em sentido estrito, a ação humana ou a manifestação de vontade funciona como *mero pressuposto de efeitos preordenados pela lei*. Trata-se de caso em que o comportamento ou a vontade concretiza, apenas, o suporte fático necessário para criar o fato, fazê-lo entrar no mundo jurídico. A eficácia dele, porém, é predeterminada na lei. As consequências jurídicas dão-se, necessariamente, sem que a vontade do agente possa modificá-las, ampliá-las, restringi-las ou evitá-las.

Note-se, o ato jurídico em sentido estrito é fruto da ação humana, de uma atitude, de um comportamento, da manifestação de vontade. Porém, embora careça disto para existir (pres-

suposto), os efeitos ocorrem inexoravelmente, *ex lege*, independentemente de terem sido, ou não, *queridos*. A atitude humana ou a vontade, então, é dado necessário e poderoso para criar o ato, dar existência e vida ao fenômeno, mas não tem intensidade e força para estabelecer o resultado, nem o poder de provocar efeito diverso. Não há regulamentação da autonomia privada, mas uma determinação do ordenamento jurídico. A lei fixa, rigorosamente, as conseqüências, sem levar em consideração uma correspondente vontade de resultado do declarante, ou do agente.

Pelo exposto, e segundo nossa visão, são atos jurídicos em sentido estrito: fixação de domicílio, reconhecimento de filiação, quitação, confissão, notificação, interpelação, emancipação, declaração de nascimento, casamento, adoção, etc.

Analisemos o domicílio: se alguém estabelece sua residência, com ânimo definitivo, pratica uma ação, ou manifesta vontade, que é mero pressuposto, simples suporte fático de um efeito jurídico determinado na lei: a constituição de domicílio. Não pode a pessoa estabelecer efeito contrário, pretendendo, por exemplo, que, embora seja ali a sua residência com ânimo definitivo, não seja no dito local o seu domicílio. No mesmo sentido, o que reconhece a filiação, não pode afastar ou restringir os deveres paternos, cogentemente disciplinados na lei.

4. A doutrina alemã distingue, ainda, o que denomina atos reais - *Realakten* -, ou atos materiais *Tathandlungen*, que são os atos humanos dos quais decorrem conseqüências jurídicas, sem que se dê relevância ao elemento volitivo. Diante de uma atitude, de um comportamento, da mera atuação ou conduta humana decorrem efeitos jurídicos, sem que se leve em conta uma respectiva vontade do agente para a obtenção do resultado.

Pontes de Miranda (*Tratado de Direito Privado*, t. II, § 209, p. 372) opina que eles escapam às classes dos negócios jurídicos e dos atos jurídicos *stricto sensu*, e denomina-os *atos-fatos jurídicos*. Não é preciso que se tenha querido a juridicização deles, nem, obrigatoriamente, a irradiação de efeitos. São atos humanos que entram no mundo jurídico por si mesmos, sem se atender à vontade dos agentes. A conduta em si é que importa, e a conseqüência jurídica se opera sem que se considere o elemento vontade, o dado psíquico interior, a circunstância de o agente ter, ou não, uma vontade corres-

pondente ao resultado. O autor apresenta como exemplos dos chamados atos-fatos jurídicos: a tomada de posse, a especificação e a ocupação.

A ocupação é modo originário de aquisição da propriedade dos bens móveis, pelo fato de alguém apreender a coisa sem dono. Aquele que se apropria da coisa que não tem dono - *res nullius, res derelicta** -, adquire-lhe o domínio (Código Civil, artigo 592).

Na ocupação, diante do assenhoreamento, do gesto, da atitude, a lei fixa a conseqüência, pela ação em si, pelo simples fato da apreensão, sem considerar a vontade. A caça, a pesca, a invenção são formas de ocupação.

O ribeirinho que lança a tarrafa na água, o que quer é apanhar o peixe para alimentar-se e à família. É um ato mecânico, puramente externo, o que ele pratica. E a lei confere efeitos a tal atitude, por sua expressão exterior em si, sem cogitações com relação à vontade do agente. Por força do art. 600 do Código Civil, pertence ao pescador o peixe que pescar. Trata-se de caso em que se adquire a propriedade. Talvez o ribeirinho nem saiba que existe um Código Civil, e nem esteja refletindo sobre qualquer efeito jurídico de seu gesto. O que quer é saciar a fome, sem se aperceber que o ato de pescar tem uma significação jurídica. Há, no caso, um comportamento que o direito considera relevante, conferindo-lhe conseqüências.

Pondere-se, todavia, que o comportamento do ribeirinho, embora possa não ser intencional (vontade de resultado), é uma atuação da vontade, afinal, um ato de vontade.

Outro exemplo que se oferece dos ditos *atos reais* é a especificação, que consiste na operação pela qual uma pessoa transforma a coisa móvel, pertencente a outrem, em espécie nova. Pela transformação da matéria-prima, através do trabalho ou indústria, em espécie nova, o especificador adquire-lhe a propriedade (Código Civil, art. 611). A pintura, a gravura, a escultura são formas de especificação. O ato real do homem determina o efeito jurídico, sem que valorize a vontade. Marcos Bernades de Mello (*Teoria do Fato Jurídico*, 1.^a ed., 1985, p. 137) pon-

* *Res nullius* é a coisa de ninguém, a coisa sem dono, e que nunca foi apropriada (os animais bravios, nas florestas; os peixes, nos rios; os minerais e vegetais que o mar lança nas praias). *Res derelicta* é a coisa sem dono, porém, que teve proprietário, e que foi abandonada por este (derrelicção), com a intenção de desfazer-se dela (v. *Institutas*, 2, 1, § 47; C.C., art. 592).

dera que na especificação interessa o resultado que se obteve, indiferentemente de ter havido, ou não, vontade de obtê-lo, aduzindo: "O louco que pinta um quadro adquire a sua propriedade e não importa ao menos se ele sabia, ou não, o que estava realizando".

De nossa parte, evitando excesso de abstração e pela necessidade, até, de simplificar as coisas, incluímos estes denominados atos reais, atos materiais ou atos-fatos jurídicos dentre os atos jurídicos *stricto sensu*, sem criar para eles uma categoria diferente. Seguimos a doutrina de que todo comportamento humano deve ser considerado um ato, sem que se tenha de adentrar num campo nebuloso, numa investigação difícilíssima, quanto a de saber se o agente que praticou o ato, que materializou a conduta, tinha ou não consciência dos efeitos que vai gerar, ou interesse neles. Embora não exista uma expressão declaratória, a manifestação de vontade se deduz pelo comportamento, deduz-se pela atitude do agente. Caio Mário da Silva Pereira (*Instituições de Direito Civil*, 12.^a ed., 1990, v. I, n.º 83, p. 332) leciona que, quando se fala em declaração de vontade, emprega-se a palavra em sentido lato, e não é mister que o agente faça uma declaração formal, através da palavra escrita ou falada, bastando que traduza o seu querer por uma atitude inequívoca, seja esta efetuada através do veículo habitual de expressão, seja por um gesto, exemplificando: "Casos há mesmo, em que manifestação de vontade se verifica por uma atitude, em que não há expressão declaratória, como no do indivíduo que recolhe a concha atirada pelo mar à praia, e que constitui um negócio de aquisição por ocupação". A palavra "negócio", empregada no texto, está em sentido amplo, e não como "negócio jurídico". A pessoa que recolhe a concha atirada pelo mar à praia, adquire-lhe a propriedade. O direito considera e valoriza a atitude em si, sem exigir uma correspondente vontade de resultado. Em nosso entendimento, estamos diante de um ato jurídico em sentido estrito

5. Vista, já, a hipótese do ato jurídico em sentido estrito, em que a manifestação de vontade é mero pressuposto de efeitos jurídicos necessários, impostos pela lei, há casos, todavia, em que a vontade tem maior vigor e intensidade: a pessoa declara a vontade, e esta tem força, não apenas para criar o fato jurídico, podendo, ainda, estabelecer termos, encargos, condições, cláusulas de toda espécie, as mais diversas estipulações, que dão ao fato jurídico

o sentido próprio que almeja o declarante, com a provocação de efeitos correspondentes aos seus objetivos e interesses. Há uma vontade de resultado. Está-se diante do *negócio jurídico*.

Negócio jurídico não é, somente, ato voluntário, mas ato que decorre da declaração de vontade, que pode ser unilateral ou bilateral. Declaração de vontade é manifestação de vontade *qualificada*, destinada a produzir efeitos jurídicos.

Nenhum outro instituto jurídico expressa, com tanta nitidez, a liberdade humana quanto o negócio jurídico, dando sentido, concreitude (ou concreitude, como prefere o mestre Miguel Reale) e efeitos práticos à autonomia da vontade, à auto-regulamentação de interesses privados. Os contratos, por excelência, são negócios jurídicos. Dentre os atos unilaterais, exemplo capital de negócio jurídico é o testamento.

A declaração de vontade, obviamente, para que alcance os resultados queridos pelo agente não deve contrapor-se à lei, à ordem pública e aos bons costumes. A relação negocial que exsurge da declaração de vontade – com os respectivos efeitos – deve estar *conforme* o direito, que, afinal, confere juridicidade à vontade humana.

Observe-se: o negócio jurídico não tem, exatamente, os efeitos que o declarante quer que tenha; ele terá os efeitos que o ordenamento jurídico admite que o que foi querido possa ter. Neste sentido, Antônio Junqueira de Azevedo (*Negócio Jurídico – Existência, Validade e Eficácia*, 1974, p. 20) define: "In concreto, negócio jurídico é todo fato jurídico consistente em declaração de vontade, a que o ordenamento jurídico atribui os efeitos designados como queridos, respeitados os pressupostos de existência, validade e eficácia, impostos pela norma jurídica que sobre ele incide".

6. Os atos jurídicos em sentido estrito e os negócios jurídicos, que, acima, tentamos distinguir, têm um ponto importante em comum: eles só são admitidos se realizados conforme o ordenamento legal. A *liceidade* é da essência dos mesmos.

Há casos, todavia, em que a conduta humana contrapõe-se à ordem jurídica. Se o procedimento está em desacordo com o ordenamento, surge o *ato ilícito*, que é lesivo ao direito de outrem, e gera deveres para o responsável. Sobre a matéria, dispõe o artigo 159 do Código Civil: "Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito

ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano". No projeto de Código Civil, artigo 186, está dito: "Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito".

Os atos ilícitos geram conseqüências, produzem, também, efeitos jurídicos. Mas efeitos impostos pela lei, *contra* a vontade do agente, do responsável, do causador do dano, com o fito de restabelecer a ordem jurídica turbada pelo ato praticado. Ao contrário do que acontece nos atos jurídicos em geral (tanto no ato jurídico *strito sensu*, como no negócio jurídico), nos atos ilícitos não há nexo de causalidade entre a vontade e os efeitos jurídicos. Não é a vontade, o querer do agente, mas a *responsabilidade* do causador do dano que prepondera, e produz conseqüências. O nexo de causalidade que se exige é entre o dano e a ação. A responsabilidade civil decorre de um vínculo entre a ação – elemento constitutivo da responsabilidade – e o dever de indenizar o dano.

Muitos doutores consideram o ato ilícito, também, um ato jurídico, sobretudo pela circunstância de ele, igualmente, produzir efeitos jurídicos.

Não integramos esta corrente. Primeiramente, porque a lei ao definir o ato jurídico, exige que ele seja ... *lícito* (Código Civil, art. 81), tratando-se de norma em vigor no país há quase um século. Embora se saiba que o direito não se esgota na lei, não vemos razão, no caso, para a doutrina "revogar" o preceito legal. Depois, porque os efeitos do ato ilícito não derivam da vontade do agente, ao contrário, o ato ilícito gera *obrigação* para o responsável, independentemente da vontade, ou até contra a vontade deste. E, afinal, se o ato ilícito fosse ... ato jurídico, o ato antijurídico, qual seria? Caio Mário da Silva Pereira (*ob. e v. cit.*, n.º 82, p. 326) leciona que "não são todas as ações humanas que constituem atos jurídicos, porém apenas os que traduzem *conformidade* com a ordem jurídica, uma vez que as contravenientes às determinações legais vão integrar a categoria dos atos ilícitos, de que o direito toma conhecimento, tanto quanto dos atos lícitos, para regular-lhes os efeitos".

A nosso ver, embora gerando efeitos jurídicos, o ato ilícito não deve ser considerado ato jurídico, que, por definição, é lícito. Porém, pelos efeitos jurídicos que enseja, o ato ilícito, sem dúvida, é um *fato* jurídico (em sentido lato),

Os atos ilícitos, doutrina Orosimbo Nonato (*Da Coação Como Defeito do Ato Jurídico*, 1.ª ed., 1957, Forense, Rio, n.º 7, p. 16), são ações contrárias ao direito, lesivas do direito alheio, causadoras de dano e originam o dever de reparar, explicitando o autor: "Os atos ilícitos são, assim, atos jurígenos, produzem conseqüências de direito", advertindo: "Nem todos os atos jurígenos são atos jurídicos, porque não se armam ao fim imediato de produzir a conseqüência de direito querida pelo agente", para concluir: "O delito é ato gerador de responsabilidade, e, pois, de direitos, *mas deixa de constituir ato jurídico por não ser aquela conseqüência a visada pelo agente*" (grifamos).

Quando defendemos a tese de que o ato ilícito não é um ato jurídico, não estamos simplesmente negando juridicidade e liceidade, como a dizer que só é jurídico o que for lícito. O ilícito também está inserido nos domínios do jurídico, o que não implica que ele seja um *ato* jurídico.

Hans Kelsen (*Teoria Pura do Direito*, trad. portuguesa de João Baptista Machado, 4.ª ed., 1976, Coimbra, p. 169) trouxe esclarecimentos definitivos sobre o tema, explicando que na designação de *não-direito* (ilícito), *contradição* com o direito, *quebra* do direito, *violação* do direito, exprime-se a idéia de uma negação do direito, a representação de algo que está *fora* do direito e contra ele, que ameaça, interrompe ou mesmo suprime a existência do direito, e esta representação, segundo o genial jurisconsulto, está errada. O ilícito aparece como um pressuposto (condição) e não como uma negação do direito, concluindo Kelsen: "então, mostra-se que o ilícito não é um fato que esteja fora do Direito e contra o Direito, mas é um fato que está dentro do Direito e é por este determinado, que o Direito, pela sua própria natureza, se refere precisa e particularmente". Estes conceitos não infirmam nosso posicionamento.

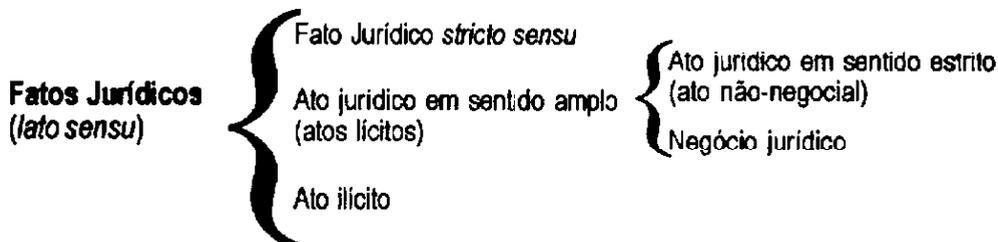
No ilícito, o pressuposto é a ação ou a omissão à qual a norma confere uma sanção punitiva. Esta sanção é o efeito *jurídico* do ato ilícito. A conseqüência fática, o efeito material do ilícito pode até ser a destruição de uma coisa, o prejuízo econômico, a morte de uma pessoa, conforme o caso. Porém, a conseqüência jurídica do ato ilícito é o dever de reparar o dano. Ocorrendo a conduta (comissiva ou omissiva), que é a negação da conduta exigida pelo direito como dever jurídico, surge a sanção. O efeito é jurídico; a conduta, todavia, foi antijurídica.

Tanto reconhecemos que o ato ilícito pro-

duz efeitos – e efeitos jurídicos – que o consideramos *fato jurídico*, em sentido amplo. O ato jurídico em sentido estrito, bem como o negócio jurídico, têm de ser lícitos. Porém, tratando-se de fato jurídico *lato sensu*, a figura comporta tanto atos lícitos quanto atos ilícitos. O que não admitimos é que o ato ilícito seja um fato jurídico da espécie ato jurídico. Cabe, inclusive, questionar: por que agrupar, sob a mesma denominação – ato jurídico – tanto o ato lícito quanto o ato ilícito? Haverá lógica nisto? Estará atendida a natureza das coisas? Favorecerá a sistematização? Facilitará a compreensão da dogmática jurídica? Servirá, de alguma forma, para melhorar o entendimento da ciência?

7. A distinção entre o ato jurídico em sentido estrito e negócio jurídico, apesar de ser uma criação dos pandectistas, e sua discussão velha e revelha, com bem mais de cem anos, continua controversa. Procuramos assumir uma posição transaccional entre as diversas teorias. Mesmo entre os que admitem a diferença, há pontos de vista divergentes, inclusive no que pertine aos exemplos de uma ou outra categoria. Para maiores esclarecimentos, na doutrina nacional, sugerimos: Orlando Gomes: *Introdução ao Direito Civil e Transformações Gerais no Direito da obrigações*; Miguel Reale: *Lições Preliminares de Direito*; Pontes de Miranda: *Tratado de Direito Privado*, t. III; Caio Mário da Silva Pereira: *Instituições de Direito Civil*, v. I; Vicente Ráo: *Ato Jurídico*; Fábio Maria de Mattia: in *Enciclopédia Saraiva de Direito*, v. 9; Marcos Bernardes de Mello: *Teoria do Fato Jurídico*; Darcy Bessone: *Do Contrato – Teoria Geral*; Francisco Amaral: *Direito Civil Brasileiro – Introdução*; José Abreu: *O Negócio Jurídico e sua Teoria Geral*; Custódio da Piedade Ubaldino Miranda: *Teoria Geral do Negócio Jurídico*; Antônio Junqueira de Azevedo: *Negócio Jurídico – Existência, Validade e Eficácia*.

8. A classificação que propomos expressa-se no seguinte esquema:



9. Devemos observar, ainda, que embora não se confundam o ato jurídico em sentido estrito e o negócio jurídico, isto não significa que sejam entidades absolutamente distintas, ocupando departamentos estanques, impenetráveis, nada apresentando de comum ou semelhante. As duas figuras têm diferenças, mas, também similitudes, até pela razão de serem categorias ou espécies de ato jurídico em sentido amplo.

Há atos jurídicos *stricto sensu*, portanto, atos não-negociais, que se parecem muito com negócios jurídicos (ex.: renúncia abdicativa). Por sua vez, há negócios jurídicos que se assemelham a atos jurídicos em sentido estrito. Dado o que Jossierand, com grande inspiração, denominou “dirigismo contratual”, com vistas a corrigir as desigualdades de fato e alcançar a “função social” dos contratos, o Estado intervém no campo econômico, ocorrendo casos em que o conteúdo jurídico de certos tipos contratuais, em grande extensão, é estabelecido pela lei, cerceando-se o auto-regulamento do interesse particular. A locação é um exemplo, sendo a lei do inquilinato de direito privado, sem dúvida, mas impregnada de normas de ordem pública, portanto, normas imperativas, cogentes, inderrogáveis pela vontade dos particulares, sendo muito escasso, extremamente limitado o campo de atuação das partes, predominando o interesse social sobre o individual. Quando se contrata o aluguel de um imóvel, grande número de efeitos, uma gama de direitos e obrigações decorre da lei, e não, diretamente, da vontade dos contratantes. Quer eles tenham, ou não, previsto, quer queiram, ou não, certas disposições vigorarão, por determinação de normas legais cogentes.

9.1. Segundo seu conteúdo e torça obrigatória, as leis podem ser classificadas em cogentes (*jus cogens*) e supletivas (*jus dispositivum*, ou *jus permissivum*). Dada a importância do tema, creio ser oportuna uma ligeira digressão sobre o mesmo.

As leis cogentes representam normas que

se impõem de modo absoluto. Sua obrigatoriedade é de alto grau, ora estabelecendo determinada conduta (lei imperativa), ora proibindo algum procedimento (lei proibitiva). A violação de lei cogente implica, em regra, nulidade absoluta do ato praticado. Não é possível, mediante convenção ou acordo, afastar a incidência das leis cogentes, cujos preceitos são inderrogáveis, submetendo e subordinando a vontade individual, a tal ponto que não se pode renunciar a benefícios ou direitos que eles conferem. Ulpiano, no *Digesto* (50, 17, 45, 1), já deixou consignado: *Privatorum conventio juri publico non derogat*, estando, aí, *juri publico* no sentido de *jus cogens*. O Código Civil francês, artigo 6.º, acolheu o velho princípio romano: *On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois que intéressent l'ordre public et les bonnes moeurs* = "Não se pode revogar, por convenções particulares, as leis que interessam à ordem pública e aos bons costumes".

São cogentes, por exemplo, no Código Civil, os artigos 5.º, 82, 116, 130, 134, 628, 765, 776, 920, 922, 1.089, 1.125, 1.132, 1.133, 1.175, 1.182, 1.474, 1.483, 1.518, 1.572, 1.595, 1.603, 1.627, 1.630, 1.650, 1.667, 1.720, 1.721, 1.729.

Dentre as leis cogentes, merecem destaque especial aquelas que albergam princípios de ordem pública. São leis que, embora atuando no campo do direito privado, visam a resguardar e garantir interesses fundamentais da coletividade. Por sua finalidade social e rigorosa imperatividade, assemelham-se muito às regras de direito público. São de ordem pública as leis que definem o estado e a capacidade das pessoas, que estruturam a família, que protegem as crianças e adolescentes, que organizam a propriedade, especialmente a imobiliária, que regulam o inquilinato, que estabelecem os direitos dos consumidores.

Nem sempre é fácil concluir se dado preceito é de ordem pública. Deve o intérprete verificar o conteúdo e abrangência da norma, os interesses que ela protege, os fins sociais a que ela se destina.

Em decorrência da passagem do Estado de Direito liberal para o Estado de Direito social, o ordenamento jurídico cada vez mais impregna-se de normas de ordem pública.

São de ordem pública, por exemplo, quase todas as normas do direito de família e a maioria dos preceitos do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.º 8.069, de 13.7.90), do Código do Consumidor (Lei n.º 8.078, de 11.9.90) e da

Lei do Inquilinato (Lei n.º 8.245, de 18.10.91).

Inspirado no artigo 5.º do "Esboço", de Teixeira de Freitas, o art. 17 da Lei de Introdução ao Código Civil dispõe: "As leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes".

Em Direito Internacional Privado (DIP), o principal limite à aplicação da lei estrangeira é a ordem pública. Trata-se, aliás, de limite consagrado universalmente. Comentando o artigo 17 da antiga LICC, que tinha redação semelhante a da que atualmente vigora, Clóvis Beviláqua define: "Leis de Ordem Pública são aquelas que, em um Estado, estabelecem os princípios, cuja manutenção se considera indispensável à organização da vida social, segundo os preceitos do Direito".

As leis supletivas (também chamadas permissivas, ou não-cogentes) contêm matérias em que os interesses individuais têm prevalência sobre os da sociedade. Trata-se de normas indicativas, que são aplicáveis nos casos em que as pessoas não tiverem disciplinado de outro modo a questão. Nas leis supletivas, o preceito não é absoluto, peremptório, nem tão rigoroso, como no caso das leis coativas. A obrigatoriedade e a incidência da lei supletiva ficam na dependência de a vontade individual não ter disposto diferentemente, ou seja, não ter afastado a regra legal, daí apresentar a norma supletiva um caráter subsidiário. Porém, na ausência de declaração em sentido contrário, a lei supletiva adquire a força de *jus cogens*, ficando, portanto, com o caráter de imperatividade.

No Código Civil, são normas supletivas, por exemplo, os artigos 638, 716, 764, 864, 875, 884, 889, 943, 950, 1.066, 1.129, 1.178.

10. Atenção especial deve ser dada aos contratos de adesão. A característica principal desses contratos é a predominância absoluta de uma das partes: o contratante economicamente mais forte, detentor de capital, grande fornecedor de bens ou serviços, que predetermina o conteúdo do contrato, endereçando-o à coletividade. Aos interessados, só resta contratar, ou não ("pegar ou largar"), sem possibilidade de discussões prévias, ou de suprimir, alterar ou modificar as estipulações preestabelecidas. Tais contratos têm exemplares reproduzidos em número indefinido, seu texto é rígido, uniforme, geralmente impresso, padronizado, standardi-

zado, um autêntico regulamento.

O desenvolvimento científico e tecnológico, a explosão demográfica, a expansão urbana, a concentração de capitais pelas empresas, a sofisticação e alto preço de bens e serviços tornaram insuficientes os modelos clássicos e mecanismos dos contratos tradicionais. As novas figuras contratuais são uma consequência do dinamismo, da complexidade, da automação, das necessidades econômicas da vida moderna. Os contratos de adesão, também chamados contratos de massa, não se enquadram nos esquemas conhecidos nos postulados habituais dos contratos.

Assim, além do poder público, bancos, financeiras, empresas de transporte, fornecedores de água, gás, energia elétrica, serviços de telecomunicações, hospitais, companhias de seguro, construtoras, firmas imobiliárias, etc., submetem seus clientes às condições gerais de contratação, às cláusulas gerais, a um contrato, enfim, previamente feito, elaborado e redigido.

Surtem, então, relações jurídicas obrigacionais despersonalizadas, de massa, realizadas em série, em que o conteúdo negocial é elaborado unilateralmente. O eventual interessado, o cliente da empresa, o consumidor, querendo adquirir o bem, ou utilizar o serviço, só poderá fazê-lo aceitando o que está proposto, aderindo. Às vezes, para o consumidor, nem mesmo a teórica liberdade de contratar ou não, existe de fato. Em muitos casos ele é compelido, "obrigado" a contratar, para atender às suas necessidades básicas e de sua família, dada a essencialidade do produto ou do serviço oferecido.

Assim ocorrendo, não há entre as partes uma discussão prévia, o debate sobre conveniências, a possibilidade de introduzir cláusulas. Tais contratos são concluídos mediante esquemas, modelos, formulários prontos e acabados. *Excepcionalmente, é dada a chance de ser introduzida uma cláusula negociada em contrato de adesão. Há uma oferta ao público e o conteúdo do contrato está prefixado, as condições gerais foram preestabelecidas, e com caracteres de generalidade, uniformidade e abstratividade. O aderente concreto aceita, simplesmente, o que foi imposto, e a aceitação é informal, nem sempre resulta de uma declaração, mas é inferida de uma atitude, de um comportamento típico, da conduta do usuário, da utilização efetiva do bem ou do serviço posto à disposição, como no caso do passageiro que ingressa no ônibus.*

O aderente, na maioria dos casos, nem mesmo tem ciência efetiva, conhecimento real dos termos contratuais, exigindo-se, apenas, cognoscibilidade, isto é, a possibilidade de o contexto contratual ter sido conhecido pela outra parte.

Difícilmente, os contratos de adesão se ajustam aos delineamentos da categoria dos negócios jurídicos. Quase impossível amoldá-los à visão individualista que inspirou os pandectistas e seus seguidores.

A liberdade de contratar, cuja expressão é a autonomia da vontade, concretiza-se, principalmente, nos negócios jurídicos. Os contratos são, por excelência, o instrumento do auto-regramento da vontade, da auto-regulamentação de interesses, pressupondo-se o livre tráfico negocial, a igualdade das partes. Isto não existe nos contratos de adesão.

O que temos visto, em nosso tempo, é a concepção de Estado liberal de Direito passar para a de Estado social de Direito. Cada vez mais, o Estado participa e intervém na vida econômica. Nem sempre esta invasão tem sido benéfica. O dirigismo publicístico, no campo dos contratos, estreita o raio da liberdade individual, limitando a autonomia da vontade. Outro fenômeno paralelo se observa: o do dirigismo privado, praticado pelo estado-empresário e pelos grandes detentores de capital.

O Projeto de Código Civil dedica dois artigos ao contrato de adesão. No artigo 423, estabelece que, na hipótese de haver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente. No artigo 424, determina que nos contratos de adesão são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante do negócio.

O Código do Consumidor (Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990) definiu contrato de adesão, no artigo 54, como "aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo".

Confere, também, o Código do Consumidor alguns artigos sobre as cláusulas contratuais. O artigo 47, por exemplo, diz que elas devem ser interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor, albergando o velho princípio *interpretatio contra stipulatorem*. O artigo 51 lista as cláusulas abusivas, considerando-as nulas de

pleno direito.

Os contratos de adesão, como observou Saleilles, de contratos só têm o nome. As condições gerais neles consubstanciadas, embora não sejam leis, no sentido técnico-jurídico, têm força normativa, e, quiçá, como *lex contractus*, força normativa equivalente ou maior que a das leis, considerando-se as circunstâncias, os casos concretos, e a necessidade de contratar que o aderente tem, na prática, dada a indispensabilidade dos bens e serviços, muitos deles essenciais à própria sobrevivência, o que reduz e, em alguns casos, aniquila a liberdade de escolha.

Sobre a natureza jurídica das condições gerais (que formam o conteúdo dos contratos de adesão), a doutrina está dividida, garantindo alguns que elas têm natureza normativa, assegurando outros que têm natureza contratual. A natureza normativa caracterizar-se-ia pela impessoalidade, uniformidade e cogência das condi-

ções gerais. A natureza contratual estaria evidenciada pelo fato da aceitação, da adesão, inferindo-se o consentimento, o acordo de vontades.

A nosso ver, as condições gerais têm aspectos da lei e nuances do contrato, sem que sejam lei ou contrato. Pelo menos, não são contratos nos termos da teoria clássica dos contratos. Há que se buscar, então, uma categoria jurídica para os contratos de adesão. A questão permanece em aberto. Para muitos, são atos mistos. Não sendo atos jurídicos *stricto sensu* – cujos efeitos são necessários, estão predefinidos na lei – nem sendo negócios jurídicos – que consistem em uma declaração de vontade, e os efeitos jurídicos são estabelecidos, queridos pelo(s) agente(s) – os contratos de adesão encontram-se numa situação-limite, numa posição intermediária entre estas duas categorias.

O juízo arbitral

CÉLIO BORJA

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. O juízo arbitral. 3. O juízo arbitral no Código Civil brasileiro. 4. A cláusula compromissória. 5. O árbitro. 6. Pré-condições para o êxito do juízo arbitral. 7. A mediação via arbitragem. 8. A homologação judicial da arbitragem. 9. A independência, imparcialidade e autoridade no juízo arbitral. 10. O processo de arbitragem - procedimentos e garantias. 11. Conclusão.

1. Introdução

A liberdade individual desdobra-se, no Estado moderno, em duas classes de direitos invioláveis porque declarados nas Constituições: os direitos políticos e os direitos civis.

Os primeiros são prerrogativas da cidadania e têm por escopo a participação dos membros da comunidade política na formação da vontade do Estado; já os direitos civis visam a assegurar a autonomia da vontade dos indivíduos e das associações, corporações e sociedades por eles formadas e a disciplinar as relações que nascem do exercício dessa liberdade.

A mais alta e importante modalidade de exercê-la é a de dar regras ou normas aos seus próprios atos. Santi Romano ao tratar dos conceitos de autonomia e de negócio jurídico, no *Frammenti di un Dizionario Giuridico*, lembra que, etimologicamente, autonomia é o poder de fazer lei para si próprio e que o negócio jurídico é a faculdade que a vontade individual livre ou autônoma tem de fazer a regra ou a norma que disciplinará um certo e concreto ato jurídico, que pode ser unilateral, como a doação e a renúncia de um direito disponível; ou bilateral e sinalagmático, como o contrato.

O ato jurídico, como manifestação da vontade, tanto cria, como extingue direitos, com

Célio Borja é Ministro aposentado do Supremo Tribunal Federal e Professor de Direito Constitucional da UERJ.

ressalva dos indisponíveis.

2. O juízo arbitral

Os litígios que surgem, no meio civil, com relação a direitos e obrigações oriundos dos negócios jurídicos, isto é, de atos livres da vontade de um ou mais sujeitos — tais litígios só a partir de certo momento da história do direito passaram a ser dirimidos, exclusivamente ou preponderantemente, pelo príncipe ou pelo Estado. Em Roma, o pretor, que é um magistrado, confia ao *judex*, que magistrado não é, dizer o direito aplicável ao caso. Lá, também as *repon-sa* dos jurisconsultos faziam lei para as partes e quando homologadas pelo Imperador, para a *Urbs* e o *orbe* romano. Certas instituições, como a família, as corporações de ofício, as confrarias, as comunidades de vizinhança e a Igreja, na Idade Média e até a Revolução Francesa, produziam suas próprias regras e detinham o poder de aplicá-las a seus membros.

Emanuele Cuzzeri (*Il Codice di Procedura Civile Illustrato*, v. I, ristampa, Verona, Renato Tedeschi & Figlio Editori, 1902) registra o fato de a primeira Assembleia Nacional Francesa ter proclamado que o legislador deveria abster-se de qualquer disposição tendente a diminuir o prestígio e a eficácia do compromisso, porque a arbitragem é o meio mais razoável de pôr fim às controvérsias (cf. p. 17, nota 1). Assim é que “tornou-se obrigatória a arbitragem dos pais, amigos e vizinhos nas controvérsias entre marido e mulher, ascendentes e descendentes, entre colaterais e afins, até o terceiro grau. Os pedidos de divórcio, fundados em determinadas acusações, foram deferidos a árbitros e, posteriormente, também as questões hereditárias e de divisão de bens comuns.”

3. O juízo arbitral no Código Civil brasileiro

O Código Civil brasileiro, fiel à nossa tradição jurídica, adota dois institutos que resguardam o direito individual de compor os conflitos por livre determinação da vontade: o primeiro é a *transação*, mediante a qual o litígio termina por concessões mútuas das partes (art. 1.025), e o segundo é o *compromisso*, que consiste em resolverem elas suas pendências judiciais ou extrajudiciais, submetendo-as ao juízo de árbitros (Código Civil, art. 1.037).

À imposição do juízo arbitral, sucedeu o exagero oposto de dificultá-lo, tornando-o ocioso, ou de proibi-lo. Se a sua obrigatoriedade punha em risco a liberdade individual, submetendo-a ao julgamento do mesmo grupo ou ins-

tituição social que a ameaça, a inutilização e a proibição da arbitragem subtrai dos indivíduos uma das prerrogativas mais importantes da sua liberdade civil e autonomia, que é a de extinguir os litígios, por ato de sua própria vontade.

4. A cláusula compromissória

O juízo arbitral, objeto dessa singela exposição, é ato *inter volentes*, e tem a mesma natureza negocial do contrato a que acede. A *cláusula compromissória* é a disposição do contrato na qual as partes obrigam-se a sujeitar ao julgamento de árbitros as pendências que, futura e eventualmente, surgirem. Essa característica da cláusula compromissória de dispor sobre um litígio futuro e incerto é o que a distingue do *compromisso*, pois este só é firmado após o surgimento da disputa, e, nele, as partes indicam o árbitro ou árbitros e seus substitutos, definem o objeto do litígio, dispõe sobre a responsabilidade de despesas e honorários cujo valor, então, fixam e, também, sobre o procedimento a ser observado. Com a aceitação pelos árbitros do *múnus* que as partes lhes cometem, instaura-se o juízo arbitral.

Como todo ato jurídico, a cláusula compromissória pode ser anulada pelos vícios capazes de infirmar a sua constituição. Tanto é assim que, viciada a vontade de qualquer das partes, é nula a obrigação de louvar-se em árbitros. Também será nula se a disputa versar sobre direito indisponível.

5. O árbitro

As disposições singelas do Código Civil parecem-me suficientes para o fim a que se propõem. Corrobora essa opinião o fato de recorrer-se, com relativa frequência, à opinião dos mais doutos para resolver e extinguir um litígio entre partes de boa-fé.

Quando é do interesse dos litigantes que a contenda tenha solução extrajudicial, ou porque não lhe querem dar publicidade, ou para resguardar-se das delongas inevitáveis do processo judicial, é comum que eles recorram, para dirimir a controvérsia, a um jurista de grande nomeada, a um antigo magistrado assinalado por sua independência e imparcialidade, a um *expert* em temas só conhecidos de um pequeno número.

Muitas consultas aos juristas, mesmo sem que isso lhes seja revelado, destinam-se, na verdade, a compor interesses desavindos, iluminar aspectos obscuros e dissipar dúvidas, tanto de particulares, como de autoridades pú-

blicas, prevenindo eficazmente a eclosão do litígio ou pondo-lhe fim.

6. *Pré-condições para o êxito do juízo arbitral*

A condição fundamental do êxito do juízo arbitral é a *boa-fé das partes* e a autoridade do laudo ou sentença, que decorre, sobretudo, da perfeita articulação do seu dispositivo ou decisão com a fundamentação respectiva, que há de ser convincente para os espíritos retos desarmados de paixão.

Quando essas pré-condições de eficácia da arbitragem estão presentes, as partes cumprem religiosamente as obrigações ou deveres que o laudo lhes impõe, sem necessidade de recurso ao Poder Judiciário, seja para torná-los coercitivos, seja para executá-los ou liquidá-los.

Esse, parece-me, é o modelo clássico de juízo arbitral: *singelo, célere, seguro na fundamentação e na decisão e, por isso, revestido da grande autoridade que torna fácil a execução entre litigantes de boa-fé.*

7. *A mediação via arbitragem*

Os mesmos personagens que agem como árbitros podem servir como mediadores na transação, na qual extingue-se a disputa por concessões recíprocas. A Associação Comercial da Bahia acolheu esse alvitre, no Regulamento da sua Câmara de Conciliação e Arbitragem, de tal sorte que o seu colégio de árbitros tanto concilia, pela via da transação, como julga, por força do compromisso dos litigantes.

Ao dispor sobre a matéria, então, já regulada pela lei civil substantiva, o Código de Processo Civil de 1939, no melhor propósito de resguardar o juízo arbitral dos riscos da desnacionalização pela imposição nos contratos internacionais de árbitros e leis estrangeiros e para assegurar às partes garantias equivalentes às que lhes são dadas no processo judicial, regulamentou-o além da conta, tornando-o pouco atraente para os que buscam decisão segura e rápida, confiável e autorizada, para as suas demandas.

8. *A homologação judicial da arbitragem*

A primeira grande dificuldade decorre da necessidade de homologação judicial da sentença dos árbitros. Dois grandes empecilhos daí decorrem: o retardamento da execução do laudo arbitral e a possibilidade de reabertura, pelo vencido, da matéria nele decidida.

A homologação da decisão dos árbitros teria justificação na dupla necessidade de asse-

gurar, não só o monopólio da função jurisdiccional do Estado, como o direito de toda pessoa de "submeter ao Poder Judiciário a apreciação de lesão ou ameaça a direito" (art. 5.º, XXXV, Constituição Federal).

Começo pela última e reperto-me ao que disse, antes, acerca da natureza estritamente voluntária e negocial do recurso à arbitragem que resulta do exercício do direito civilmente assegurado a todos que são capazes de transigir e de pôr fim ao litígio com a anuência da outra parte. Trata-se, na verdade, de uma forma consensual de dispor sobre a interpretação e execução dos contratos.

Nessa hipótese, só haveria que falar em lesão se o direito transacionado fosse indisponível. E se houver causa de nulidade, o recurso ao Judiciário permanece válido e possível.

A segunda objeção à autoridade plena do julgamento dos árbitros parece-me mal fundada, pois a essência da função jurisdiccional não é atingida pelo laudo arbitral que, servindo como título extrajudicial, só se executa mediante a coerção do Estado-Juiz.

Dir-se-á que o árbitro usurpa a parte da atividade jurisdiccional que consiste em dizer o direito e aplicá-lo ao caso.

Essa, contudo, é uma operação técnica para a qual estão habilitados, além do juiz, o advogado, o *scholar* e os membros das diferentes carreiras jurídicas, como a do magistério e a do Ministério Público.

A execução, sim, é verdadeiramente de natureza política, porque pressupõe o ato de autoridade, o comando de uma vontade privilegiada e superior, a relação hierárquica entre o magistrado que ordena e o jurisdicionado que cumpre, enfim, o poder de impor ao executado, que a elas resiste, uma prestação ou uma abstenção onerosas.

Em síntese, tenho que o objeto do monopólio do Estado é o emprego da força, não o conhecimento do Direito, nem que se há de supor que, em razão do cargo, o magistrado saiba mais do que o advogado, o membro do *parquet* ou o professor. Como órgão do Estado, o que ele tem privativamente é o poder de impor a uma das partes do litígio uma certa conduta comissiva ou omissiva.

9. *A independência, imparcialidade e autoridade no juízo arbitral*

Enfim, há quem diga que, no juízo arbitral, as partes são privadas da segurança que ad-

vém da independência, da imparcialidade e da autoridade do juiz estatal. Isto se responde, a meu ver, com dois argumentos. O primeiro é que esses atributos nem sempre encontram-se, concretamente, no juiz da causa, que não é escolhido pelas partes, mas mediante sorteio ou disposição legal ou regimental, bem como por designação de uma outra autoridade judiciária.

Depois, porque, sendo atributos morais, podem eles encontrar-se nos árbitros que as partes escolhem, precisamente porque sabem seguramente que eles os possuem.

Enfim, sem embargo de doutíssimas vozes contrárias, o juízo arbitral tem, hoje, defensores entre os mais acatados membros da magistratura nacional, pelas razões que peço licença para expor brevemente e que se resumem na sobrecarga dos Juizes e tribunais, assediados por novos usuários dos seus serviços que são os mais pobres à procura de defensores públicos e da Justiça pública.

Em estudo sobre a *Reforma do Poder Judiciário* (Carta Mensal, Conselho Técnico, Confederação Nacional do Comércio, v. 39, n.º 468 – março, 1994, pp. 46-53), lembrei que “a tendência centralizadora iniciada com a reforma constitucional de 1926”... “subverteu a organização da Justiça do federalismo clássico” (p. 47) e, não obstante a multiplicação dos órgãos judiciários que promoveu, não os aliviou da notória sobrecarga que é causa principal da exasperante lentidão dos processos. O exemplo que comprova essa afirmação tira-se da criação mesma de uma jurisdição federal de primeiro e de segundo graus.

Na verdade, a Justiça Federal foi criada para julgar as causas em que a União é parte, o que põe a nu o fato de ser o seu governo o maior litigante do País, pois a sua administração e sua Fazenda ocupam um número avultado de juizes e tribunais com pendências geradas por exigências abusivas e uma tributação quase confiscatória. Some-se a isso a tradição de impontualidade para com os seus credores, de desprezo das regras da lealdade, da boa-fé e da equanimidade no trato com os administrados, o anacronismo e o desaparelhamento material dos cartórios e das secretarias dos tribunais, a obsolescência do processo civil e criminal e explicar-se-ão os esforços que já se iniciam para, no bojo da prometida reforma do Estado, descentralizá-lo e à sua Justiça e, simplificando a instauração e os procedimentos do juízo arbitral, desafogar o Judiciário e permitir a rápida solu-

ção dos litígios que nascem das divergências na interpretação e aplicação dos contratos.

Ao tempo em que fui Ministro da Justiça, com vistas a superar essa e outras dificuldades, pedi a colaboração do Instituto dos Advogados Brasileiros. Este, em parecer da lavra de seu antigo presidente, o Dr. Otto Eduardo Yizcu Gil, notável jurista e renomado comercialista, propôs utilíssimas modificações das normas processuais em vigor e do projeto de lei do Senado n.º 78/92 (Senador Marco Maciel) que, acolhidas, tornarão atraente a solução dos litígios por via da arbitragem (v. “Nova Regulamentação das Arbitragens”, *Revista de Informação Legislativa*, ano 30, n.º 118, abr./jun. 1993, pp. 427-434).

10. O processo de arbitragem – procedimentos e garantias

Das considerações do ilustre jurisconsulto, recolho, para a apreciação, as de caráter técnico, compatíveis com a natureza eminentemente jurídica deste trabalho.

Para imprimir celeridade ao processo da arbitragem, recomenda o Dr. Otto Eduardo Gil a soberania do juízo arbitral, ou seja, que a sua decisão seja final, servindo a sentença respectiva de título executivo, independentemente de homologação judicial, hoje exigida pelo Código de Processo Civil (arts. 1.098-1.102).

A este atributo há de somar-se, na sua opinião, a simplicidade dos procedimentos que está, hoje, comprometida por não ser a cláusula compromissória condição suficiente de procedibilidade. Explico: embora se tenham as partes obrigado, no contrato, a submeter os litígios futuros ao juízo arbitral, não é isto suficiente para instaurá-lo. Um outro ato é, atualmente, exigido: o compromisso, no qual as partes se identificam, nomeiam os árbitros, determinam o objeto do litígio e decidem quanto à responsabilidade do pagamento de honorários e despesas processuais. Só, então, aceitando os árbitros a nomeação, o juízo arbitral está instituído (art. 1.085, CPC).

Ora, ocorre que o juízo arbitral não se instaura se uma das partes foge à formalização do compromisso, que, tal como a cláusula compromissória, é ato consensual do juízo arbitral; por isso mesmo, parte da doutrina passou a admitir e, mais, a preconizar que a cláusula compromissória contivesse, antecipadamente, os requisitos de procedibilidade, enumerados nos artigos 1.074 e 1.075 do Código de Processo Civil.

Em consequência, qualquer das partes, à revelia da outra, promoveria a instauração do processo arbitral

Lembra ainda, o Dr. Otto Eduardo Vizeu Gil que a segurança das partes, no juízo arbitral, pressupõe o reconhecido saber jurídico e a sólida reputação de integridade dos árbitros, de um lado, e o julgamento segundo o Direito e a lei, de outro.

O requisito de reconhecido saber jurídico dos árbitros parece contradizer o disposto no artigo 1.079 do Código de Processo Civil, que ressalvando as causas de incapacidade, postas nos seus incisos I, II e III, os impedimentos éticos do artigo 134 e os deveres do juiz, do artigo 133, admite possa ser árbitro "quem quer que mereça a confiança das partes".

Relator-geral que fui, na Câmara dos Deputados, do projeto de lei do Código de Processo Civil vigente, devo, no ponto, um esclarecimento e uma retificação. É que situações há em que mais vale a sabedoria do que a ciência. Nas questões em que preponderam valores éticos ou afetivos, como nas relações familiares e de amizade, pode justificar-se a intermediação do leigo em matéria jurídica. Mas, confesso, ai cuidar-se-á mais de conciliação por transação do que de arbitragem propriamente dita.

Tal, porém, não ocorre quando estão em jogo outros interesses, como, por exemplo, os dos agentes econômicos que ajustam seus direitos e obrigações nos negócios jurídicos que celebram, e cuja interpretação e aplicação subordinam-se, necessariamente, às regras técnicas do Direito e ao ordenamento jurídico estatal.

Penso que, nos centros ou câmaras de arbitragem abrigados à sombra de instituições venerandas, como é a Associação Comercial da Bahia, o elenco dos árbitros deve cingir-se ao número dos que somam a integridade do caráter ao conhecimento do Direito em grau eminente. Pois é essencial que as partes saibam qual a lei que presidirá o julgamento da sua causa e confiem na sua correta aplicação.

Em íntima conexão com esse ponto, outro se apresenta que é o relativo ao julgamento *ex aequo et bono* ou "por equidade, fora das regras e formas de direito", como permitido pelo artigo 1.075, inciso IV, do Código de Processo Civil.

Também aqui a lei rende homenagem, a duplo fundamento, a umas poucas instituições sociais, como a família, as Igrejas e cultos religi-

osos, as associações e fundações nas quais as razões de consciência dos primeiros e os nobilíssimos objetivos das últimas podem, eventualmente, reclamar um tipo especial de composição de litígios ou de interesses. Algumas possuem normas próprias, como, e.g., as do direito canônico, ou do corânico ou do talmúdico, antigas e respeitáveis, que dispõem sobre atos e fatos de sua intimidade ou sobre temas específicos das pessoas que nelas se congregam. Respeitados os princípios e disposições de ordem pública, parece justificado, desde que admitido pelas partes, o julgamento dos árbitros fundado em semelhantes normas.

Trata-se de tímida tendência de descentralização social, em um país que assistiu, nos últimos setenta anos, a marcha batida das forças centrípetas sobrelevar e reduzir a nada as poucas manifestações de autonomia das instituições da sociedade civil e dos entes políticos federados.

Creio que o julgamento *ex aequo et bono* ou, segundo a boa consciência do juiz, como na *equity* inglesa, não pode ter lugar no mundo dos negócios ajustados contratualmente e segundo os padrões do direito civil ou mercantil.

Não excluo, porém, a possibilidade de usar-se a franquia do inciso IV do artigo 1.075, do Código de Processo Civil, naqueles mercados existentes no meio nacional que desenvolvem regras negociais próprias, conhecidas e respeitadas por todos os que neles operam, como historicamente aconteceu à navegação e ao comércio marítimo e, presentemente, verifica-se no mercado de ações, no de seguros, no de *commodities* e no de derivativos, emergente, globalizado e volátil. A desregulamentação em curso ou já consumada nos países economicamente mais avançados, deu lugar ao surgimento da auto-regulamentação de certos negócios e mercados, cujas normas são desconhecidas da generalidade dos profissionais do direito ou só são conhecidas daqueles poucos que nelas se especializaram.

O ciclo histórico que está começando com atraso, no Brasil, promete um novo surto de progresso econômico, condicionado, porém, à abertura dos diferentes mercados, à globalização de muitas atividades, tanto mercantis e industriais, como de serviços. As regras que a elas se aplicam são transnacionais, como serão supranacionais as disposições com força de lei, emanadas, no Mercosul, de uma autoridade supranacional.

Nessa perspectiva, é razoável prever o aumento dos conflitos de leis e a crescente estipulação, nos contratos, de cláusulas compromissórias de juízo arbitral, com a indicação da lei a que as partes querem submeter os futuros litígios.

Parece pouco realista supor que, na pacificação deles, atuarão árbitros leigos em Direito ou mesmo profissionais de carreiras jurídicas que não tenham conhecimento sistemático e atualizado dos diferentes sistemas legislativos vigentes nos países-membros, nem das regras comunitárias sobre conflitos de leis.

11. Conclusão

Se, porventura, o instituto do juízo arbitral não se qualificar pela simplicidade, segurança e celeridade para resolver os litígios oriundos dos contratos civis e mercantis celebrados pelos agentes econômicos, parece-me difícil prever como o sistema judiciário estatal se desincumbirá do acréscimo significativo da demanda por seus serviços.

Por todas essas razões, julgo auspicioso o fato de a Associação Comercial da Bahia ter, pioneiramente, lançado a sua Câmara de Arbitragem, antecipando o futuro de liberdade e prosperidade do Brasil, que já se pressente na terra-mãe de todos os brasileiros.

Licitações e contratos administrativos

Algumas observações em face da Lei n.º 8.883/94 e da Medida Provisória n.º 681/94.

LEON FREJDA SZKLAROWSKY

SUMÁRIO

A Lei n.º 8.883/93. A Medida Provisória n.º 681/94. Correção Monetária. Valores Preços. Reajuste. Variação do Valor Contratual. Apostila. Aditamento ao contrato. Plano Real. O princípio da publicidade. Publicidade da licitação e dos contratos administrativos e de seus aditamentos. Instrumentos de contratos e seus substitutivos. Duração de contratos de prestação de serviço contínuo. Extensão e prorrogação. Convênios e instrumentos congêneres. Doutrina e jurisprudência. Conclusão.

A Lei n.º 8.883/93. A Medida Provisória n.º 681/94

A Lei n.º 8.883, de 8 de junho de 1994, tendo como fonte o Projeto de Lei de Conversão n.º 10, de 1994¹, consoante Parecer n.º 6, de 1994 - CN, do Relator Dep. Walter Neri, alterou números dispositivos da Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993, e incluiu algumas inovações alvissareiras, conquanto poderia tê-lo feito melhor e mais ricamente, aproveitando a oportunidade que se lhe apresentava.

O legislador fez algumas correções significativas, aclarando o significado de preceitos e conceitos, em face da perplexidade causada pela lei e do tumulto produzido na sua aplicação.

Leon Frejda Szklarowsky, Subprocurador-Geral da Fazenda Nacional aposentado, é advogado, Juiz Arbitral da *American Association's Commercial Panel*, de Nova Iorque, membro dos Institutos dos Advogados Brasileiros, de São Paulo e do Distrito Federal (Secretário-geral), acadêmico da Academia Brasileira de Direito Tributário, do Instituto Histórico e Geográfico do Distrito Federal (diretor), membro da International Fiscal Association, da Associação Brasileira de Direito Financeiro, do Instituto Brasileiro de Direito Tributário. Integra o Conselho Editorial dos Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas, da Ed. Revista dos Tribunais e o Conselho de Orientação das Publicações - Boletim de Direito Administrativo e de Licitações e Contratos - da Ed. NDJ.

¹ Publicado no *DOU* de 9-6-94. O art. 3.º desse diploma legal mandou o Poder Executivo publicar no *DOU* a íntegra da Lei n.º 8.666, de 21-6-93, com as alterações resultantes da Lei n.º 8.883, de 8-6-94, o que, de fato, ocorreu, com sua publicação, no *DOU* de 6-7-94. Antecederam esse PLC n.º 10 as Medidas Provisórias n.ºs 472, de 15-4-94, que se transformou no cit. PLC; 351, de 1.º-9-93; 360, de 18-10-93; 372, de 17-11-93; 388, de 16-12-93; 412, de 14-1-94; 429, de 16-2-94 e 450, de 17-3-94. A Lei n.º 8.883 convalidou os atos praticados com base nesses atos legis-

Correção monetária. Valores. Preços. Reajuste

O artigo 5.º da Lei n.º 8.666 trata da correção dos valores, preços e custos utilizados nas licitações e avisa, peremptoriamente, que esses terão como expressão monetária a *moeda corrente nacional*, ressalvado o disposto no art. 42.²

O parágrafo 2.º mereceu retificação legislativa, dispondo que o pagamento da referida correção monetária será feito juntamente com o principal, o que afasta, de vez, qualquer dúvida.

A variação do valor contratual, decorrente de reajuste de preços previsto no contrato, as atualizações ou penalizações financeiras, o empenho de dotações orçamentárias suplementares, até o limite do valor corrigido, podem ser

lativos, como já vinham fazendo essas medidas provisórias. Tornou-se praxe o Presidente da República (e não o Congresso Nacional, o que se nos afigura extremamente perigoso e inconstitucional) convalidar os atos praticados sob a égide da medida provisória não convertida em lei ou não apreciada pelo Congresso Nacional ou rejeitada por este, através de nova medida provisória substitutiva.

A 2.ª Turma do Tribunal Regional Federal da 3.ª Região acentuou, com muita pertinência, que prevalece o *status quo ante*, se a medida provisória não foi convertida em lei por ato do Congresso Nacional, de sorte que, em caso de conflito de disposições, a medida provisória suspende a eficácia das leis ordinárias vigentes até a época de sua edição (cf. Rem. *Ex officio* em MS 93.03.57966-6, SP, Rel. Juiz Soares Pires, in Suplemento Direito & Justiça do *Correio Brasileiro*, de Brasília, 24-10-94, p. 7). Sobre a matéria, consulte-se nosso *Medidas Provisórias*, Ed. Rev. Tribs., 1991, com copiosa bibliografia.

² O § 1.º do art. 42 dita que, quando for permitido ao licitante estrangeiro cotar preço em moeda estrangeira, igualmente o poderá fazer o licitante brasileiro; mas o pagamento feito ao licitante brasileiro eventualmente contratado em virtude da licitação de que trata o parágrafo anterior será efetuado em moeda brasileira, à taxa de câmbio vigente no dia útil imediatamente anterior à data do efetivo pagamento (a parte final foi modificada pela Lei n.º 8.883).

Consulte-se o Decreto-Lei n.º 857, de 11-9-69, que consolidou e alterou a legislação sobre moeda de pagamento de obrigações executivas no Brasil (cf. verbete "Pagamento em moeda estrangeira", *Código Civil e Legislação Civil em vigor*, 11.ª ed., atualizada até 5-1-92, p. 853, de Theotônio Negrão, Malheiros Editores).

O Superior Tribunal de Justiça, em acórdão relatado pelo Min. Waldemar Zveiter, concluiu pela validade do contrato celebrado em moeda estrangeira, com pagamento em moeda nacional (cf. RESP 36120-6-SP, V.U. Participaram do julgamento os

simplesmente apostilados³, sem que se faça necessário o aditamento, consoante indicação do § 8.º do art. 65. Já o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro, através da revisão dos preços contratados, far-se-á, sempre e obrigatoriamente, por aditamento ao contrato, seguindo as formalidades a este inerentes⁴.

A correção monetária, atualização da expressão monetária, o critério de reajuste deverão obrigatoriamente constar do edital e do contrato⁵.

Bernardo Ribeiro de Moraes enxerga, na correção monetária, um instrumento para minorar, no plano econômico, os danosos efeitos da variação do poder aquisitivo da moeda, a qual se consubstancia em periódico e automático reajuste de valores ou dívidas, segundo índices representativos da taxa de inflação⁶.

O reajuste é previsível, deve estar expresso e não se confunde com a revisão do contrato⁷.

O legislador deu maior precisão ao inciso XI do artigo 40, ao acrescentar a expressão "prevista para a apresentação", extirpando dúvidas, no que concerne ao início, que, antes era a data da proposta, agora é a data prevista para apresentação da proposta.

As alíneas a e c do inciso XIV também foram corrigidas para apagar a ambigüidade dos textos.

Assim, o prazo de pagamento não será superior a trinta dias, contando-se a partir da data final do período de adimplemento de cada parcela.

Ministros Cláudio Santos, Costa Leite, Nilson Naves e Eduardo Ribeiro). Precedentes: RESP. 4819-RJ e 11801-0-RJ.

³ Apostila, ou expressão de Hely Lopes Meirelles, é ato enunciativo ou declaratório de uma situação anterior criada por lei, reconhecendo à Administração um direito criado por norma legal. É uma averbação (cf. *Direito Administrativo Brasileiro*, 17.ª ed., Malheiros Editores, 1992, p. 177), ou seja, é mero registro. O § 8.º do art. 65 faculta o registro por simples apostila, dispensando a celebração de aditamento.

⁴ Cf. § 8.º do art. 65, c/c o art. 60.

⁵ Cf. art. 40, XI e XIV, c, c/c o art. 55. III

⁶ Cf. *Compêndio de Direito Tributário*, Ed. Forense, Rio, 1994, 2.º v. p. 584

⁷ Consulte-se, entre outros, Ives Gandra da Silva Martins, in *O Princípio da Patrimonialidade, O Realinhamento de Preços e a Teoria da Imprevisão*, Supl. Tribut. LTR, 60/345-87.

O inciso c discorre que a correção monetária incidirá a partir da data final do período de adimplemento de cada parcela até a data do efetivo pagamento⁸, superando a indefinição do texto originário.

O inciso III do art. 55 assegura aos contratantes o direito de estabelecer, entre as cláusulas essenciais ou obrigatórias, além do preço e das condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajuste de preços e a atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento.

Não obstante, essa determinação legal deve ser entendida de conformidade com os comandos introduzidos pelo Plano de Estabilização Econômica, que criou a nova moeda e impôs profundas inovações no mundo econômico.⁹

A Medida Provisória n.º 681, de 27-10-94¹⁰, em substituição à Medida Provisória n.º 635, de 27-9-94, também não apreciada pelo Congresso Nacional, convalidou os atos praticados com fulcro nas medidas provisórias anteriores¹¹.

Esse Plano, segundo seus redatores, visa preservar o princípio da livre negociação dos contratos entre as partes, tendo em vista a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro e o respeito ao ato jurídico perfeito, ao direito adquirido e à coisa julgada, o que é bastante confortador. Nem poderia ser diferente, em face dos cânones constitucionais e da Lei de Introdução ao Código Civil, recebida pela Carta Maior, corroborados por ampla e sólida juris-

prudência, interpretando a legislação econômica que capeou os planos antecedentes.

Arnoldo Wald, em notável estudo sobre o poder monetário, calcado em preciosos ensinamentos de Bilac Pinto, recorda que

"as leis monetárias não devem nem podem transformar-se numa forma oblíqua ou disfarçada de redistribuição de riqueza ou de transferência de recursos privados para o erário público, especialmente quando baseada em critérios discriminatórios"¹².

O Excelso Pretório, em memorável decisão, relatada pelo Ministro Moreira Alves, julgando a constitucionalidade da Lei n.º 8.177, de 1-3-91, desenhou precisa e inelutável orientação, sancionando, de vez, o entendimento de que, se a lei alcançar os efeitos futuros de contratos celebrados anteriormente a ela, será essa lei retroativa, porque vai interferir na causa, que é um fato ocorrido no passado.

Assim, disposições que alteram o critério de reajuste (no caso dos autos, tratava-se de prestações em contratos já celebrados pelo sistema do Plano de Equivalência Salarial por categoria profissional - PES/CP), em contratos já celebrados, ofendem o ato jurídico perfeito, violando o disposto no art. 5.º, inciso XXXV, que se aplica a toda e qualquer lei infraconstitucional, sem distinguir entre lei de direito público e de direito privado, ou entre lei de ordem pública e lei dispositiva¹³.

O Superior Tribunal de Justiça, entretanto, pela Terceira Turma, reconhecendo a profunda divergência que o tema provoca, prefaciou que *inexiste direito adquirido a determinado padrão monetário, sendo legítima a incidência do fator de deflação, expurgando atualização prefixada, com a derrogação de cláusula por lei nova relativa à estabilização econômica*¹⁴.

⁸ Para os efeitos desta lei, "adimplemento" da obrigação contratual é a prestação do serviço, a realização da obra, a entrega do bem ou de parcela destes, assim como qualquer outro evento contratual, a cuja ocorrência esteja vinculada a emissão do documento de cobrança (§ 3.º do art. 40). Enfim, é o cumprimento do objeto do contrato.

⁹ Sobre o Real e o Plano de Estabilização Econômica, notadamente com referência aos contratos administrativos, consulte-se nosso trabalho, publicado no *Boletim de Licitação e Contratos*, Ed. NBJ Ltda., São Paulo, n.º 9, setembro de 1994, pp. 438 a 452; *idem*, na *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*, Ed. Vellenich Ltda., São Paulo, v. 127, agosto de 1994, pp. 9 a 32; e no Suplemento Tributário - LTR, 37/94, 1994, São Paulo, pp. 229 a 240.

¹⁰ Essa MP foi encaminhada ao CN pela mensagem presidencial 914, de 27-10-94, publ. no DJU de 28 seguinte.

¹¹ As principais alterações na área contratual foram por nós pinçadas na Remissão introdutória ao nosso trabalho *O Real*, cit.

¹² Cf. Poder Monetário, aut. cit., in *Rev. de Direito Público* 95-19-21.

¹³ Cf. ADIN n.º 493-0, DJU de 4-9-92, Pres. Min. Sydney Sanches; presentes: Ministros Moreira Alves, Néri da Silveira, Octavio Gallotti, Paulo Brossard, Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Carlos Mário Velloso, Marco Aurélio, Ilmar Galvão e Francisco Rezek. Examine-se, a propósito, a ADIN n.º 534-1 (DF), in *DJ* de 8-4-94, p. 7240.

¹⁴ Cf. RESP 2863-SP, de 30-10-90, Rel. Mir. Nilson Naves; presentes, ainda, os Ministros Eduard Ribeiro, Waldemar Zveiter e Cláudio Santos, DJU 3-12-90, v. II.

Esse mesmo Tribunal, pela 6ª Turma, acompanhando as premissas do Direito Pátrio e de torrencial e iterativa jurisprudência, selou, com indiscutível lucidez, que a cláusula *pacta sunt servanda* não é absoluta, cumprindo também avocar a cláusula *rebus sic stantibus*, em face das alterações fácticas das condições da época do contrato, com o que fica autorizada a revisão das cláusulas, para evitar o enriquecimento sem justa causa¹⁵.

Observe-se que a Lei n.º 8.880, de 27-5-94, que dispõe sobre o Programa de Estabilização Econômica e o Sistema Monetário Nacional, complementada pela Medida Provisória n.º 542, de 30-6-94, e subsequentes MPs n.ºs 566, de 29-7-94; 596, de 26-8-94; 635, de 27-9-94 e 681, de 27-10-94, traça normas que têm profundo reflexo no citado inciso III do art. 55, sob comento.

A correção ou atualização, legal ou contratual, da expressão monetária da obrigação pecuniária não se confunde com a revisão de preço de contrato, *ex vi* da "cláusula" *rebus sic stantibus*, isto é, reajuste ou correção de preços distingue-se incisivamente da "revisão de contrato".

Aquela, a partir de 1.º de julho de 1994, somente poderá dar-se pela "variação acumulada" do IPC-R¹⁶, com exceção das hipóteses previstas no § 1.º do art. 27 da MP n.º 681, cit., isto é: I - operações de que tratam o Decreto-Lei n.º 857, de 11-9-69, e o art. 6.º da Lei n.º 8.880, de 27-5-94; II - contratos pelos quais a empresa se obriga a vender bens para entrega futura, prestar ou fornecer serviços a serem produzidos, cujo preço poderá ser reajustado em função do custo de produção ou da variação de índice, que reflita a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados; e III - as hipóteses tratadas em lei especial.

As obrigações pecuniárias e, portanto, os contratos, a partir daquela data¹⁷, somente poderão ser corrigidos pela variação acumulada do IPC-R, ressalvadas as exceções expressas¹⁸, considerando-se de nenhum efeito a conven-

ção de correção monetária em desacordo com essa medida provisória.

Por outro lado, a mencionada medida provisória¹⁹ inquina de nula de pleno direito, não surtindo nenhum efeito cláusula de reajuste de valores com periodicidade inferior a um ano²⁰, podendo o Poder Executivo reduzir essa periodicidade²¹.

Questões de suma importância devem ser discutidas, em face da citada medida provisória: inserção de cláusula de reajuste ou atualização monetária, reajuste dos contratos celebrados, após 1.º de julho de 1994, e atualização monetária pela inadimplência.

O contrato administrativo, para ser reajustado ou atualizado, deverá obrigatoriamente conter cláusula permissiva, em virtude de expressa ordem do art. 55, III, combinado com o art. 40, incisos XI e XIV, c. da Lei n.º 8.666/93, isto é, deverá prever o preço e as condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, bem como os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento.

Há os que entendem que, em atenção ao § 1.º do art. 28, está proibida, terminantemente, a inclusão de qualquer cláusula de reajuste ou atualização monetária.

Todavia, essa interpretação conduz ao absurdo e constitui verdadeiro sofisma. Há que se interpretar a norma dentro do sistema, de modo a que as contradições sejam removidas, comungando-se e harmonizando-se as palavras.

Com efeito, o legislador inquinou de nula a cláusula de reajuste de valores cuja periodicidade seja inferior a um ano; contudo, não disse absolutamente que cláusula prevendo reajuste com periodicidade superior a um ano, nos contratos que, legalmente, extrapolem esse prazo, seja nula. Leia-se a redação do citado parágrafo primeiro do art. 28 e inferir-se-á a precisão de sua *scita*. Outra não poderá ser a conclusão,

¹⁵ Cf. DJU de 28-3-94, Seção I, p. 6343, *apud* Suplemento Direito & Justiça do Correio Brasileiro (DF), de 4-7-94, p. 7.

¹⁶ Sobre a variação desse índice, consulte-se nosso citado *O Real...*, *op. cit.*

¹⁷ Sobre a conversão, reajuste e atualização monetária de contratos anteriores a 1.º de julho de 1994, examine-se nosso *O Real...* cit.

¹⁸ Cf. art. 27 da MP 681/94.

¹⁹ As medidas provisórias antecedentes têm idêntica redação.

²⁰ Cf. § 1.º do art. 28 da cit. MP.

²¹ Cf. § 5.º do art. 28 da cit. MP. Esse fenômeno também esteve presente nos planos passados (cf. nosso "Reajuste dos Contratos Administrativos e os Programas de Estabilização da Economia", in *Rev. Trim. Jurisp. dos Estados*, v. 109/77, "Bol. de Lic. e Contratos" - Ed. NDJ, 11/89, *Rev. de Dir. Público*, v. 95).

posto que essa medida provisória suspendeu o reajuste, não o impediu para sempre. E se não houver cláusula prevendo esse reajuste, ultrapassado o período proibitivo, impossível será fazê-lo, sob pena de se cometer larga ilegalidade.

O legislador vedou reajustes de contratos, antes de decorrido um ano. Este é o espírito da lei²².

Também não pode vingar a exegese, que nos parece esdrúxula, se atentarmos para o parágrafo quinto do mesmo art. 28, *in verbis*: o Poder Executivo poderá reduzir a periodicidade de que trata este artigo (entenda-se: § 1.º)

Com esse pensamento, o legislador pressupõe que, semelhantemente aos planos anteriores, o Poder Executivo, em vista de razões de ordem inflacionária, por exemplo, poderá reduzir a periodicidade de um ano, concluindo-se, indubitavelmente, que, ainda durante a vigência do contrato e no período de um ano, o reajuste e a atualização poderão ocorrer. Entretanto, para que tal aconteça, é necessário que cláusula neste sentido esteja obrigatoriamente prevista no contrato. Do contrário, o estudado parágrafo primeiro será inócuo.

No passado, sob o impacto do Plano Cruzado, o Presidente da República expediu o Decreto n.º 94.042, de 1987, alterado pelo Decreto n.º 94.233, de 1987, permitindo o reajuste de contratos que não contivessem cláusula de reajuste ou extintos, e retroativamente.

Advogamos, com o beneplácito do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, ser aquele decreto nulo, ilegal, írrito e inconstitucional²³.

Eis por que será legalmente impossível praticar o reajuste, mesmo que, reduzido o prazo por ato do Poder Executivo, se não estiver expressamente prevista essa faculdade.

Assim, esses dispositivos devem ser interpretados coerentemente, de modo que não conduzam ao absurdo.

Carlos Maximiliano leciona, com invulgar sabedoria, que o processo sistemático consiste "em comparar o dispositivo sujeito a exegese, com outros do mesmo repositório ou de leis

diversas, mas referentes ao mesmo objeto", porquanto cada preceito é membro de um grande todo, por isso do exame do conjunto resulta bastante luz para o caso em apreço.

Ensina, ainda, o insigne mestre que não se presumem antinomias ou incompatibilidades. Os textos devem perfazer uma unidade de pensamento²⁴.

Não há motivo bastante para omitir-se cláusula prevendo reajuste ou atualização, nos contratos superiores a um ano, ou, antes, se o Poder Executivo reduzir o prazo, de conformidade com os critérios previstos no contrato e na legislação pertinente.

Essa cláusula é necessária, não aleatória.

Publicidade dos contratos administrativos

A publicidade é ato fundamental para a eficácia dos atos e contratos administrativos e das leis, para produzirem efeitos externos perante partes e terceiros. Não é elemento formativo do ato, na expressão escorreita de Hely Lopes Meirelles, mas sim requisito de eficácia e moralidade, eis por que os atos irregulares não se convalidam com a publicação, "nem os regulares as dispensam quando a lei ou o regulamento a exige"²⁵

O princípio da publicidade objetiva dar transparência aos atos da Administração, assegurando não só os efeitos externos, mas também seu conhecimento e controle pelo súdito e pelo interessado direto, através do remédio constitucional e legal adequado.

O constituinte de 1988 consagrou esse princípio, no artigo 37 (*caput*), e a Lei n.º 8.666, de 1993, repetindo o Decreto-Lei n.º 2.300, de 1986, exige a publicidade da licitação e dos contratos.²⁶

A licitação será julgada e processada de conformidade com o princípio da publicidade e os contratos e seus aditamentos deverão ser

²⁴ Cf. aut. cit., in *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, Ed. Freitas Bastos, 1957, 6.ª ed., pp. 140, 164 e 167 e 172. A doutrina não é infensa a essas lições: Savigny, Saredo, Coelho da Rocha, Borges Carneiro, Trigo de Loureiro, Carlos de Carvalho, *apud* hermenêutica cit.

²⁵ Cf. aut. cit., in *Direito Administrativo Brasileiro* cit., pp. 86 a 88.

²⁶ Cf. art. 3.º c/c o art. 61, parágrafo único. Outros dispositivos da lei impõem a publicação obrigatória dos atos de licitação, v.g., arts. 16, 21, 26 etc. Consulte-se a excelente obra do Prof. Diógenes Gasparini, *Direito Administrativo*, Ed. Saraiva, 12.ª ed., SP, 1992.

²² O revogado art. 11 da Lei n.º 8.880 (na verdade, a regra está suspensa) apresentava redação mais precisa e consentânea com o direito vigente, pois permitia estipular cláusula de reajuste de valores ..., desde que "a aplicação da mesma fique suspensa pelo prazo de um ano".

²³ Cf. Nosso "A Retroação dos Reajustes ...", in *Boletim de Direito Administrativo*, julho de 1988.

publicados, de forma resumida, na imprensa oficial, como condição indispensável para sua eficácia.

A publicação far-se-á na imprensa oficial, como definida no inciso XIII do art. 6.º, com a nova redação que lhe deram as medidas provisórias, sucedidas pela Lei n.º 8.883²⁷, tornando-a mais precisa, conquanto esta lei tenha introduzido outra forma de publicidade, em caráter excepcional, como, por exemplo, a afixação, em quadro de avisos de amplo acesso público, de atos que devam ser divulgados.

Como exceção à publicidade, Ivan Rigolin cita "a publicidade proibida e a própria licitação proibida", ao comentar o § 1.º do art 21 do Decreto-Lei n.º 2.300, de 1986, que foi repetido pela lei atual²⁸:

"... faculdade de dispensar a licitação quando houver possibilidade de comprometimento da segurança nacional"²⁹

As compras serão feitas, sempre com a caracterização de seu objeto e indicação de recursos orçamentários, sob pena de nulidade e responsabilidade de quem lhe der causa, e o registro dos preços será precedido de ampla pesquisa de mercado, "publicando-se trimestralmente na imprensa oficial", para orientação da Administração Pública³⁰.

As compras, ainda que se submetam às condições de aquisição e pagamento semelhantes às do setor privado, devem orientar-se pelos preços praticados no âmbito dos órgãos da Administração Pública³¹, não fugindo das amarras da lei de licitações e contratos, ou, como observa Marçal Justen Filho, esse sistema não exige a Administração de licitar nem de obedecer aos requisitos legais pertinentes às contratações administrativas³².

²⁷ Imprensa oficial é o veículo oficial de divulgação da Administração Pública, sendo para a União o Diário Oficial da União, e, para os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, o que for definido nas respectivas leis.

²⁸ A lei nova (art. 24, IX), exige a oitiva do Conselho de Defesa Nacional, previsto no art. 91 da CF.

²⁹ Neste sentido, Hely Lopes Meneses, *op. cit.*, p. 205; idem, *Licitação e Contrato Administrativo*, Ed. Rev. dos Tribs. 8.ª ed., pp. 198 e 199.

³⁰ Cf. art. 15, §§ 1.º e 2.º.

³¹ Entenda-se Administração Pública, no sentido amplo.

³² Cf. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, Aide Ed., 1ª ed., 1993, p. 85.

O artigo 16 foi amplamente modificado. A redação originária pecava por sua nebulosidade, reconhecendo o legislador sua impraticabilidade e dificuldades na sua aplicação, notadamente nos pequenos municípios e em se tratando de compras, que, por definição legal, deve compatibilizar-se com "as condições e pagamento semelhantes às do setor privado"³³. Quis o legislador eliminar a burocracia, os custos desnecessários e a lentidão, incompatíveis com esse tipo de contrato, extirpando, principalmente, a maldadada expressão "fechado o negócio", na observação feliz de Carlos Pinto Coelho Motta³⁴.

Essa disposição legal permite a divulgação da relação de todas as compras feitas pela Administração direta ou indireta, mensalmente (e não mais após cada "negócio fechado", como pretendia a lei originariamente), através de órgão oficial ou pela afixação em quadro de avisos de amplo acesso público.

Essa inovação torna mais racional e econômica a atuação da Administração.

Os instrumentos de contratos ou de seus aditamentos, resumidamente, devem ser publicados na imprensa oficial³⁵, como condição indispensável para sua eficácia e isso será providenciado pela Administração até o quinto dia útil do mês seguinte ao de sua assinatura, para ocorrer no prazo de vinte dias daquela data, não importando o seu valor, mesmo que sem ônus. Todavia, a Lei n.º 8.883, de 1994, ressaltou o disposto no art. 26.

Desse tema, emergem algumas dúvidas, que merecem um exame mais aprofundado.

Desde a anterior lei revogada, discutia-se se também os outros instrumentos, como a carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço - substitutos do instrumento de contrato³⁶ - devem ser publicados.

Estes também são instrumentos bilaterais

³³ Examine-se, por exemplo, a emenda substitutiva n.º 00070, do Dep. Geraldo Alkmin Filho, à Medida Provisória n.º 351, de 1993, publ. pelo Centro Gráfico do Senado Federal - Brasília/DF.

³⁴ Cf. *Eficácia nas Licitações e Contratos*, Ed. Del Rey, BH, 1994, p. 109.

³⁵ Cf. art. 6.º, XIII.

³⁶ Cf. art. 62. Instrumento de Contrato: documento escrito, no qual se inserem todos os elementos necessários à sua precisão e clareza (arts. 60, 61, 54 etc.).

de contrato, conquanto simplificados e despidos de certas formalidades³⁷.

O instrumento de contrato é obrigatório nas hipóteses de concorrência³⁸ e de tomada de preços³⁹, assim como na dispensa e inexigibilidade, cujos preços se compreendem nos limites dessas duas modalidades licitatórias, sendo facultativo nos demais casos, como, por exemplo, na hipótese de convite.

A doutrina e a jurisprudência do Tribunal de Contas da União, torrencial e iterativamente, sempre exigiram a publicação de extratos de todos os contratos, quaisquer que fossem os valores, mesmo que sem ônus, incluindo-se aqui os demais instrumentos, porque, onde a lei não distingue, não pode o intérprete fazê-lo⁴⁰.

O Decreto federal n.º 93.872, de 23-12-86⁴¹, contrariando o Decreto-Lei n.º 2.300, de 1986, determinava a publicação, em extrato, no *Diário Oficial* da União, dos contratos, convênios, acordos ou ajustes, cujo valor excedesse a CZ\$ 2.000.000,00 (valor da época), liberando, pois, os demais, e também dispensava da publicação se as despesas devessem ser feitas em caráter sigiloso, *ex vi* do art. 44 do Decreto-Lei n.º 199/67⁴².

Carlos Pinto Coelho Motta advoga, alicerçado na jurisprudência da mais Alta Corte de Contas, que também os outros instrumentos (autorização de compra ou ordem de serviço) estão sujeitos à publicação⁴³.

A Colenda Corte de Contas da União, pelo Pleno, convolvendo lúcida manifestação do Relator, Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, acolhendo os pareceres dos eminentes Pro-

curadores, Drs. Francisco de Salles Moura Brandão e Jatir Batista da Cunha, decidiu conhecer da consulta formulada pela Câmara dos Deputados, para decidir que "a publicação resumida dos instrumentos de contrato, ou de seus aditamentos, no *Diário Oficial* da União, a que se refere o art. 51 do Decreto Lei n.º 2.300, de 1986, é obrigatória, não só em relação ao "termo de contrato", como também com referência aos demais instrumentos hábeis previstos no art. 52, *caput*, do mesmo Texto Básico, qualquer que seja o valor, ainda que sem ônus.

Acrescenta o ilustre Ministro que esse Estatuto "condiciona a validade jurídica dos atos em espécie à sua publicação no *Diário Oficial* da União", não admitindo, para esses fins, a utilização de outro veículo de comunicação, nem mesmo, sem embargo de sua natureza, o prestigioso *Diário do Congresso Nacional*, órgão oficial de divulgação do Poder Legislativo⁴⁴. Permite, ainda, esse aresto que "o ônus da publicação desses instrumentos" recaia tanto sobre o contratante quanto sobre o contratado, dependendo das condições inscritas no edital de licitações e no contrato respectivo, cabendo sempre à Administração providenciar a publicação no prazo legal⁴⁵.

O Ministro Homero Santos, com os aplausos do Plenário e do preclaro Procurador-Geral em exercício, Dr. Jatir Batista da Cunha, assentou que é obrigatória a publicação dos extratos de todos os seus contratos no *Diário Oficial* da União, nos termos do § 1.º do art. 61 da Lei n.º 8.666/93 e do art. 33 do Regulamento de Licitações e Contratos do GEIPOP, "mesmo em se tratando de outros instrumentos hábeis", como, por exemplo, "nota de empenho", "carta-contrato", "autorização de compra", "ordem de execução de serviço"⁴⁶.

O Tribunal Maior de Contas da União, adotando as conclusões do Rel. Min. Luciano Brandão Alves de Souza, em consulta formulada pela Secretaria de Controle Interno do Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento, reiterou

⁴⁴ Esse aviso permanece consistente, em face do ordenamento vigente (cf. art. 6.º, XIII).

⁴⁵ Proc. TC 025.410/91-1, Pres. Min. Carlos Átila Alvares da Silva, decisão 056/92, *DOU* de 18-3-92, Seção I, pp. 3517 a 3520.

⁴⁶ Cf. Decisão 585/TCU - Plenário, Proc. n.º TC-011.621/93-1, in *DOU* de 28-9-94, Seção I, p. 14757. No mesmo sentido, o Ministro Lincoln Magalhães da Rocha, in Proc. TC n.º 225241/90-0, Grupo I, Classe III, de 18-3-93 (*apud* nosso "Duração do Contrato Administrativo", in *BLC* n.º 10/93).

³⁷ Neste sentido, Helly Lopes Meirelles, *op. cit.*, p. 205.

³⁸ Cf. art. 22, I, e § 1.º.

³⁹ Cf. art. 22, II, e § 2.º.

⁴⁰ Cf. Carlos Maximiliano, com apoio nas lições de Giuseppe Falcone e Berriot Saint-Prix: *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*. Cumpra a norma tal qual é, sem acrescentar condições novas, nem dispensar nenhuma das expressas.

⁴¹ Dispõe sobre a unificação dos recursos de caixa do Tesouro Nacional, atualiza e consolida a legislação pertinente.

⁴² Cf. art. 33, II e § 4.º.

⁴³ Cf. *op. cit.*, p. 219. O autor cita o Anexo I, da Ata 29, de 19-6-91, *DOU* de 9-7-91. Neste sentido, Toshio Mukai, in *O Novo Estatuto Jurídico das Licitações e Contratos Públicos*, Ed. Rev. dos Tribs., 1993, p. 73.

essa firme e torrencial jurisprudência, recomendando, porém, que os órgãos competentes do Poder Executivo realizassem estudos com o objetivo de identificar a oportunidade e conveniência de adoção de providências de ordem legislativa, visando a alteração do Decreto-Lei n.º 2.300/86, de forma que, em nome da racionalidade administrativa e da economia ou simplificação processual, o referido estatuto viesse a conter limites razoáveis de valores abaixo dos quais seria facultativa a publicação resumida, no *DOU*, dos instrumentos contratuais firmados pela Administração Pública⁴⁷.

O novo Estatuto reproduziu o revogado Decreto-Lei n.º 2.300, sem atender à profícua preleção pretoriana, tendo, porém, a Lei n.º 8.883/94 rearrumado o mencionado dispositivo, que não só alargou o prazo para a Administração providenciar a publicação, como acrescentou a ressalva ao disposto no art. 26, novidade bem-vinda, sem embargo de conter pontos ainda obscuros.

Como interpretar esse dispositivo com essa ressalva? Terá o legislador, enfim, ouvido a sugestão do Tribunal, dispensando a publicação desses contratos, como forma de economia e racionalização?

O artigo 26 trata da ratificação e publicação, na imprensa oficial, das dispensas previstas nos §§ 2.º e 4.º do art. 17 e nos incisos III a XX do art. 24, das situações de inexistência do art. 25 e do retardamento regulado pelo parágrafo único do art. 8.º, *in fine*, como condição para eficácia do ato.

A autoridade superior receberá a comunicação e deverá tomar as providências indicadas: ratificar e mandar publicar, no prazo impreterível de cinco dias, esses atos:

1) dispensa de licitação, na concessão de direito real de uso de bens imóveis, se o uso se destinar a outro órgão ou entidade da Administração Pública (art. 17, § 2.º);

2) dispensa de licitação, na doação com encargo, no caso de interesse público devidamente justificado (art. 17, § 4.º);

3) retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8.º;

4) inexistência prevista no art. 25;

5) dispensas previstas no art. 24, incisos III a XX.

O parágrafo único do art. 61 (com a redação da Lei n.º 8.883) quer se publiquem todos os instrumentos de contratos e seus aditamentos, resumidamente, mas excepcionalmente ao disposto no art. 26; vale dizer, nas hipóteses mencionadas neste dispositivo, não precisarão ser publicados, porque já o foram, precoce e obrigatoriamente, como condição para eficácia daqueles atos, descritos neste artigo (art. 26).

Se assim não for, como compreender a ressalva e para que teria sido embutida nessa cláusula legal, já que as leis não contêm palavras inúteis⁴⁸, isto é, as palavras terão sempre alguma eficácia, ou, nas ensinanças de Trigo de Loureiro e Sutherland, o texto deve ser visto, em todas as suas perspectivas, de sorte que não fique inoperante, nulo ou sem qualquer significado.⁴⁹

Restam, porém, as duas hipóteses do art. 24 (incisos I e II) e do § 4.º do art. 62, que não foram contempladas na remissão do art. 26, *v.g.*, dispensa de licitação para:

I - obras e serviços de engenharia de valor até 5% do limite previsto na alínea *a* do inciso I do art. 23, desde que não se refiram a parcelas de uma mesma obra ou serviço ou ainda para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente;

II - outros serviços e compras de valor até 5% do limite previsto na alínea *a* do inciso II do art. 23, e para alienações, nos casos previstos nesta lei, desde que não se refiram a parcelas de um mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possa ser realizada de uma só vez; e

III - compras com entrega imediata e integral dos bens adquiridos, se não resultarem obrigações futuras e não for necessária assistência técnica (art. 62, § 4.º).

Destarte, nas hipóteses acima mencionadas, enfim, naqueles casos em que o termo de contrato pode ser substituído por outros instrumentos, pareceria, à primeira vista, que careceria de publicação.

Isto, entretanto, contraria todo o sistema e

⁴⁸ *Verba cum effectu sunt accipienda*. Cf. Carlos Maximiliano, *op. cit.*, p. 311, citando Carlos de Carvalho, Paula Batista, Ribas, Borges Carneiro, Coelho da Rocha.

⁴⁹ *Cl. aut.*, *op. e pp. cit.*

⁴⁷ Cf. Proc. TC n.º 024.572/90-0, in *DOU* de 9-7-91, Seção I, pp. 13399 - 13400.

colide com o princípio basilar da Constituição e farta e atual jurisprudência do Tribunal de Contas da União⁵⁰

Seria, de qualquer forma, descabido supor que o legislador, com sua omissão, pretendeu desburocratizar e proporcionar economia somente às situações compreendidas no art. 26, porque já foram publicadas, mas não desejar a publicação de outras tantas, conquanto mais simples.

A lei deve ser interpretada, inteligentemente, de modo que não conduza ao absurdo ou a conclusões vulneráveis ou impossíveis⁵¹.

A lacuna legislativa deve ser preenchida sem ferir princípios jurídicos, aplicando-se o art. 16 que, na nova redação dada pela Lei n.º 8.883/94, facultou a publicação mensal, em órgão oficial ou a afixação em quadro de avisos de amplo acesso público, da relação de todas as compras feitas pela Administração direta ou indireta.

Publicando-se a relação desses instrumentos ou afixando-se nos quadros de aviso de amplo acesso público, à semelhança das compras, estará cumprido o desiderato legal e constitucional, sem demasiado sacrifício financeiro^{51A}.

Duração dos contratos de prestação de serviço contínuo

A duração dos contratos está adstrita à vigência dos créditos orçamentários⁵², excetuadas as hipóteses indicadas pelo art. 57 da LLC, entre as quais a referente aos contratos de prestação de serviços a serem executados de forma continuada, disciplinada pelo inciso II.

Serviço é, na definição do art. 6.º, toda a atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais

⁵⁰ Essa jurisprudência não se aplica, evidentemente, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios; no entanto, servirá de roteiro seguro para essas esferas de poder.

⁵¹ Cf. Carlos Maximiliano, Berriot Saint-Prix, Fabreguettes, Caldara e Black.

^{51A} Este é também o entendimento da culta professora Yara Darcy Pollice Monteiro, Assessora Jurídica da Câmara Municipal de São Paulo.

⁵² Cf. nosso Duração de Contrato Administrativo e a Lei n.º 8.666/93, in *Boletim de Licitações e Contratos*, da Ed. NDJ, de São Paulo, n.º 10, de outubro de 1993; idem, *Duração de Contrato Administrativo de Prestação de Serviço Contínuo*, op. cit., dezembro de 1988, pp. 81/86.

como: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção de transportes, de locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais. A lei é meramente exemplificativa⁵³.

Predomina a atividade sobre o material da obra.

Serviço contínuo é o que não se pode interromper, faz-se sucessivamente, sem solução de continuidade, até seu exaurimento ou conclusão do objeto. Exige continuidade. Serviços há que não prestados continuamente podem causar danos e prejuízos irreparáveis.

O Pretório Maior de Contas sustentou que o serviço de assistência médica é prestação de serviço, executado de forma continuada, e não pode ser suspenso, sob pena de trazer prejuízos irreparáveis aos seus beneficiários, como a interrupção da hospitalização e do atendimento de socorro de urgência⁵⁴.

A textura originária, pior que a do Decreto-Lei n.º 2.300, de 1986, facultava a extensão do contrato por igual período.

Duras críticas ao dispositivo obrigaram os legisladores a apresentarem inúmeras emendas às medidas provisórias antecessoras da Lei n.º 8.883/94.

A norma atual, não totalmente feliz na sua redação, assim se esculpe:

“à prestação de serviços a serem executados de forma contínua que deverão ter a sua duração dimensionada com vistas à obtenção de preços e condições mais vantajosas para a Administração, limitada a duração a sessenta meses”.

A prorrogação não se confunde com a extensão, embora as consequências sejam as mesmas. Se bem que o legislador não tenha usado a expressão *estender-se* da lei anterior e repetida, no inciso IV, ao tratar da extensão de contratos de aluguel de equipamento e utilização de programa de informática, não se pode ignorar que o inciso II caracteriza perfeitamente essa modalidade de extrapolação, no tempo, da duração de contrato.

⁵³ Neste sentido, Raul Armando Mendes, in *Comentários ao Estatuto das Licitações e Contratos Administrativos*, Ed. Rev. dos Tribs., 1988, p. 25.

⁵⁴ Cf. Proc. TC 21.411/92-1, Rel. Min. Paulo Afonso Martins de Oliveira, apud nosso *Duração...* in *Boletim* cit., v. 10, de 1993.

Quisesse o legislador igualar a prorrogação e a extensão, ele fá-lo-ia, utilizando-se da mesma expressão — *prorrogação* — para todos os casos. Não o fez.

Estudando o inciso II do artigo 47 do Decreto-Lei n.º 2.300, de 1986, o ex-Procurador-Geral do Tribunal de Contas da União, Prof. Francisco Salles Mourão Branco, assentou que "a nova redação dada pelo Decreto-Lei n.º 2.348/86, no pertinente a essa matéria de duração dos contratos administrativos, criou, por assim dizer, uma exceção à regra geral prevalecente no tema, que adstringe tal duração à vigência dos respectivos créditos. Com efeito, é de ver que o inciso II do art. 47, ao invés do que se nota no inciso I, o legislador não se reporta à prorrogação, deixando subentender a prescindibilidade de sua formalização para ultrapassar o exercício em que foi celebrado o contrato. E a dispensa se justifica, no caso, pois que não se cogita, aqui, de dilatação do período estipulado para a conclusão do objeto do contrato"⁵⁵.

Dimensão é o sentido em que se mede a extensão para avaliá-la e dimensionar é calcular ou preestabelecer as dimensões ou proporções⁵⁶.

Pela redação desse inciso, infere-se que o contrato normalmente feito, por um exercício, poderá ultrapassá-lo, para vigorar até 60 meses no máximo.

Essa opção deverá constar expressamente do edital ou do instrumento convocatório e do contrato.

O administrador deverá fazer uma prévia avaliação, auscultando preços e condições mais vantajosos para a Administração, cabendo-lhe também avaliar o tempo de duração do contrato e o interesse da Administração.

São pré-condições indispensáveis à realização da licitação e celebração do contrato.

⁵⁵ Cf. Proc. TC 016.485/87-4 (Grupo I - Classe I), in Ata de Sessão Plenária n.º 34, de 13-7-88, publ. DOU de 3-8-88, Seção I, pp. 14699/700. Esse parecer foi adotado pelo Relator, Ministro José Antonio de Macedo, que recebeu o beneplácito do Tribunal.

Consulte-se nosso *Duração...*, in *BLC* 10/93 cit. O Procurador Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, contudo, oferece diversa interpretação, considerando todas as hipóteses (incisos I, II e IV do art. 57) mera prorrogação, não distinguindo entre prorrogação e extensão (cf. *Duração dos Contratos Administrativos* segundo a Lei n.º 8.666, de 21-6-93, in *BLC* cit. n.º 6/248).

⁵⁶ Cf. *Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*, 2.ª ed., Ed. Nova Fronteira, 1986.

A prorrogação está condicionada ao interesse da Administração Pública e à expressa previsão no ato convocatório⁵⁷, justificada previamente e por escrito, mediante autorização da autoridade competente para celebrar o contrato⁵⁸. O aditamento é necessário e está sujeito às mesmas formalidades do contrato⁵⁹.

A extensão (incisos II e IV) já deverá estar prevista no edital e no contrato, e independe de qualquer ato posterior, a não ser fazer-se, no início do exercício financeiro, a indicação de créditos e empenhos (*ex vi* do inciso V do art. 55). Esta deverá fazer-se por aditivo ao contrato⁶⁰.

Registre-se que o § 1.º do art. 57 não é incompatível com as hipóteses dos incisos II e IV desse artigo, ou seja, a extensão poderá ocorrer pelos motivos nestes incisos expostos, enquanto que a prorrogação poderá dar-se com fundamento num dos pressupostos descritos no citado parágrafo primeiro.

Convênios, ajustes e instrumentos congêneres

As disposições da Lei de Licitações e Contratos - LLC aplicam-se, no que couber, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração, como, por exemplo, prazo de vigência, instrumentos escritos etc.

O art. 116 é bastante abrangente e exemplificativa é sua sinalização.

Esse dispositivo, mais preciso e rico que o art. 82 do Decreto-Lei n.º 2.300, é pródigo na disciplina de convênios e outros ajustes.

Os convênios distinguem-se dos contratos e com eles não se confundem, conquanto tenham um ponto em comum: o acordo de vontades.

Segundo a melhor doutrina e opulenta jurisprudência, entre os partícipes há reciprocidade de obrigações, cooperação mútua, mesmas pretensões, consecução de objetivos comuns.

Se no contrato, uma das partes pretende sempre o objeto do acordo, a outra, a contraprestação (preço ou outra vantagem), no convênio, a postura dos participantes é sempre a mesma, com os mesmos interesses.

Os convênios podem-se realizar entre enti-

⁵⁷ Cf. art. 57, I.

⁵⁸ Cf. art. 57, § 2.º, também, art. 57, § 1.º.

⁵⁹ Cf. art. 60, 1.ª parte.

⁶⁰ No âmbito federal, consulte-se o Decreto n.º 93.872 cit. - arts. 23 a 32.

dades estatais e também com pessoas de direito privado⁶¹.

O Tribunal de Contas da União é competente para fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União, mediante convênio, acordo, ajuste ou outro instrumento congêneres, aos Estados, ao Distrito Federal ou aos Municípios⁶².

O Supremo Tribunal Federal tem entendido que é inconstitucional a exigência de autorização legislativa para a organização de convênios, por ferir a independência dos poderes. Em sentido contrário, porém, Hely Lopes Meirelles aprova sua pronta necessidade, vez que o convênio e o consórcio são gravames que extrapolam os poderes normais da Administração, daí dever o Poder Legislativo autorizá-lo expressamente⁶³.

Lembre-se que o § 2.º do art. 116 da LLC determina ao órgão repassador ou à entidade que de ciência a Assembleia ou a Câmara Municipal respectiva do convênio, logo após sua assinatura, calando-se quanto ao Congresso Nacional.

Conclusão

1 – A correção monetária, atualização da expressão monetária, o critério de reajuste deverão obrigatoriamente constar do edital ou do instrumento convocatório e do contrato.

2 – O reajuste é previsível e não se confunde com a revisão do contrato, que decorre de fatores imprevisíveis ou previsíveis, de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do objeto, ou também em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe.

3 – Os contratos, com periodicidade inferior

⁶¹ Neste sentido, Hely Lopes Meirelles, in *Direito Administrativo Brasileiro* cit., pp. 354/5; cf., de Leon Frejda Szklarowsky, *Convênios Administrativos*, in *Boletim de Licitações e Contratos* cit., março de 1990, v. 3/90; *Revista Tribunal de Jurisprudência dos Estados* cit., 76/39; *Revista dos Tribunais* 669/39. V. o art. 48 do Decreto federal n.º 93.872 cit. Na área federal, este decreto regula, com abundância, os convênios, ajustes ou acordos (arts. 48 *usque* 57). Leia-se os Decretos federais 20, de 1-2-91; 206, de 5-9-91; o art. 56 da Lei n.º 8.212/91; os arts. 71 e 100. IV. do Código Tributário Nacional; e art. 71, VI, da CF. Consulte-se, também, *Eficácia nas Licitações* cit., de Carlos Pinto Coelho Motta, pp. 260 a 263, com farta jurisprudência.

⁶² Cf. art. 71, VI, da CF.

⁶³ Cf. *Direito Administrativo* cit. Consultem-se os arestos publicados na RDA 140/63, 161/169, RT 599/222 e na RTJ 94/995 e 115/597. Cf., também, a ADIN 117 TJMG, in DJU 10-2-94.

a um ano, não poderão conter cláusula de reajuste, segundo enérgica disposição da legislação que implantou o plano de estabilização da economia; entretanto, não está vedada a previsão de reajuste ou atualização da expressão monetária, na hipótese de o Poder Executivo reduzir esse prazo ou em contratos, com periodicidade superior a um ano.

4 – A publicidade é ato essencial, para eficácia dos atos e contratos administrativos. Todos os instrumentos de contrato, quaisquer que sejam os valores, mesmo que sem ônus, inclusive os outros instrumentos, devem ser publicados na imprensa oficial.

5 – Não obstante, nas hipóteses mencionadas no art. 26 da LLC, faculta-se a não-publicação, porque já o foram, anteriormente, como condição necessária para eficácia dos atos descritos no citado art. 26.

6 – Nas hipóteses do art. 24, I e II, nas compras, nas condições previstas no art. 64, § 4.º, *enfim*, nas hipóteses em que o termo de contrato pode ser substituído por outros instrumentos, a publicação poderá ser feita através da publicidade da relação desses instrumentos ou sua afixação nos quadros de aviso de amplo acesso público, à semelhança das compras, de que trata o art. 16 da LLC.

7 – A duração dos contratos está adstrita à vigência do crédito orçamentário, excetuadas as hipóteses indicadas no art. 57 da LLC, entre as quais a referente aos contratos de prestação de serviços a serem executados de forma continuada, disciplinada pelo inciso II.

8 – A extensão (inciso II) deverá estar prevista no edital e no contrato e independe de qualquer ato posterior, a não ser fazer-se, no início do exercício financeiro, a indicação de crédito e empenho, a qual se fará por aditivo.

9 – A prorrogação do contrato não se confunde com a extensão, conquanto as consequências sejam as mesmas.

10 – A prorrogação prevista no § 1.º do art. 57 da LLC não é incompatível com a extensão regulada nos incisos II e IV desse artigo.

11 – Os convênios, ajustes, acordos e instrumentos congêneres celebrados por órgãos da Administração, inclusive com particulares, submetem-se, no que couber, às disposições da LLC (Lei de Licitações e Contratos - Lei n.º 8.666/93).

12 – Os convênios e contratos não se confundem, conquanto tenham um ponto em comum: o acordo de vontades.

* N do A: A Medida Provisória n.º 785, de 23 de dezembro de 1994, publicada no *DOU* de 24 seguinte, convola os atos praticados com base nas MPs 542, de 30-6-94; 566, de 29-7-94; 596, de 26-8-94; 635, de 27-9-94; 681, de 27-10-94; e 731, de 25-11-94. "Não houve alteração no que se refere à parte contratual", eis que o estudo da MP 681/94 remanesce inóclume. Consultem-se, a propósito, também sobre o assunto: nosso "A Inflação e os Contratos Administrativos", in *BLC* da Ed. NDJ, São Paulo, 4/

90, e *Rev. Direito Público*, v. 95; de Marcos Jurucena V. Souto, "Reflexos da URV no Direito Administrativo" in *BLC* cit., 5/94; José T. Pereira Júnior, *Comentários à Lei das Licitações e Contratos da Administração Pública*, Ed. Renovar, 1994; de Maria Sylvia Z. de Pietro, Dora Ramos, Marcia W. B. dos Santos. Vera D'ávila. *Temas Polêmicos sobre Licitações e Contratos*, Ed. Malheiros, 1994 e, de Pinto Ferreira, *A Inflação*, 4.ª ed., Ed. Rev. Tribs., 1993.

Estudos sobre direito do consumidor

Os direitos e interesses do consumidor – fundamentos, interpretação e crítica

JOSÉ MATIAS PEREIRA

SUMÁRIO

1. Introdução – a função do consumidor no mercado. 2. Formas de organização do mercado de consumo. 2.1. Modelos de organização do mercado. 2.2. Formas de manifestação do modelo intervencionista. 3. Fundamentos e forma de estruturação do Código. 3.1. A base constitucional do Código de Proteção e Defesa do Consumidor. 3.2. O caráter sistemático da Lei de Defesa do Consumidor. 3.3. A importância da codificação. 3.4. As fontes de inspiração do Código de Proteção e Defesa do Consumidor. 3.5. A forma de estruturação do Código de Proteção e Defesa do Consumidor. 4. Os direitos e interesses do consumidor. 5. Conclusão.

José Matias Pereira é advogado e economista. Mestre pela Universidade de Brasília – UnB. Técnico de Planejamento e Pesquisa do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA. Está no exercício do segundo mandato de Conselheiro do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, do Ministério da Justiça (período 94/96).

O Código de Proteção e Defesa do Consumidor deve ser entendido como uma lei de ordem pública, que estabelece direitos e obrigações de consumidores e fornecedores. Tem o referido Código, como objetivo principal, garantir um equilíbrio nas relações de consumo, garantindo, sempre que possível, a posição do consumidor, através da proibição ou da limitação das práticas distorcidas de mercado. O trabalho aqui apresentado é o produto de pesquisa e troca de opiniões desenvolvidas com inúmeras pessoas, cujas idéias permeiam quase todas as páginas. A todas elas sou extremamente grato, e de maneira especial, ao professor Eduardo Polo, pelos ensinamentos contidos no seu livro *La Protección del Consumidor en el Derecho Privado*. Isto posto, o presente estudo sobre “Direito do Consumidor” apresenta-se como uma contribuição, para estimular o debate sobre esse importante, dinâmico e complexo tema.

1. Introdução – a função do consumidor no mercado

Creio necessário, ao iniciar o presente estudo sobre os direitos e interesses do consumidor, destacar a sua relevância no funcionamento do mercado. Deve ser entendido como mercado a combinação de centros econômicos de produção, oferta e consumo, ligados entre si pelas relações de troca.

Nesse contexto, denomina-se *economia de mercado* aquela em que os centros de produção, oferta de bens e consumo são distintos, e a necessária ligação entre eles para o cumprimento da atividade econômica é determinada apenas pelas relações de troca.

Vale observar que o mercado é o regulador das atividades econômicas, através de mecanismos de preços, numa economia onde o Estado não exerce intervenção direta. Os centros econômicos de consumo, para proceder às trocas, entram em contato com os centros econômicos de bens e serviços. Essas trocas têm uma liberdade limitada, pois, na verdade, estão con-

dicionadas à relação de forças existentes entre consumidores e produtores.

Feitas essas considerações iniciais, pode-se afirmar que o consumidor é o sujeito no qual se encerra todo o ciclo econômico. A partir desse entendimento, cabe aos consumidores um papel relevante no âmbito das relações de consumo, em decorrência de sua função de agente regulador no mercado. Assim, a proteção do consumidor surge como um direito fundamental de um povo, especialmente nos países em desenvolvimento, com vista a um desenvolvimento econômico, e social justo, equitativo e duradouro.

Quanto aos direitos e interesses do consumidor, enumerados no Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078/91), podem ser assim resumidos: a) direito ao consumo; b) direito à segurança; c) direito de escolha; d) direito à informação; e) direito de ser ouvido; f) direito à indenização; g) direito à educação para o consumo; h) direito a um meio ambiente saudável; i) direito à facilitação de defesa dos seus direitos; j) direito à qualidade dos serviços públicos; l) direito à proteção contra a publicidade enganosa e abusiva; m) direito à proteção contratual.

Para uma melhor compreensão desse complexo assunto em exame, denominado "direitos e interesses do consumidor" tratarei, a seguir, das formas de organização do mercado de consumo e seus reflexos no relacionamento consumidor-fornecedor, dos fundamentos e da forma de estruturação do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, bem como dos direitos e interesses do consumidor.

2. Formas de organização do mercado de consumo

2.1. Modelos de organização do mercado

Entendo necessário, dentro do tema em análise, lembrar que o mercado pode ser organizado basicamente através das seguintes formas:

a) *Modelo privado*, onde os próprios consumidores e fornecedores se encarregam em combater as práticas restritivas. É o modelo da auto-regulamentação, das convenções coletivas de consumo e do boicote. Deve-se observar que esse modelo não se tem mostrado capaz de resolver a questão da fragilidade do consumidor.

b) *Modelo intervencionista*, é aquele que, não eliminando o primeiro, funda-se em normas imperativas de controle do relacionamento con-

sumidor-fornecedor. É o modelo onde o Estado intervém, ocorrendo especialmente nos países de economia capitalista avançada. É importante alertar que nenhum país do mundo consegue proteger seus consumidores apenas com o modelo privado. Todos tendem a elaborar leis que, em menor ou maior intensidade, implicam numa intervenção do Estado naquilo que, conforme preconizado pelos economistas liberais, deveria permanecer na esfera exclusiva de decisão dos agentes econômicos envolvidos.

2.2. Formas de manifestação do modelo intervencionista

O modelo intervencionista estatal, vale recordar, pode manifestar-se de duas formas: o primeiro é o sistema preponderante no mundo. São aqueles países que organizam o mercado de consumo através de leis esparsas, específicas para cada uma das atividades econômicas diretamente relacionadas com o consumidor (publicidade, crédito, responsabilidade civil pelos acidentes de consumo, garantias, entre outros). No segundo caso, estão os países que preferem tutelar o consumidor de modo sistemático, optando por um "código", como conjunto de normas gerais, em detrimento de leis esparsas.

Faz-se necessário destacar que o modelo codificado de direito do consumidor que tem o Brasil na vanguarda, é defendido pelos grandes juristas especialistas na matéria no mundo. Pode-se prever que no futuro, esse modelo deverá ser adotado pelos países de economias mais complexas e desenvolvidas.

3. Fundamentos e forma de estruturação do Código

3.1. A base constitucional do Código

A "codificação" das normas de consumo, conforme se observa no enunciado do artigo 1.º do Código de Proteção e Defesa do Consumidor brasileiro, se deve a determinação constitucional expressa. A começar, portanto, pelo inciso XXXII do artigo 5.º da Constituição Federal, que trata dos direitos e deveres individuais e coletivos, *verbis*:

"impõe-se ao Estado promover, na forma de lei, a defesa do consumidor".

A elaboração do Código, dessa forma, ao contrário da experiência francesa, decorrente de uma simples decisão ministerial, encontra-se respaldada pela Constituição Federal, conforme dispõe de forma categórica no artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, *verbis*:

“Artigo 48. O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor”.

Importante, também, é a harmonia que se busca alcançar, na defesa do consumidor, sob a inspiração do artigo 170 da Constituição Federal, *verbis*:

“Artigo 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

.....
V. defesa do consumidor;
.....

3.2. *O caráter sistemático da Lei de Defesa do Consumidor*

Deve-se observar que o texto constitucional, expressamente, reconheceu através do citado artigo 48, das Disposições Constitucionais Transitórias, que o consumidor não podia ser protegido, de forma adequada, com base apenas em um modelo privado ou em leis esparsas, muitas vezes contraditórias ou falhas. Ao adotar a concepção da codificação, nos moldes da melhor doutrina estrangeira, o legislador admitiu a necessidade da promulgação de um instrumento geral para o ordenamento do mercado de consumo.

E, mesmo considerando que o Código foi votado com outra modalidade, transformando-se na Lei n.º 8.078/90, entendo que estamos, de maneira clara, diante de um Código, levando-se em consideração a sua inspiração constitucional e o seu caráter sistemático. Deve-se observar ainda que o Congresso Nacional sequer se deu trabalho de explicar no corpo legal as menções ao vocábulo Código (arts. 1.º, 7.º, 28, 37, 44, 51, 76, 83, 103, entre outros).

3.3. *A importância da codificação*

O trabalho de codificação, deve-se ressaltar, além de permitir a reforma do direito vigente, apresenta, ainda, outras vantagens. De um lado, dá coerência e homogeneidade a um determinado ramo de direito, possibilitando sua autonomia. Por outro lado, simplifica e torna claro o regramento legal da matéria, favorecendo, de uma maneira geral, os destinatários e os aplicadores da norma.

3.4. *As fontes de inspiração do Código*

O Código de Proteção e Defesa do Consu-

midor brasileiro foi inspirado em modelos legislativos estrangeiros já vigentes. É oportuno destacar que os legisladores tomaram a precaução de evitar que o Código fosse uma transcrição pura e simples de textos existentes em outros países.

Observa-se que foram levadas em consideração as peculiaridades da economia brasileira, e de forma especial, o seu mercado de consumo, que tem características específicas. Essas particularidades estão contidas no Código.

Vale destacar também, que na origem dos direitos básicos do consumidor, está a Resolução n.º 39/248, de 10 de abril de 1985, da Assembleia-Geral da Organização das Nações Unidas, que definiu as normas para a proteção do consumidor. Ao firmar os objetivos das referidas normas, destacou que deviam ser levados em consideração os interesses e as necessidades dos consumidores em todos os países, particularmente os países em desenvolvimento; reconheceu que os consumidores se deparam com desequilíbrios em termos econômicos, níveis educacionais e poder aquisitivo; sem deixar de considerar que consumidores têm o direito de acesso a produtos inofensivos, assim como o direito a um desenvolvimento econômico e social justo, equitativo e duradouro.

Nos princípios gerais das “normas para a proteção do consumidor” ficou estabelecido que os Governos deviam desenvolver, reforçar ou manter uma política firme de proteção ao consumidor, considerando as seguintes normas:

- a) proteger o consumidor quanto a prejuízos à sua saúde e segurança;
- b) fomentar e proteger os interesses econômicos dos consumidores;
- c) fornecer aos consumidores informações adequadas para capacitá-los a fazer escolhas acertadas de acordo com as necessidades e desejos individuais;
- d) educar o consumidor;
- e) criar possibilidades de real ressarcimento ao consumidor;
- f) garantir a liberdade para formar grupos de consumidores e outros grupos ou organizações de relevância e oportunidades para que estas organizações possam apresentar seus enfoques nos processos decisórios a elas referentes.

Ao adotar tais normas, cada Governo devia determinar suas próprias prioridades para a proteção dos consumidores, de acordo com as circunstâncias econômicas e sociais do país e as

necessidades de sua população verificando os custos e benefícios das medidas propostas.

É necessário destacar, que o Código do Consumidor brasileiro sofreu também forte influência do *Projet de Code de la Consommation*, da França. Recebeu, ainda, influência das leis gerais da Espanha (*Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, Lei n.º 26/1984), de Portugal (Lei n.º 29/81, de 22 de agosto de 1981), do México (*Ley Federal de Protección al Consumidor*, de 5 de fevereiro de 1976) e de Québec-Canadá (*Loi sur la Protection du Consommateur*, promulgada em 1979).

Examinado sob o enfoque mais específico de algumas de suas matérias, constata-se no Código de Proteção e Defesa do Consumidor a inspiração no direito comunitário europeu, representado pelas Diretivas 84/450 (publicidade) e 85/374 (responsabilidade civil pelos acidentes de consumo). Foram utilizadas, ainda, pode-se perceber, na formulação do traçado legal para o controle das cláusulas gerais de contratação, as legislações de Portugal (Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro de 1985) e Alemanha (*Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen - AGB Gesetz*, de 9 de dezembro de 1976).

Recebeu também o nosso Código a influência do direito norte-americano, ao se usarem as regras mais modernas de tutela do consumidor, bem como do sistema legal de proteção ao consumidor.

3.5. A forma de estruturação do Código

O Código de Proteção e Defesa do Consumidor apresenta na sua estrutura a definição de um conceito amplo de fornecedor, incluindo, todos os agentes econômicos que atuam, direta ou indiretamente, no mercado de consumo. Abrangendo, inclusive, as operações de crédito e securitárias; a definição dos direitos básicos dos consumidores e instrumentos de implementação; a proteção contra todos os desvios de quantidades e qualidades (vícios de qualidade por insegurança e vícios de qualidade por inadequação); a questão do regime jurídico dos prazos prescricionais e decadenciais; a ampliação das hipóteses de desconsideração da personalidade jurídica das sociedades; o regimento do *marketing* (oferta e publicidade); o controle das práticas e cláusulas abusivas, bancos de dados e cobrança de dívidas de consumo; a introdução de um sistema sancionatório administrativo e penal: a criação de facilida-

des no acesso à Justiça para o consumidor; o incentivo à composição privada entre consumidores e fornecedores, notadamente com a previsão de convenções coletivas de consumo.

Merece especial atenção o disposto no artigo 1.º do Código, ora em análise, *verbis*:

“Artigo 1.º. O presente Código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos artigos 5.º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e artigo 48 de suas Disposições Transitórias.”

Deve-se observar que são normas que tutelam o consumidor, pertencentes não somente ao direito civil e comercial, como também ao direito penal e ao processual, ao direito administrativo e inclusive ao constitucional, determinando que os limites desse segmento de interesses sejam pouco precisos, inscrevendo dessa forma a matéria no campo dos interesses difusos.

4. Os direitos e interesses do consumidor

Ao tratar, a seguir, dos direitos e interesses do consumidor, torna-se recomendável ressaltar o excesso de definições contidas no Código de Proteção e Defesa do Consumidor. O excessivo número de definições existentes no referido Código (Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990), parece-me, em princípio, desnecessário.

Por outro lado, mesmo tendo posição contrária à forma utilizada na sua redação, entendo que essas definições detalhadas devem ser aciadas, entre outros motivos, por razões de acessibilidade dos usuários, tendo em vista tratar-se de um tema pouco conhecido e debatido em nosso País. Deve-se observar que a definição de “consumidor” está enfocada no Código exclusivamente do ponto de vista econômico, dando-se ainda grande amplitude à figura do fornecedor de bens e serviços.

Deve-se registrar, ainda, que o Código avançou rumo a uma “política nacional de relações de consumo”, de maneira correta, visto que não se preocupou apenas com o consumidor. Foi além, tratando da necessária harmonia das “relações de consumo”, *verbis*:

Artigo 4.º. A Política Nacional de Relações do Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito a sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua

qualidade de vida, bem como a transferência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;

II - ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor: a) por iniciativa direta; b) por incentivos à criação e desenvolvimento de associações representativas; c) pela presença do Estado no mercado de consumo; d) pela garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho;

III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;

IV - educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vista à melhoria do mercado de consumo;

V - incentivo à criação pelos fornecedores de meios eficientes de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços, assim como de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo;

VI - coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e utilização indevida de inventos e criações industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores;

VII - racionalização e melhoria dos serviços públicos;

VIII - estudo constante das modificações do mercado de consumo."

Considerando a importância das necessidades dos consumidores e do respeito à sua dignidade, saúde e segurança, proteção de interesse econômicos, melhoria da sua qualidade de vida (considerando que são eles a parte vulnerável no mercado de consumo), justifica-se um tratamento desigual para partes reconheci-

damente desiguais.

Por outro lado, preocupou-se o Código em compatibilizar a mencionada tutela com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, viabilizando-se os princípios da ordem econômica de que trata o artigo 170 da Constituição Federal, e educativo (informação de fornecedores e consumidores quanto aos seus direitos e obrigações).

Diante dessa realidade, é de fundamental importância o incentivo à criação pelos fornecedores de meios eficientes de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços, assim como de mecanismos alternativos de solução de conflitos. Registre-se, como de relevância, a inserção dos chamados "órgãos de defesa ou serviços de atendimento aos consumidores" como instrumentos que viabilizam o atendimento de reclamações, bem como o recebimento de sugestões dos próprios consumidores, beneficiando-se com isso ambas as partes das relações de consumo.

É oportuno lembrar que a harmonia que se visa alcançar mediante a implementação e efetiva execução do Código de Proteção e Defesa do Consumidor também é buscada, ainda sob a inspiração do artigo 170 da Constituição Federal, pela coibição de abusos como a concorrência desleal nas práticas comerciais, pela racionalização dos serviços públicos e pelo estudo constante das modificações no mercado de consumo.

Tem significativa importância, ainda, a previsão no Código de Proteção e Defesa do Consumidor, ao tratar das práticas abusivas, contidas no seu artigo 39, que vedam ao fornecedor de produtos e serviços, as seguintes ações, *verbis*:

I - condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço (*venda casada*), bem como, sem justa causa, a limites quantitativos;

II - recusar atendimento às demandas dos consumidores, na exata medida de suas disponibilidades de estoque, e, ainda, de conformidade com os usos e costumes;

III - enviar ou entregar ao consumidor, sem solicitação prévia, qualquer produto, ou fornecer qualquer serviço;

IV - prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vis-

ta sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços;

V – exigir do consumidor vantagem manifestadamente excessiva;

VI – executar serviços sem a prévia elaboração de orçamento e autorização expressa do consumidor, ressalvadas as decorrentes de práticas anteriores entre as partes;

VII – repassar informação depreciativa referente a ato praticado pelo consumidor no exercício de seus direitos;

VIII – colocar, no mercado de consumo, qualquer produto ou serviço em desacordo com as normas expedidas pelos órgãos oficiais competentes ou, se normas específicas não existirem, pela Associação Brasileira de Normas Técnicas ou outra entidade credenciada pelo Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial – CONMETRO;

IX – deixar de estipular prazo para o cumprimento de sua obrigação ou deixar a fixação de seu termo inicial a seu exclusivo critério;

X – praticar outras condutas abusivas. (VETADO).

Parágrafo único. Os serviços prestados e os produtos remetidos ou entregues ao consumidor, na hipótese prevista no inciso III, equiparam-se às amstras grátis, inexistindo obrigação de pagamento.”

A esse mesmo artigo 39, foram acrescentados, pela Lei n.º 8.884, de 11 de junho de 1994, os seguintes incisos, *in verbis*:

“IX – recusar a venda de bens ou prestação de serviços, diretamente a quem se disponha a adquiri-los mediante pronto pagamento, ressalvados os casos de intermediação regulados em leis especiais;

X – elevar sem justa causa o preço de produtos ou serviços.”

Essa alteração, em relação a inclusão do inciso X, acima, parece-me desnecessária, visto que o inciso V do citado artigo 39, já previa como prática abusiva “exigir do consumidor vantagem manifestadamente excessiva”, o que permitia o entendimento de que aí também esta-

va incluída a prática de preços exorbitantes.

Ao se buscar a vedação do abuso na fixação de preços, é oportuno destacar-se que, no caso da legislação antitruste (Lei n.º 8.884/94), este abuso refere-se ao poder econômico. Para a Lei Antitruste, abusivo não é o preço, mas sim o exercício do poder do agente econômico no mercado. Ou seja, quem se aproveite de sua condição privilegiada dentro de um mercado, como fornecedor, intermediário, adquirente ou financiador de um produto, serviço ou tecnologia a ele relativa, para exercer de forma abusiva posição dominante, que é presumida pela nova redação do artigo 20, inciso IV, parágrafo 3.º, da mencionada Lei, como sendo da ordem de vinte por cento desse mercado.

Na legislação de defesa do consumidor, abusivo é o próprio aumento, caso ocorra sem justa causa. Não interessaria, em princípio, a situação da empresa no conjunto do mercado. Seria necessária apenas a excessividade injustificada, não importando a dimensão da empresa (grande, média, pequena ou micro).

Deve-se alertar que o Código de Proteção e Defesa do Consumidor em vigor, por si só, não representa uma solução para todas as questões que afligem o consumidor. Não será por ter sido ele instituído que deixaram de existir outras normas relativas às relações de consumo, existentes nos Códigos Civil, Comercial, Penal, etc.; bem como na legislação esparsa. A menos que com ele sejam incompatíveis, dentro do princípio geral da revogação de uma lei antiga por outra nova. É o caso, por exemplo, dos “vícios redibitórios”, que receberam disciplina totalmente nova, a começar pela dicotomia criada entre aqueles propriamente ditos – redenominados de “vícios do produto e do serviço” –, e os chamados “defeitos do produto e do serviço”, estes decorrentes do simples fato de sua colocação no mercado de consumo, e cada qual com tratamento diferenciado.

Oportuno portanto, ressaltar, que a matéria “direito do consumidor”, além de ampla, é extremamente complexa e dinâmica. O que demonstra ser na prática impossível a previsão de tudo que diga respeito aos direitos e deveres dos consumidores e fornecedores.

Com base nessa visão é que o atual Código representa muito mais pelas diretrizes que fixa para proporcionar uma efetiva defesa ou proteção do consumidor, bem como do devido equacionamento da harmonia buscada, do que pela

exaustão das normas que tendem a esses objetivos.

Em relação aos instrumentos de defesa do consumidor, há que se entender não apenas os institucionais, tais como: a assistência jurídica integral e gratuita para o consumidor carente, a criação de promotoria de justiça de proteção ao consumidor, de delegacias especializadas em questões que tais, mormente nos crimes contra as relações de consumo, de juizados especiais de pequenas causas, entre outras, como também normas e leis das mais variadas fontes e tipos, e não apenas as do Código, ganhando aquelas, porém, ainda que de forma esquemática, uma sistematização em face da mesma diretriz imposta.

Torna-se necessário lembrar ainda, que os direitos básicos do consumidor, de livre escolha, segurança e qualidade, educação e defesa dos seus interesses, indenização por danos sofridos, entre outros, previstos no artigo 6.º do Código, não representam uma inovação, visto que estão presentes nas legislações que tratam do assunto nas sociedades mais evoluídas. Vale frisar que têm a sua origem na Resolução n.º 39/248, de 1985, da ONU, conforme citado anteriormente, que estabeleceu "normas para a proteção do consumidor", em especial do direito de proteção à vida, saúde e segurança contra riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços, informação clara e adequada sobre os mesmos, proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, utilização de meios coercitivos ou desleais, cláusulas abusivas em contratos, principalmente de adesão, modificação de suas cláusulas, prevenção e reparação de danos, acessos aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à reparação dos danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos.

O avanço, em relação aos códigos de outros países, está na questão do direito prevista no inciso VIII do artigo 6.º do Código brasileiro, quando trata da inversão do ônus da prova, a seu favor, mas apenas no processo civil quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação do consumidor, ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência.

Importante também é o registro do disposto no artigo 7.º do citado Código, que trata das fontes dos direitos do consumidor, igualmente da maneira mais ampla possível, *verbis*:

"Artigo 7.º. Os direitos previstos neste Código não excluem outros decorren-

tes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade.

Parágrafo único. Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo."

Por outro lado, não poderia deixar de citar neste trabalho, a posição de alguns especialistas internacionais na matéria, em relação ao *Direito do Consumidor*. Dentre esses estudiosos é importante destacar manifestação feita por Gérard Cas (*La défense du consommateur*, Paris, Presses Universitaires de France, 1980) ao afirmar que

"a sociedade industrial engendrou uma nova concepção de relações contratuais que têm em conta a desigualdade de fato entre os contratantes".

É oportuno ressaltar que estou de acordo com esse entendimento, visto que nessas relações contratuais a parte mais fraca é a representada pelo consumidor.

Conclui Gérard Cas que, desta forma,

"o legislador procura proteger os mais fracos contra os mais poderosos, o leigo contra o melhor informado; os contratantes devem sempre curvar-se diante do que os juristas modernos chamam de ordem pública econômica".

Tratando da questão da proteção jurídica do consumidor, Eduardo Polo (*La Protección del Consumidor en el Derecho Privado*, Madrid, Editorial Civitas, 1980) ressalta o caráter interdisciplinar do "direito dos consumidores", destacando a dificuldade da sua sistematização, considerando que seria impossível apagar-se todos os demais direitos ou interesses espalhados por inúmeros diplomas legais, promovendo a sua substituição por um código específico sobre o tema em análise.

Acentua ainda Eduardo Polo, que

"a defesa e proteção do consumidor constituem-se hoje em dia em um dos temas mais extraordinariamente amplos e que afetam e se referem a casos de todos os setores do ordenamento jurídico".

Observa também que

"a variedade das normas que tutelam

— ou deveriam tutelar — o consumidor, pertence não somente ao direito penal e ao processual, mas ao direito administrativo e inclusive ao constitucional, e determinou que os limites desse setor de interesses sejam pouco precisos, e porque não dizer-se vagos e difusos”.

Destaca também Eduardo Polo, na citada obra, e com o qual estou de pleno acordo, que em face de tal amplitude de interesse com que se deparam todos quantos se dedicarem ao estudo do que prefere chamar “direitos e interesses do consumidor”, e não direito do consumidor, o autor referido aponta para a dificuldade de se delimitar o campo de atuação dos referidos direitos, a saber:

“situados nessa perspectiva, tudo hoje em dia é direito do consumidor: o direito à saúde e à segurança; o direito de se defender contra a publicidade enganosa e mentirosa; o direito de exigir as quantidades e qualidades prometidas e pactuadas; o direito de informações sobre os produtos, os serviços e suas características, sobre o conteúdo dos contratos e a respeito dos meios de proteção na contratação; o direito de intervir na fixação do conteúdo do contrato, o direito de não se submeter a cláusulas abusivas; o direito de reclamar juridicamente pelo descumprimento ou cumprimento parcial ou defeituoso dos contratos; o direito à indenização pelos danos e prejuízos sofridos; o direito de se associar para a proteção de seus interesses; o direito de voz e representação em todos os organismos cujas decisões afetem diretamente seus interesses; o direito, enfim, como usuários, a uma eficaz prestação dos serviços públicos e até mesmo à proteção do meio ambiente”.

5. Conclusão

Feitas essas considerações, e iniciando a fase de conclusão, creio oportuno ressaltar que a proteção e a defesa do consumidor representa um desafio de nosso tempo e se apresenta, em todo mundo, como um dos temas mais atuais do direito.

Diante dessa constatação, merece ser explicada as razões do significativo avanço desse fenômeno jurídico, totalmente desconhecido no século passado e em boa parte deste. O homem do século vinte passou a viver em função de um modelo novo de associativismo, denomina-

do de sociedade de consumo ou *mass consumption society*, caracterizada por uma quantidade crescente de produtos e serviços, pelo domínio do crédito e do *marketing*, tangenciada pelas enormes dificuldades de acesso à Justiça. São esses aspectos que propiciaram o surgimento e desenvolvimento do direito do consumidor, como disciplina jurídica autônoma.

A sociedade de consumo, registre-se, não trouxe apenas benefícios para os seus integrantes. Em diversos casos, a posição do consumidor, dentro desse modelo, deteriorou em vez de melhorar. Se antes fornecedor e consumidor encontravam-se em uma situação de relativo equilíbrio de poder de barganha, considerando que existiam elos de confiança e de contato pessoal nas transações, agora é o fornecedor, representado pelo fabricante, produtor, construtor, prestador de serviço, importador ou comerciante, que assume a posição de força na relação de consumo e que, por isso mesmo, impõe as suas regras. O direito, nesses casos, não pode ficar alheio a tal disfunção.

Por outro lado, o mercado não apresenta, em si mesmo, mecanismos eficientes para superar a apontada fragilidade do consumidor. Nem mesmo para atenuá-la. Tal fato torna necessária a intervenção do Estado nas suas três esferas: o Legislativo, formulando as normas jurídicas de consumo; o Executivo, implementando-as; e o Judiciário, dirimindo os conflitos decorrentes dos esforços de formulação e de implementação.

A fragilidade da posição do consumidor no mercado possui causas diversas. Dessa forma não pode o direito proteger a parte mais fraca da relação de consumo somente em algumas áreas desse mercado, visto que não se busca uma tutela incompleta do consumidor. O que se pretende é uma proteção integral, sistemática e dinâmica. Isso requer o regramento de todos os aspectos da relação de consumo, sejam aqueles pertencentes aos próprios produtos e serviços, sejam outros, como o crédito e o *marketing*, que se manifestam como instrumentos fundamentais para produção e circulação destes mesmos bens.

Diante dessa comprovada fragilidade do consumidor é que surge e se desenvolve a nova disciplina jurídica. É esta uma enorme tarefa, quando se sabe que essa vulnerabilidade é decorrente da atuação no mercado de grandes empresas, atuando sob os regimes de monopólios ou de oligopólios, e da carência de informação sobre qualidade, preço, crédito e outras

características dos bens e serviços ofertados. Sofre também o consumidor os reflexos de uma persistente e agressiva publicidade, através dos meios de comunicação de massa. Essa situação é agravada, vale reafirmar, por se encontrar o consumidor numa posição de desvantagem, em decorrência de sua desorganização, em relação aos fornecedores.

Em síntese, pode-se concluir que toda legislação de defesa do consumidor tem o mesmo objetivo, que é o de reequilibrar a relação de consumo, reforçando, sempre que possível, a posição do consumidor, através da proibição ou da limitação das práticas distorcidas de mercado.

Bibliografia

- GRINOVER, Ada Pellegrini e outros. *Código de Proteção e Defesa do Consumidor* (comentado pelos autores do Anteprojeto). Editora Forense Universidade, 1.ª ed., RJ, 1991.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. Editora Saraiva, 14.ª ed., SP, 1985.
- GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)*. Editora dos Tribunais, SP, 1990.
- OLIVEIRA, Juarez. *Coord. Comentários ao Código de Proteção e Defesa do Consumidor*. Ed. Saraiva, 1.ª ed., SP, 1991.
- POLO, Eduardo. *La Protección del Consumidor en el Derecho Privado*. Editorial Civitas, Madrid, 1980.
- MATIAS, José. "Os Direitos Básicos do Consumidor. Interpretação e Crítica". *Revista de Informação Legislativa*, Senado Federal, n.º 121, jan./mar., 1994, p. 227.
- Código de Proteção e Defesa do Consumidor*, Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990.
- Decreto n.º 861, de 9 de julho de 1993.
- Lei n.º 8.894, de 11 de julho de 1994 (Lei Antitruste).
- Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985.
- Lei n.º 1.521, de 26 de dezembro de 1951 (Economia Popular).
- Lei Delegada n.º 4, de 26 de setembro de 1962.
- Lei n.º 4.137, de 10 de setembro de 1962.
- Lei n.º 8.002, de 1ª de março de 1990.
- Lei n.º 8.137, de 27 de dezembro de 1990.
- Lei n.º 8.158, de 8 de janeiro de 1991.
- Constituição da República Federativa do Brasil 1988.
- Resolução 39/248, de 1985, das Nações Unidas (sobre Defesa do Consumidor).
- Constituição da Espanha, de 1978 (artigo 51).
- Constituição de Portugal, de 1982 (artigos 109 e 110).

Restrições à concessão de liminares

TEORI ALBINO ZAVASCKI

SUMÁRIO

1. Introdução 2. Direitos e deveres constitucionais dos litigantes. 3. Processo cautelar: instrumento de harmonização dos direitos constitucionais dos litigantes. 4. Concessão de liminares e suas restrições legislativas: condições de legitimidade. 5. Medida liminar e medida cautelar. 6. Liminares satisfativas. 7. Liminar e fundamentação: demonstração da necessidade. 8. Liminar e contracautela. 9. Liminar e controle difuso de constitucionalidade. 10. Liminar em ação coletiva para defesa de direitos individuais homogêneos. 11. Medidas liminares contra atos do poder público. 12. Conclusão.

1. Introdução

O tema proposto – restrições à concessão de liminares – enseja abordagem por dois distintos ângulos: o primeiro, enfocando a legitimidade constitucional da legislação ordinária que impõe estas restrições e o segundo, olhando o tema sob o aspecto das restrições impostas pelo sistema jurídico ao juiz, para conceder tais medidas. À luz do primeiro enfoque, a questão que se põe é a seguinte: em que medida está o legislador autorizado, constitucionalmente, a criar restrições legais à concessão de medidas liminares pelo Poder Judiciário? Sob o outro ângulo, a pergunta a ser respondida é esta: em que condições e em que limites está o Poder Judiciário autorizado a emitir provimentos liminares?

Para responder a estas indagações e assim dar contribuição ao estudo proposto, será indispensável tomar como base e como ponto de partida o exame das cláusulas constitucionais que fundamentam e, por isso mesmo, estabelecem os limites da função jurisdicional cautelar. Tais fundamentos e tais limites subordinam e orientam tanto a atividade do legislador, quan-

Teori Albino Zavascki é Juiz do TRF – 4.ª Região e Professor de Processo Civil na UFRGS

Palestra apresentada no II Encontro dos Juizes Federais – TRF – 4.ª Região, em 8.5.93.

to a do juiz.

2. Direitos e deveres constitucionais dos litigantes

Ao tratar “dos direitos e deveres individuais e coletivos”, o artigo 5.º da Constituição Federal dispôs também sobre direitos e deveres relacionados com a prestação jurisdicional. Três incisos interessam, de modo particular, ao tema deste estudo: o inciso XXXV – “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”; o inciso LIV – “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”; e o inciso LV – “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Destes dispositivos, vistos em seu conjunto, podem-se extrair os contornos mais importantes da função jurisdicional como função estatal organicamente sistematizada. Ali se situam o monopólio estatal da jurisdição, o direito de ação, o direito ao devido processo legal e suas cláusulas, o direito à estabilidade e segurança jurídica, ou seja, o de ver mantidos intactos a pessoa e o patrimônio enquanto não esgotado o devido processo legal, etc.

Considerando que dos direitos explicitamente arrolados na Constituição decorrem correspondentes deveres, pode-se afirmar, em visão esquemática – e sem pretender exaurir a matéria –, serem os seguintes os direitos e deveres fundamentais dos que litigam no processo civil, previstos nos incisos transcritos:

I – Direitos constitucionais do litigante demandante:

a) fazer atuar a função jurisdicional. É o direito de ação e decorre, explicitamente, do inciso XXXV do art. 5.º;

b) obter uma decisão eficaz e útil, vale dizer, uma decisão que, quando favorável à pretensão, assegure com efetividade o bem da vida reivindicado. É o direito à jurisdição útil e decorre, como contrapartida necessária, do monopólio estatal da jurisdição, consagrado, de modo implícito, no inciso LIV do art. 5.º.

II – Deveres do demandante:

a) submeter-se à jurisdição, ou seja, é-lhe vedada a justiça de mão própria. Trata-se de dever que decorre também necessariamente do monopólio estatal da função jurisdicional, já mencionado:

b) submeter-se ao cumprimento das cláusulas do “devido processo legal”, vale dizer, ao demandante assegura-se o direito de acionar a jurisdição, mas sua pretensão somente será atendida, se for o caso, após esgotada a liturgia do processo, que prevê o direito a contraditório e a ampla defesa do demandado. Trata-se de dever imposto pelo inciso LIV, do art. 5.º.

III – Direitos constitucionais do litigante demandado:

a) manter seus bens e direitos, sem restrições, mesmo quando contestados por terceiro, enquanto não advier decisão final, tomada mediante devido processo legal. É o que se poderia chamar, numa expressão sintética, de direito à segurança jurídica, consistente, em concreto, no direito à manutenção do *status quo*. Trata-se de direito assegurado, explicitamente, pelo inciso LIV do art. 5.º;

b) utilizar todos os meios de defesa previstos na cláusula do devido processo legal, inclusive produção de provas e interposição de recursos. É o direito ao devido processo legal, que decorre do inciso LV.

IV – Deveres do litigante demandado:

a) submeter-se à jurisdição. Como o demandante, o demandado está submetido, obrigatoriamente, à jurisdição do Estado;

b) submeter-se, como o demandante, às cláusulas do devido processo legal, acolhendo as decisões que dele exsurgirem.

3. Processo cautelar: instrumento de harmonização dos direitos constitucionais dos litigantes

Os direitos, garantias, deveres e obrigações constitucionais dos litigantes, amplamente conhecidos e reconhecidos, expostos de forma esquemática, integram, com as demais garantias constitucionais, um sistema orgânico de direito e, desta maneira, devem exaurir seus efeitos com toda a plenitude. É sabido, contudo, que isso nem sempre acontece. A realidade concreta apresenta, não raro, situações que podem gerar impossibilidade de assegurar-se a convivência plena e harmônica de todas as garantias e direitos constitucionais. Em outras palavras: hipóteses há em que um determinado direito

não poderá ser assegurado em sua plenitude sem que outro seja, de alguma forma, sacrificado, ainda que parcialmente. Não são raras tais situações, que em doutrina se conhece como *colisão de direitos*, representada pela contraposição de direitos concretamente antagônicos. Exemplo corriqueiro desta espécie de colisão é a que se dá, em situações comuns da vida, entre o direito constitucional à intimidade e o direito à liberdade de informação, ambos direitos constitucionais fundamentais: nem sempre será possível assegurar plenamente o direito à informação sem sacrifício da intimidade das pessoas, ou vice-versa. Pois bem, identificada colisão de direitos, que se caracteriza pela impossibilidade absoluta de sua convivência plena e harmônica em determinada situação fática, um ou outro há de ceder, ainda que em parte. Um ou outro há de ser restringido. Como preceder-se tal restrição, como eleger o direito a ser privilegiado em detrimento de outro, é tema dos mais empolgantes e complexos da ciência do direito. Não havendo hierarquia formal entre os dispositivos constitucionais, e não se tratando de grandezas quantitativamente mensuráveis, a escolha deverá certamente ser feita mediante ponderação dos elementos colidentes, ponderação que levará em conta os valores consagrados na própria Constituição. Só desta maneira será possível identificar, com alguma objetividade, o direito prevalecente.

A solução dos conflitos que envolvem colisão de direitos constitucionais e, portanto, a escolha do direito prevalecente pode surgir – e geralmente surge – por via da legislação infraconstitucional. Entretanto, como o conflito, de um modo geral, verifica-se tipicamente, em situações envoltas em suas próprias peculiaridades, nem sempre as soluções legislativas são suficientes. É que a atividade do legislador apenas intui os possíveis conflitos que, no entanto, poderão, na prática, apresentar-se de outra maneira. Assim, inexistindo solução legislativa, ou sendo ela insuficiente, a colisão de direitos deverá ser equacionada pela via jurisdicional direta, atendidas as particularidades do caso concreto. Em qualquer hipótese, o agente estatal – legislador ou juiz – subordinará sua atividade a dois princípios fundamentais: (a) o da necessidade e (b) o da menor restrição possível. Os direitos constitucionais devem, em princípio, ser garantidos em sua plenitude. A restrição, portanto, somente deverá ocorrer se for considerada absolutamente indispensável à

garantia de outro direito constitucional, privilegiado concretamente. Isto significa dizer que a restrição a qualquer direito constitucional só será legítima quando absolutamente necessária e indispensável, ou seja, quando não houver nenhuma outra alternativa capaz de ensejar a convivência plena e simultânea dos direitos conflitantes. É o que impõe o “princípio da necessidade”.

Por outro lado, caracterizada a necessidade da intervenção limitativa, esta deverá operar-se na exata medida do indispensável, ou seja, a restrição ao direito deverá ser apenas no limite mínimo indispensável à solução do conflito normativo concretamente estabelecido. É o *princípio de menor restrição possível*.

Em suma: a restrição ao direito constitucional só se legitima quando: (a) absolutamente indispensável e (b) na exata medida da indispensabilidade.

Assentadas tais premissas, voltemos ao campo da tutela cautelar. A função jurisdicional cautelar brota do nosso sistema como função destinada a harmonizar as situações concretas de colisão entre direitos constitucionais dos litigantes. Com efeito, assim como os demais direitos e garantias, também os direitos e garantias dos litigantes devem, em princípio, exaurir seus efeitos com plenitude, de forma harmônica e simultânea, o que nem sempre ocorre. O direito do demandante à utilidade da jurisdição, que supõe sentença potencialmente eficaz, nem sempre pode conviver harmonicamente com o direito do demandado a manter seu *status* jurídico, que supõe a plena disponibilidade de bens e direitos enquanto não exaurido o devido processo legal. Trata-se de conflito que surge, como se sabe, em decorrência da demanda de tempo exigida para implementar as cláusulas do devido processo legal. Ora, em tais hipóteses atua a função jurisdicional cautelar. A intervenção do legislador ordinário, disciplinando o processo cautelar, as medidas cautelares e as suas liminares, representa, assim, a via legislativa destinada a propiciar a convivência a mais harmônica possível dos direitos constitucionais dos litigantes, proporcionando alternativas para resolução das eventuais colíseos. Porém, como já se disse, o legislador opera em abstrato e nem sempre consegue prever e dar solução a todas as situações de conflito que a vida apresenta. É por isso que, subsidiariamente à via legislativa e em harmonia com ela, viabiliza-se a atuação direta do juiz. Não é por outra

razão que ao juiz se assegura o chamado *poder geral de cautela*, que lhe permite deferir medidas cautelares *inominadas*, não previstas no texto legislativo.

4. *Concessão de liminares e suas restrições legislativas: condições de legitimidade*

Estabelecido que a função jurisdicional cautelar se destina a dar solução às eventuais colisões entre direitos constitucionais dos litigantes, pode-se concluir: (a) que ela acarreta, em alguma medida, restrição a um dos direitos colidentes e portanto (b) só será legítima quando observar os princípios da necessidade e da menor restrição possível. Realmente, a função cautelar atua sob tração de duas forças com direções opostas: de um lado, o direito à eficácia da sentença e, de outro, o direito à manutenção do *status quo*. A viabilização de medidas cautelares importa privilegiar o primeiro em desprestígio do segundo; a restrição delas opera fenômeno inverso. Manter o equilíbrio entre tais forças, e operar restrições dentro de limites razoavelmente aceitáveis em face dos princípios antes referidos, eis aí a marca da legitimidade da atuação do legislador e do juiz em tema de jurisdição cautelar.

Pois bem, uma das manifestações mais expressivas da função jurisdicional cautelar é a medida liminar. Ela representa — ou, pelo menos, deve representar — a solução para um conflito ainda mais específico e peculiar: em hipóteses em que, antes de esgotar-se o prazo da defesa, houver risco de perecimento, ou do direito à utilidade da jurisdição ou do de defender-se previamente, aí estará caracterizada colisão dirimível por provimento liminar. A nota característica deste conflito é, portanto, a sua particular urgência, a *determinar imperiosa* manifestação jurisdicional antes de ouvir-se o demandado. Ora, aqui também a solução do conflito — seja a solução do legislador, seja a do juiz — deverá subordinar-se, necessariamente, ao princípio da necessidade e ao da menor restrição. E a solução de privilegiar o direito do demandante, com restrição ao do demandado, certamente há de levar em conta — quando da ponderação dos valores em conflito — a existência, em favor do primeiro, do *fumus boni iuris* em relação ao bem da vida em disputa. Só quando atender tais pressupostos é que se poderá ter como legítima a atuação do legislador e a do juiz em matéria de medidas cautelares liminares. Portanto, é nestes termos genéricos que damos por respondidas as indagações ao início formuladas. Na verdade, não há outra maneira de

respondê-las em abstrato. Juízos definitivos sobre a legitimidade da concessão de liminares pelo juiz ou da proibição de concedê-la, estabelecida pelo legislador, certamente não dispensam o exame particular da colisão concretamente verificada.

5. *Medida liminar e medida cautelar*

Firmadas as bases até aqui expostas, em apoio nas quais se procurou dar resposta às indagações ao início colocadas, é hora de passar a exame mais próximo das medidas liminares propriamente ditas.

Por liminar entende-se a antecipação, parcial ou integral, em caráter provisório e sob condição resolutive, de eficácia da futura sentença de procedência.

Liminar pode haver: (a) em ação cautelar (= a que antecipa eficácia de sentença em ação cautelar) e (b) em ação não cautelar (= a que antecipa eficácia de sentença em ação não cautelar). Nesta segunda hipótese, a liminar tem natureza (b.1) cautelar (= a que antecipa eficácia em razão do risco de sua ineficácia, ou seja, em face a situação de *periculum in mora*) ou (b.2) não cautelar (= a que antecipa a eficácia da sentença por razão outra que não a de eliminar perigo). Exemplos de liminares cautelares concedidas em ações não cautelares (b.1): a liminar em mandado de segurança (Lei n.º 1.533/51, art. 7.º, II) em ação civil pública (Lei n.º 7.347/85, art. 12) ou em ação coletiva em defesa do consumidor (Lei n.º 8.078/90, art. 84, § 3.º). Nos três exemplos, a natureza cautelar da medida liminar está identificada pelo pressuposto indispensável para a sua concessão: o risco de ineficácia da sentença.

Exemplo de liminares não cautelares (b.2): liminar em ações possessórias (CPC, art. 928) e na ação de busca e apreensão baseada em contrato de alienação fiduciária (DL 911/69, art. 3.º). A natureza não cautelar está em que sua concessão independe da existência de risco de ineficácia. O risco não é pressuposto dela.

Portanto, medida liminar e medida cautelar não são expressões sinônimas. A liminar tem seus próprios pressupostos. A medida cautelar é o objeto da ação cautelar, ou seja, é a providência cautelar a ser deferida em sentença e seus pressupostos são o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. A medida liminar, nestes casos, será a antecipação da medida cautelar e sua concessão está subordinada, além dos pressupostos citados, ao requisito adicional, que lhe é próprio: a particular iminência do risco,

capaz de consumir, em prazo menor que o da defesa, a ineficácia da sentença cautelar. É o que se extrai do art. 804 do CPC. Em outras palavras: a medida liminar em ação cautelar é providência destinada a tutelar a própria medida cautelar final.

6. *Liminares satisfativas*

Dividem-se, as liminares, também, em satisfativas e não-satisfativas. A distinção só tem razão de ser se por satisfatividade (ou satisfação) se entende a satisfação do próprio direito material objeto do litígio principal. Realmente, se por satisfatividade se entendesse simplesmente a antecipação da eficácia da sentença, toda e qualquer liminar seria satisfativa, inclusive a que antecipa providência cautelar típica. Portanto, sob o aspecto da satisfação antecipada do direito material, a liminar será: (a) satisfativa (= a que importar antecipação, ainda que provisória, do bem da vida que constitui objeto da ação de conhecimento) ou (b) não-satisfativa (= a que não importar antecipação do direito material, tendo por conteúdo, portanto, providência diversa). Exemplos de medidas liminares satisfativas: as relativas a alimentos provisionais, guarda de filhos, direito de visitas. Exemplos de medidas liminares não-satisfativas: as que antecipam arresto, sustação de protesto de títulos ou exibição.

A medida liminar satisfativa pode ainda ser: (a.1) satisfativa reversível (= a que comporta, no próprio processo, o retorno da situação fática ao *status quo ante* e (a.2) satisfativa irreversível (= a que não comporta o retorno à situação anterior). Exemplos de medida liminar reversível: a que concede guarda de filho, direito de visita ou alimentos provisionais. Todas comportam, se for o caso, o retorno das partes à situação fática precedente (muito embora nem sempre haja reparação, como na hipótese de alimentos). Exemplos de medida liminar satisfativa irreversível: as que autorizam demolição de prédio histórico ou quebra de sigilo.

As medidas liminares satisfativas reversíveis não são, necessariamente, incompatíveis com a ordem constitucional, desde que, evidentemente, observem os princípios da necessidade e de menor restrição possível. A fidelidade a tais princípios impõe: (a) averiguação cuidadosa da real impossibilidade de assegurar a eficácia da sentença sem operar restrição ao direito do demandado e (b) sempre que possível, exigir do requerente a prestação de contracautela.

No que se refere às medidas liminares satis-

fativas irreversíveis, estas não apenas limitam, mas comprometem, de modo definitivo, o direito constitucional do demandado ao devido processo legal. Uma vez concedida medida desta natureza, nenhuma potencialidade de eficácia remanescerá à futura sentença, já que a liminar consumou, de fato, a vitória antecipada do demandante. Portanto, em princípio, as liminares satisfativas irreversíveis não se compatibilizam com o ordenamento constitucional. Sua concessão somente poderia ser legitimada em hipóteses absolutamente extraordinárias, quando verificada, concretamente, a iminência de, sem liminar, perecer outro direito constitucional considerado, nas circunstâncias, mais privilegiado.

7. *Liminar e fundamentação: demonstração da necessidade*

A concessão de liminar, como demonstrado, por ser provimento que altera antecipadamente o *status quo*, sempre implicará comprometimento, em maior ou menor grau, da garantia prevista no art. 5.º, LIV, da Constituição Federal. Da mesma forma, o indeferimento dela poderá, em certas circunstâncias, comprometer a eficácia da futura sentença e, com isso, a garantia constitucional à jurisdição útil. Se assim é, não se pode dar razão a quem defende que a decisão a respeito do pedido liminar constitui ato vinculado, unicamente, às razões de ordem subjetiva do juiz. Pelo contrário, satisfeito o pressuposto da necessidade (ou seja, o risco de, antes da defesa, consumir-se a ineficácia da prestação jurisdicional), o juiz não tem "discrição" de conceder, ou não, a medida. Esta será obrigatória. Da mesma forma, quando não há perigo iminente, a liminar deverá ser indeferida por desnecessária, já que, neste caso, os direitos e garantias constitucionais dos litigantes poderão – e por isso deverão – ser garantidos em sua plenitude.

Em qualquer hipótese – seja para conceder, seja para indeferir o pedido de liminar – a decisão do juiz deverá estar acompanhada de fundamentação, ainda que sucinta. Nem seria necessário que o fizesse, mas a Constituição Federal assim o determinou expressamente, no art. 93, IX. Ali está dito que todas as decisões do Poder Judiciário – e não apenas as sentenças – devem ser fundamentadas, sob pena de nulidade.

8. *Liminar e contracautela*

A exigência de contracautela, tal como previsto na parte final do art. 804 do CPC, é provi-

dência que se justifica e se compatibiliza com o princípio da *restrição menor possível*. Com efeito, devendo o juiz, com a liminar, alterar o *status jurídico* dos litigantes antes mesmo da apresentação da defesa do demandado, é razoável que determine providência paralela destinada a limitar, ao mínimo necessário, o alcance danoso da medida.

Olhada a questão sob esta perspectiva, é perfeitamente sustentável a orientação jurisprudencial que vem se formando – contrária à jurisprudência tradicional – que tem por legítima a exigência de contracautela mesmo em se tratando de liminar em mandado de segurança. A nova orientação, com adeptos de nomeada em diversos tribunais, foi encampada pelo STJ, 2.^a Turma, ao assentar que, em mandado de segurança “a exigência de caução, condicionando a eficácia da liminar, insere-se no poder cautelar do Juiz. Inexistência, na hipótese, de ilegalidade ou abuso de poder” (RMS n.º 439-0, julg. em 16.12.92, Rel. Min. Américo Luz). Em voto proferido na 2.^a Turma do TRF – 4.^a, acolhido por unanimidade, sustentamos que “não é manifestamente ilegal a exigência de contracautela na concessão de liminar em mandado de segurança, nas hipóteses em que a providência requerida for de conteúdo diverso do previsto no art. 7.º, II, da Lei n.º 1.533/51” (MS n.º 92.04.22449-5 – PR, julgado em 29.4.93). Os fundamentos, no particular, foram assim deduzidos:

“1. A hipótese dos autos traz à baila o tema relacionado com a legitimidade ou não de fixação de contracautela na concessão de liminar em mandado de segurança, tema esse cuja elucidação pressupõe tomada de posição sobre outra questão: a de saber se às liminares em mandado de segurança é aplicável ou não ao sistema normativo previsto no art. 804 do Código de Processo Civil para as liminares cautelares de um modo geral.

2. Segundo penso, há que se fazer distinções. A liminar em mandado de segurança, tal qual prevista no art. 7.º, II, da Lei n.º 1.533/51, tem como conteúdo a suspensão do ato da autoridade. “Ao despachar a inicial, o juiz ordenará: ... II – que se suspenda o ato que lhe deu motivo, quando...”, é o que diz o dispositivo. É certo que não se pode interpretar literalmente o texto, pena de se consagrar a absoluta inviabilidade da concessão de liminar em segurança preventivo. Na ver-

dade – e essa é a orientação dominante em doutrina e jurisprudência –, a liminar em mandado de segurança pode consistir tanto na suspensão do ato já praticado pela autoridade coatora, quanto do ato que está em vias de sê-lo. Esta, portanto, a compreensão a ser dada ao conteúdo do texto transcrito.

3. Pois bem, ainda que se considere em sua mais ampla compreensão, ainda assim o campo da liminar em mandado de segurança, na versão do art. 7.º, II, da Lei, é, certamente, bem mais limitado que o que veio a ser estabelecido a partir de 1973, com o Código de Processo Civil, em relação às cautelares inominadas. A partir de então, as providências cautelares – passíveis de serem antecipadas liminarmente, se for o caso – não estão restritas à suspensão de ato praticado ou a ser praticado, podendo, isto sim, consistir em quaisquer medidas que o juiz “julgar adequadas” a afastar o fundado receio existente (CPC, art. 798), sendo meramente exemplificativo o rol do art. 799 que prevê, entre outras, a de “autorizar ou vedar a prática de determinados atos”.

4. Assim, parece razoável concluir-se que a liminar em mandado de segurança rege-se pela lei específica (art. 7.º, II, da Lei n.º 1.533/51) quando tiver por conteúdo a suspensão do ato atacado, já praticado pela autoridade coatora ou em vias de ser. No entanto, liminar com providências de outra natureza – como, por exemplo, a de autorizar certo comportamento do impetrante – tem sua legitimidade ancorada no poder geral de cautela do Código de Processo Civil, razão pela qual, nestas hipóteses, não seria descabida a exigência de contracautela, como previsto no art. 804.”

9. Liminar e controle difuso de constitucionalidade

Afirmou-se anteriormente que a decisão de privilegiar o demandante, restringindo direito do demandado, leva em conta o *fumus boni iuris* que envolve a pretensão posta em juízo. Sob este aspecto, particular atenção merece o pedido de concessão de medida liminar quando implicar suspensão da eficácia da lei ou ato normativo do poder público. É que o controle difuso da constitucionalidade – que, reconhecida-

mente, pode ser exercido por qualquer agente do Poder Judiciário, independentemente de provocação – está subordinado a certos princípios indoclináveis, em especial o de presunção da legitimidade dos atos normativos. Não foi por outra razão que o legislador constituinte determinou expressamente que o reconhecimento da inconstitucionalidade, perante os Tribunais, depende do voto da maioria absoluta dos seus membros (CF. art. 97). Portanto, em matéria de controle de constitucionalidade, a preservação do ato normativo só decai ante inconstitucionalidade manifesta. Ora, se essa orientação deve ser adotada nas decisões finais dos tribunais, inclusive nas do Supremo Tribunal Federal, é certo que, com maior razão, deve ser levada em conta em se tratando de decisão em sede de medida liminar. Nestes casos, portanto, o *fumus boni iuris* – sem o qual a liminar não pode ser concedida – só existirá quando puder ser superada a presunção de legitimidade de que opera em favor do ato normativo.

10. *Liminar em ação coletiva para defesa de direitos individuais homogêneos*

Outro tema que exige reflexão é o que diz com a liminar em ações coletivas, movidas pelo Ministério Público ou por entidade legitimada, em defesa dos chamados “direitos individuais homogêneos”, previstas no Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078, de 11.9.90). É que tais ações, de natureza condenatória (art. 91), levam, se for o caso, a uma sentença de procedência de conteúdo genérico (art. 95). Trata-se de espécie nova de provimento jurisdicional, comparável, quem sabe, às decisões normativas da Justiça do Trabalho. Seu grau de generalidade é intermediário entre a absoluta abstração da lei e a concretude das sentenças proferidas em demandas individuais. O certo é que a execução de tais sentenças não poderá ser requerida sob regime de substituição processual, pois dependerá, sempre, da iniciativa do próprio titular do direito material, diretamente ou através de entidade que o represente. Nesta última hipótese, sublinhe-se, a entidade não atuará como substituto processual e sim como representante do exequente.

Ora, isto leva à necessária conclusão de que o autor da ação coletiva – que age em substituição processual – não está legitimado a postular, em nome próprio, como substituto processual, qualquer providência de natureza executória, nem, portanto, qualquer cautelar ou liminar relacionada com a segurança da futura execução.

11. *Medidas liminares contra atos do poder público*

À luz do exposto, uma palavra sobre a Lei n.º 8.437, de 30.6.92, que “dispõe sobre a concessão de medidas liminares contra atos do poder público”, especialmente seus artigos 1.º e 2.º. Taxados, aqui e ali, como inconstitucionais, por representar limitação ao pleno exercício da jurisdição, tais dispositivos não trouxeram, a rigor, nada que já não estivesse estabelecido, implícita ou explicitamente, no ordenamento jurídico. O artigo 1.º, e seu parágrafo 1.º, por exemplo, nada mais são do que reprodução, praticamente literal, dos enunciados das Súmulas 8 e 9 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, aprovadas no ano de 1987, com base em precedentes jurisprudenciais capitaneados por acórdão de lavra do Desembargador e Professor Galeno Lacerda. Leia-se o teor das citadas súmulas: Súmula 8 – “Não é admissível, no Juízo de 1.º grau, a concessão de cautelar inominada, ou sua liminar, quando impugnado ato de autoridade sujeita, na via do mandado de segurança, à competência originária do Tribunal”; Súmula 9 – “Não é admissível, em ação cautelar inominada, a concessão de liminar nos casos em que, na via do mandado de segurança, houver vedação legal ao deferimento de liminares”. Sustentou o Desembargador Galeno Lacerda, no precedente referido, o seguinte:

“Tive oportunidade, em meus comentários ao CPC, de analisar longamente o uso da ação cautelar como sucedâneo do mandado de segurança, admitindo-o, porém, com reservas, no que concerne à concessão de liminares, para não se fraudarem as regras constitucionais e legais a respeito da competência por prerrogativa de função.

Vale transcrever o que então escrevi: ‘Ademais, embora não se apliquem às ações cautelares as regras de competência absoluta por prerrogativas de função, específicas para o mandado de segurança, porque naquelas a pessoa da autoridade não está em causa, e, sim, o ato do ente público ou da pessoa jurídica por esta representada, ou responsável por seus atos, a verdade é que, quando a cautela consistir na suspensão do ato, as liminares no mandado e na ação cautelar terão o mesmo efeito e se dirijam diretamente contra a autoridade. Por

este motivo, por coerência com o sistema constitucional e respeito ao princípio de harmonia dos poderes, não se admitirá, por exemplo, que Juiz de primeiro grau suspenda, em ação cautelar, ato do Presidente da República, embora possa decretar-lhe a nulidade em ação ordinária movida contra a União. Quando a autoridade de que emanou o ato merecer o privilégio de foro que a Constituição ou a lei lhe asseguram em face do mandado de segurança, esse mesmo privilégio servirá de óbice a eventuais cautelas suspensivas de juízos incompetentes para o remédio constitucional' (*Comentários ao CPC*, VIII/188, Tomo I, 2.ª ed.).

Da mesma forma, haverá fraude à lei se a liminar cautelar for usada em situações para as quais a própria lei proíbe o decreto de liminar no mandado de segurança. Na mesma obra, disse mais adiante: 'Pode a lei, também, proibir simplesmente as liminares. Desde que não vedado o direito à ação principal, o que ofenderia a Constituição, nada impede coíba o legislador, por interesse público, a concessão de liminares' (ob. cit., p. 341). Ora, a Lei federal n.º 4.348, de 26.6.64, proíbe a liminar em mandado de segurança para a concessão de vantagens a servidor público. A reintegração provisória obtida pelo interessado incide, evidentemente, nesse veto. Outorgá-la pela via cautelar importa em modo de fraudar essa proibição, através de procedimento análogo ao mandado de segurança. Por coerência com o sistema, impõe-se, portanto, que se impeçam liminares em cautelas com idêntico objetivo" (*RJTRGS* 123/163-165).

Como se percebe da autorizada palavra, o sistema já comportava a proibição agora explicitada pelo art. 1.º e seu parágrafo 1.º da Lei n.º 8.437/92. O mesmo se diga do parágrafo 3.º do mesmo artigo, que veda a concessão de "medida liminar que esgote, no todo ou em parte, o objeto da ação" Medida que esgota o objeto da ação é, certamente, a que inviabiliza, se for o caso, o retorno das partes ao *status quo ante*, acima denominada de "satisfativa irreversível". Que tais medidas, em princípio, atentam contra direito constitucional do demandado – que se vê definitivamente privado do bem ou direito sem sequer ter oportunidade de defender-se –

não era necessário que a lei viesse dizer. Isto também já decorria do sistema. A liminar, por ser provimento de natureza provisória, não se compatibiliza com medidas de caráter irreversível, insuscetíveis de propiciar, ainda no processo em que foi concedida, o retorno à situação anterior. Portanto, não há como supor inconstitucionalidade no parágrafo 3.º, do artigo 1.º da Lei n.º 8.437/92.

O artigo 2.º trouxe novidade ao exigir, como pressuposto da liminar em mandado de segurança coletivo e em ação civil pública, a prévia audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, no prazo de setenta e duas horas. Cabe observar, porém, que qualquer liminar, para ser cabível, pressupõe situação de perigo iminente, ou seja, em condições de perpetrar dano antes da citação do demandado. Em casos em que tal risco não existir, a rigor a liminar não se justifica. O *princípio da necessidade* veda a concessão de liminar se a providência puder ser postergada para a fase posterior à citação. Portanto, o artigo 2.º, para não ser considerado supérfluo, há de ser entendido como aplicável a hipóteses em que a providência cautelar não possa aguardar o término do prazo privilegiado, em quádruplo, de que dispõe a pessoa jurídica de direito público para defender-se. Assim, nestes casos, a fixação de prazo menor, para que a parte demandada possa se manifestar, especificamente, sobre o cabimento da medida, é dispositivo compatível com o *princípio da menor restrição possível*. Entretanto, parece certo que tal dispositivo não se aplicará àquelas situações fáticas, revestidas de tal urgência ou relevância, que não permitem tempo para, sequer, aguardar-se o prazo de setenta e duas horas. Se tão excepcional hipótese se apresentar, poderá o juiz, em nome do direito à utilidade da jurisdição e sempre mediante a devida justificação, conceder a liminar, já que para tanto estará autorizado pelo próprio sistema constitucional. Tratar-se-ia de singular hipótese de liminar para tutelar o direito a outra liminar, posto em perigo pelas especiais circunstâncias do caso concreto.

12. Conclusão

Para concluir, é de se reiterar a essência do que foi exposto: a concessão de liminar é permitida constitucionalmente – e é mesmo obrigatória – quando for indispensável à garantia da efetividade de outro direito constitucional circunstancialmente mais privilegiado e acossado por ameaça grave e iminente. A concessão de

liminar nestas situações deve ser respeitada pelo legislador ordinário. Porém, a liminar é ato jurisdicional de exceção. Não se pode, em situação normal, jurisdicionar por medidas liminares, como não se pode, em regra, legislar por medida provisória. A exemplo da medida provisória, que é instrumento legislativo legítimo desde que

utilizado em situações de relevância e urgência, a medida liminar é forma legítima de prestar jurisdição, desde que utilizada adequadamente, ou seja, com estrita observância dos princípios, tantas vezes referidos, da necessidade e da menor restrição possível.

O pluralismo jurídico no Direito do Trabalho

JOSÉ DE RIBAMAR BARREIROS SOARES

SUMÁRIO

1. O direito como realidade social. 2. As fontes de produção extralegislativa do Direito do Trabalho: a empresa, as categorias econômicas e profissionais e a ordem trabalhista. 3. Usos e costumes trabalhistas. 4. A prevalência de normas não-estatais mais benéficas aos trabalhadores e o costume "contra legem". 6. Conclusão.

1. O direito como realidade social

O direito é fato social, que se manifesta como uma das realidades observáveis na sociedade, no dizer de Recaséns Siches.¹

A norma jurídica regula a realidade social. Em todas as sociedades humanas, verifica-se a presença de valores sociais, éticos, morais, religiosos, que conduzem ao estabelecimento de condutas necessárias, criando-se uma consciência coletiva de solidariedade, que vai gerar, em última análise, imposições normativas, regras de sobrevivência para o grupo social. Vê-se, assim, a importância do costume na formação do direito. Através dos costumes, práticas reiteradas, aprovadas e socialmente aceitas como justas e necessárias, tendem a adquirir autoridade própria, gerando a convicção de sua adequação e conveniência aos fins sociais.

O costume, em várias hipóteses, acaba por se transformar em uma norma de Direito Positivo. Em alguns casos, o costume possui remissão legal e, em muitos outros, permanece à margem do Direito Positivo, influenciando-o e condicionando-o de maneira própria.

Podemos aludir, portanto, a uma produção

José de Ribamar Barreiros Soares é Assessor Legislativo da Câmara dos Deputados, nas áreas de Direito Civil e Penal.

¹ Apud F. A. de Miranda Rosa. *Sociologia do Direito. O fenômeno jurídico como fato social*. Zahar Editores, RJ, 1973, p.53.

extralegisferante do direito, ou seja, *normas jurídicas* que não se originam do Estado, mas possuem força vinculativa e qualidade coercitiva igualmente.

Um dos ramos do direito em que isto ocorre de forma marcante é o Direito do Trabalho, sendo notória a influência que a realidade social exerce na produção de suas normas. A pressão dos fatos sociais tem provocado constantes mudanças na normatividade jurídica, no campo do Direito do Trabalho.

2. *As fontes de produção extralegisferante do Direito do Trabalho: a empresa, as categorias econômicas e profissionais e a ordem trabalhista*

Segundo o pluralismo jurídico, o direito, na sua formação, sofre a influência de diversos processos, sustentando o pluralismo a origem estatal e não-estatal do Direito Positivo. Assim, o Direito Positivo teria um aspecto multiforme. Ao lado de normas jurídicas emanadas do Estado, haveria também *normas jurídicas* criadas por outros grupos. No que diz respeito ao Direito do Trabalho, podemos destacar as normas surgidas de organizações sindicais, como sindicatos, federações e confederações, que são responsáveis pela elaboração de acordos e convenções coletivas de trabalho, sendo as regras deles resultantes vinculativas na esfera de representação das entidades sindicais convenientes.

Há também os regulamentos expedidos pelas empresas, atingindo apenas os empregados daquelas organizações que têm como escopo regulamentar o exercício das atividades de seus empregados.

Os próprios sujeitos da relação de emprego podem ser responsáveis pela produção de normas trabalhistas, estas convencionadas entre eles, obrigando empregador e empregado ao seu cumprimento.

Ainda se pode mencionar o papel relevante da sociedade na produção de normas trabalhistas, sob a forma de usos e costumes.

Georges Gurvich, por essa razão, emprega a expressão *Direito Social* para designar o Direito do Trabalho, tentando demonstrar o pluralismo no Direito do Trabalho, discutindo os aspectos relacionados às fontes do Direito Positivo, abandonando a idéia de direito produzido pelo Estado como o único válido e afirmando a existência de um Direito Social emanado da atividade das organizações autônomas que integram a sociedade.

Na obra *L'idée du droit social*, encontramos, também, a preocupação de Georges Gurvich em demonstrar a influência dos grupos, das organizações sociais na formação da regulamentação trabalhista, das normas jurídicas trabalhistas, que, em última análise, revelam-se como um "poder social não ligado normalmente aos constrangimentos incondicionados, ressaltando o primado do direito inorganizado sobre o organizado".²

No âmbito do Direito do Trabalho, podemos destacar três importantes fontes, das quais se originam os usos e costumes, a saber: a empresa, as categorias econômicas e profissionais e a ordem trabalhista.

Na empresa, verifica-se a existência de usos e costumes, resultantes de ajustes entre patrões e empregados, os quais se tornam obrigatórios entre eles e acabam por gerar norma jurídica consolidada pelo Estado. Em nosso ordenamento jurídico, as condições de trabalho ajustadas entre empregador e empregado, bem como aquelas reiteradamente praticadas, dão origem a uma obrigação entre as partes, com o caráter de norma jurídica a vigor *inter partes*.

No âmbito das categorias, muitos usos e costumes têm se tornado direitos trabalhistas com força de norma jurídica: é o que se verifica no caso das gorjetas para determinadas categorias.

Na ordem trabalhista, podemos mencionar como exemplo a gratificação natalina, que, surgida de uma liberalidade do empregador, tornou-se, por fim, obrigatória por força de lei.

As gratificações, inicialmente, são entendidas como um ato de liberalidade do patrão, em reconhecimento ao bom desempenho profissional do empregado, uma espécie de agradecimento.

Por força dos usos e costumes, com a repetição da espontaneidade e do reconhecimento do patrão quanto ao mérito do empregado que bem cuidava dos interesses da empresa, as gratificações geraram uma tradição, configurando obrigação na relação de emprego, levando a uma expectativa do trabalhador em relação àquela verba.

Assim, aos poucos, em virtude dos usos e costumes, passaram as gratificações a ser obrigação do empregador, constituindo modalidade de salário, obrigatória por força de lei. Na

² Apud Amauri Mascaro do Nascimento. *Curso de Direito do Trabalho*. Ed. Saraiva, São Paulo, 1989, pp. 85/86.

verdade, veio a lei apenas para confirmar aquilo que os usos e costumes já haviam consolidado, com força obrigatória de norma jurídica.

Em relação às categorias econômicas e profissionais, destacamos a convenção e o acordo coletivos.

A convenção coletiva é uma forma de auto-composição dos conflitos surgidos no âmbito trabalhista e resulta do ajuste das negociações entre patrão e empregado, com força de norma jurídica. A convenção coletiva é uma faceta do pluralismo jurídico no Direito do Trabalho, a partir da qual normas jurídicas são produzidas pelas categorias econômicas e profissionais, uma manifestação de autonomia privada. As normas produzidas pelas convenções coletivas vinculam as partes envolvidas nas negociações, a saber, as categorias econômicas e profissionais.

Tratando-se de negociação que envolva um grupo de trabalhadores, através do respectivo sindicato, e uma ou mais empresas, de caráter mais restrito, teremos acordo coletivo, em vez de convenção coletiva. Neste caso, também, a produção de normas jurídicas não provém de órgão estatal, e sim da vontade direta de grupos sociais, como manifestação do pluralismo jurídico no Direito do Trabalho.

Quanto à empresa, os seus regulamentos constituem fonte de normas jurídicas não-estatais. Os regulamentos particulares, no caso, são normas jurídicas a que se deve submeter o grupo social interessado, produzidas pelo grupo econômico-profissional.

3. Usos e costumes no Direito do Trabalho

Finalmente, passamos a abordar a questão dos usos e costumes.

Segundo definição de Marcus Cláudio Acquaviva, "o termo costume deriva do latim *consuetudine*, de *consuetumine*, hábito, uso. É a prática social reiterada e considerada obrigatória. O costume demonstra o princípio ou a regra não escrita que se introduziu pelo uso, com o consentimento tácito de todas as pessoas que admitiram a sua força como norma a seguir na prática de determinados atos".³

O costume origina-se da prática reiterada e uniforme de determinado procedimento, o qual provoca no espírito do grupo a convicção de que é necessário e obrigatório.

O costume, no Direito do Trabalho, tem repercussão notória. Em geral, acabam absorvi-

dos pelo direito estatal.

Tanto o uso quanto o costume podem ter origem na consciência individual ou coletiva do grupo social; sendo o uso, no entanto, mais restrito que o costume, estando a diferença na amplitude do campo de abrangência de ambos: o costume abrange uma comunidade maior, um grupo mais amplo de indivíduos.

O costume pode ser *secundum legem*, *praeter legem* ou *contra legem*. Quanto aos dois primeiros, é pacífico o seu reconhecimento pela doutrina e pela jurisprudência. O que dizer, entretanto, do costume *contra legem*? Poderíamos falar em aplicação do costume *contra legem* no Direito do Trabalho?

Para formular uma resposta adequada ao problema, analisemos a questão da hierarquia das normas no Direito do Trabalho.

A palavra hierarquia nos transmite a idéia de organização, ordem, graduação, preferência, dentro de um critério adotado. Sem dúvida, verifica-se a existência de uma hierarquia de normas no Direito do Trabalho.

Kelsen coloca a questão, ao formular a teoria escalonada da formação da ordem jurídica, na qual aparece sob forma de pirâmide, em que a Constituição surge no topo, servindo de fundamento para as demais normas inferiores, chegando-se finalmente ao caso concreto, solucionado através da sentença do juiz ou do contrato entre as partes.⁴

No Direito do Trabalho, por outro lado, a questão da hierarquia das normas exsurge de forma peculiar, diferente do que ocorre com o Direito comum. A ordem jurídica trabalhista é pluralista, a qual se constitui de um direito estatal e de outro produzido por fontes não-estatais: empresa, categorias econômicas e profissionais e ordem trabalhista.

Melhor será, no caso, fazer alusão a hierarquia de normas jurídicas em vez de hierarquia de leis, no Direito do Trabalho; pois, assim, incluem-se as normas produzidas pelo Estado, bem como aquelas de fontes não-estatais.

Ainda é de se mencionar que o objetivo do Direito do Trabalho é a solução dos conflitos, os quais surgem entre patrões e empregados, na busca de melhores condições sociais para o trabalhador. É por esta razão que o Estado permite que, além das normas produzidas pelos seus órgãos, as próprias partes interessadas

³ *Dicionário Jurídico Brasileiro Acquaviva*. Ed. Jurídica Brasileira, São Paulo, 1993.

⁴ *Teoria Pura do Direito*. Martins Fontes, São Paulo, 1987.

elaborem normas para regerem as relações do trabalho. A aplicação das normas no Direito do Trabalho tem, portanto, um sentido finalístico.

No que tange ao conflito de normas trabalhistas, o direito estatal e o direito produzido pelos grupos sociais são concorrentes. Um não denega o outro, mas convivem ao mesmo tempo e no mesmo espaço, apenas havendo preferência de uma norma sobre a outra na aplicação do direito ao caso concreto pelo juiz, sendo uma norma preterida pela outra, sem que perca, entretanto, sua vigência. A oposição de normas se dá entre as leis constitucionais e ordinárias num pólo e as normas jurídicas produzidas pelos grupos sociais no outro.

É a própria Constituição que declara, no seu artigo 7.º, *verbis*: "São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social..." Admite a Carta Magna a criação de condições mais favoráveis aos trabalhadores, mediante a produção autônoma de normas pelos grupos sociais, a qual se evidencia dinâmica e variável.

Excepcionando-se as normas jurídicas de ordem pública, será aplicável ao caso concreto a norma mais benéfica ao trabalhador. Neste ponto, o Direito do Trabalho difere do Direito comum, na medida em que se altera o elemento normativo ocupante do vértice da pirâmide representativa do escalonamento de normas jurídicas. No Direito do Trabalho, é a norma mais benéfica ao trabalhador que ocupa o vértice da pirâmide da hierarquia das normas trabalhistas, ao contrário do que sói acontecer no Direito comum. Ressalve-se a hipótese em que o bem-comum deve prevalecer sobre o interesse individual e de classes, havendo proibição de aplicação do direito mais vantajoso para o empregado. É o que ocorre no caso da proibição de aumentos salariais fixados acima dos índices fornecidos pelo governo.

A CLT, no seu artigo 620, dispõe que "as condições estabelecidas em convenção, quando mais favoráveis, prevalecerão sobre as estipuladas em acordo". E a Constituição Federal, no artigo 7.º, *caput*, estabelece garantias mínimas aos trabalhadores, podendo outras serem estabelecidas pelos grupos sociais. As normas mais favoráveis têm prevalência, no campo do Direito do Trabalho, ressalvadas as normas de ordem pública. Assim, as normas jurídicas produzidas pelos grupos sociais, sendo mais vantajosas aos trabalhadores, prevalecem sobre as normas produzidas por fontes estatais, desde

que não se trate de matéria de ordem pública, de hipótese em que há leis proibitivas do Estado.

4. *A prevalência de normas não-estatais mais benéficas aos trabalhadores e o costume "contra legem"*

Após exame da questão relativa à aplicação da norma mais benéfica ao empregado, poder-se-ia deduzir que, no Direito do Trabalho, prevalecendo a norma mais benéfica ao trabalhador, haveria a aplicação de um costume *contra legem*, salvo a hipótese de normas de ordem pública.

Seria realmente a hipótese de costume *contra legem*?

Se analisarmos a expressão "lei" no sentido estrito, abordando apenas aquele dispositivo específico de certa lei particular em exame, até poderemos admitir essa possibilidade de o costume contrariar o dispositivo expresso de lei. Entretanto, não podemos esquecer que as normas jurídicas encontram-se vinculadas a princípios maiores que regem o ordenamento jurídico, em cujo contexto deve ser entendida a norma jurídica produzida. Ora, é o próprio ordenamento jurídico a fundamentação do pluralismo jurídico no Direito do Trabalho. A convivência harmoniosa de normas jurídicas estatais e não-estatais se dá na medida em que o próprio ordenamento jurídico estatal permite a existência de normas produzidas pelos grupos sociais. Além disso, é o próprio ordenamento jurídico que admite a prevalência de normas jurídicas não-estatais sobre as estatais, desde que mais benéficas aos trabalhadores. O fim precípua do pluralismo jurídico no Direito do Trabalho é, tão-somente, o bem-estar do trabalhador, a valorização do trabalho e do trabalhador, que surge como princípio fundamental na nossa Carta Magna.

Portanto, tomando-se a expressão "lei" pelo prisma do ordenamento jurídico vigente, não há que se falar em costume *contra legem* no Direito do Trabalho, *data venia* daquelas que adotam entendimento contrário.

5. Conclusão

Vimos, nesta análise da questão do pluralismo jurídico no Direito do Trabalho, a importância do papel desempenhado pelos grupos sociais na produção de normas jurídicas reguladoras das relações de trabalho e dos conflitos surgidos entre empregadores e empregados.

Sendo o Direito um fato social, a existência do pluralismo jurídico no Direito do Trabalho,

portanto, revela a busca de uma interação plena entre a norma jurídica e a realidade sócio-econômica, tornando possível uma dinamização e atualização do Direito, objetivando a cons-

trução de uma sociedade cada vez mais fundada na valorização do trabalho, bem como no respeito e na dignidade do ser humano.

A família e os meios de comunicação

ARX TOURINHO

SUMÁRIO

1. A família. 1.1. Conceito. 1.2. Disciplina constitucional. 1.3. Função e crise. 2. Os meios de comunicação. 2.1. Conceito. 2.2. Tratamento constitucional. 2.3. Importância. 3. Os meios de comunicação e a família. 3.1. O poder dos meios de comunicação. 3.2. A informação desqualificada. 4. Regulamentação e controle. 4.1. O direito à informação qualificada. 4.2. O exercício da liberdade de manifestação de pensamento e a necessidade de regulamentação do poder dos meios de comunicação. 5. Conclusão.

1. A família

1.1. Conceito

Pelo ângulo conceitual, a família se apresenta sob diversas análises, com maior ou menor extensão. Como afirma Orlando Gomes, o "vocábulo família não tem significação unívoca"¹.

Mergulhando-se nos tempos históricos idos ou percorrendo, hoje, a realidade sociológica, não se pode abstrair a idéia de que a família é um grupo social. Sobre esse tipo de grupo surgiram inúmeras teorias sociológicas, buscando apontar sua formação: Morgan, Engels, Bachofen, Lubbock, Le Play, Spencer, Durkheim foram alguns estudiosos que se debruçaram com trabalhos de análise desse grupo que, ainda hoje, não se sabe como apareceu. Mas, há o consenso de que a família aparece como corolário gregário do instinto humano, ainda que partindo de uma promiscuidade primitiva, hoje não mais aceita.

Com acuidade informa A.L. Machado Neto que "até hoje não se encontrou uma única sociedade humana em que uma qualquer forma de

Arx Tourinho é Professor de Direito Constitucional da UFBA, com mestrado em Direito Econômico pela UFBA e Conselheiro Federal da OAB.

¹ *Direito de Família*, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1985, 5.ª ed., p. 28.

organização familiar não existisse”².

Isso, em verdade, é a consequência do instinto humano, daí a família ser um autêntico grupo social, objeto de constante preocupação da sociologia jurídica.

O conceito de família pode ser analisado sob duas acepções: ampla e restrita. No primeiro sentido, a família é o conjunto de todas as pessoas, ligadas pelos laços do parentesco, com descendência comum, englobando, também, os afins — tios, primos, sobrinhos e outros. É a família distinguida pelo sobrenome: família Santos, Silva, Costa, Guimarães e por aí afora, neste grande país.

Esse é o mais amplo sentido da palavra.

Na acepção restrita, família abrange os pais e os filhos, um dos pais e os filhos, o homem e a mulher em união estável, ou apenas irmãos. Família constituída só de irmãos é acepção não encontrada nas obras jurídicas dos estudiosos, mas, é uma realidade social que não podemos ignorar, principalmente após a publicação da Pesquisa Nacional de Domicílios — 1986, editada pela Fundação IBGE, em 1988, que constatou a existência de 343.561 famílias chefiadas de fato ou de direito por menores de 15 a 19 anos. Pode-se concluir que, na maioria dessas famílias, não mais existem pai ou mãe, desgarrados pela morte ou pelo abandono.

É na acepção *stricto sensu* que mais se utilizou o termo família, principalmente do ângulo do *jus positum*, excluído, sem dúvida, o último aspecto em que a família é a reunião, sob o mesmo teto de irmãos.

Não se pode olvidar — ainda que hoje não mais se justifique, do ponto de vista jurídico-normativo — a distinção feita entre família natural e legal. A primeira é o fato natural, aquela que resulta “por excelência de formação ou grupo social suscitado pela natureza, pelos fatos da geração e os dela consequentes”, na expressão de Recaséns Siches; é a união livre sem vínculos jurídicos prestabelecidos³.

A família legal seria a resultante do casamento civil. Legal porque as núpcias estariam sob o manto protetor da lei civil, daí decorrendo relacionamento tutelado pela ordem jurídica.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.º 8.069, de 13.7.90) distingue dois tipos de fa-

mília: a natural e a substituta. Essa última ocorre, quando existe guarda, tutela ou adoção da criança ou do adolescente.

É óbvio que a família está acima e fora de enquadramento jurídico-normativo. A realidade familiar se coloca além das normas; um fato social de longa origem histórica não pode ser restringido pela concepção estreita do legislador, vincado por entendimento ideológico, no mínimo, conservador.

O conceito de família como o “conjunto de pessoas ligadas pelo vínculo da consanguinidade”, formulado por Clóvis Beviláqua, teve, em determinada época, valor jurídico-positivo, mas, jamais pelo ângulo social⁴.

1.2. Disciplina constitucional

Já faz algum tempo, a família alcançou *status* constitucional, merecendo a proteção, nos diversos países de culturas díspares e variadas concepções ideológicas, da própria organização estatal.

O poder constituinte, em quase todas as nações, captou a importância da entidade familiar, no conjunto societário, colocando-a sob o manto da proteção do Estado.

No direito constitucional comparado, encontramos normas expressas, colocando a família sob proteção do Estado. Assim ocorre, *v.g.*, com as Constituições de: Espanha de 1978 — (art. 39.1); República Popular da China de 1982 — (art. 49); República de Cuba de 1976 (art. 34); República de Costa Rica de 1949 (art. 51); Suíça de 1874 (art. 34); Portugal de 1976 (art. 36.1); Iugoslávia de 1974 (art. 190); República Federal da Alemanha de 1968 (art. 38); Argélia de 1963 (art. 17); Itália de 1974 (art. 29); República Popular de Moçambique de 1975 (art. 29); Chile de 1981 (art. 19, § 4.º); República de Guiné-Bissau de 1984 (art. 25, § 1.º).

Os exemplos são ilimitados, na projeção da vontade constituinte, revelando-se, nos países de origem e linhas políticas variegadas, preocupação com a família, a atestar o valor e a importância desse ente histórico-social.

No *jus positum* nacional, a família aparece em norma constitucional, a partir de 1934. As Constituições anteriores de 1824 e 1891 ignoraram a entidade familiar.

A particularidade das Constituições de 1934, 1937, 1946 e 1967 é a referência à família legal, ou seja, a proteção estatal se dirige àquele ente

² *Sociologia jurídica*, Ed. Saraiva, 1974, 3.ª ed., p. 289.

³ *Tratado de sociologia*, Ed. Globo, v. II, trad. Prof. João Baptista, p. 552.

⁴ *Direito da família*, S. Paulo, Livraria Freitas Bastos, 1943, 7.ª ed., p. 16.

familiar originário do casamento civil. Era a forma de prestigiar a influência da Igreja Católica.

Na vigente Constituição de 1988, a família continua recebendo proteção do Estado (art. 226), com um aspecto digno de nota: a família não é só aquela resultante do casamento civil, mas, também, de outros tipos de união.

Na formulação constitucional, podemos pinçar alguns contornos básicos em relação à família.

Assim, a família e o grupo social que: a) resulta do casamento civil; b) decorre da união estável entre homem e mulher; c) forma-se por qualquer dos pais e seus descendentes.

Além disso, da análise das normas constitucionais, verificamos que: a) adota-se o princípio de isonomia entre homem e mulher; b) igualdade entre filhos, independente da origem; c) realce do princípio de afeição no âmbito familiar; d) valorização da mulher; e) relacionamento entre pais e filhos, fundado no respeito mútuo, com deveres específicos dos pais.

Em conclusão, a família, erigida pelo Texto Constitucional de 1988, se assenta em dois princípios básicos: liberdade e igualdade (art. 226, caput, § 3.º, § 4.º, art. 229 e 230). No âmbito da comunicação social, o artigo 220, § 3.º, no inciso II, e 221, inciso IV, buscam garantir o aspecto ético do grupo familiar, como adiante se analisará.

1.3. Função e crise

No curso da história sociológica da família, diversas funções lhe foram atribuídas e, efetivamente, coube ao grupo família desenvolver suas atividades, objetivando alcançar determinados fins. Não se há de olvidar que a família é um grupo social, formado com alguma finalidade prevista. A depender do momento e das circunstâncias sociais, o grupo familiar tem por objetivo atingir alguma meta. Essa é a razão pela qual se vislumbra, na família, diversas funções: religiosas, políticas, econômicas, bio-psicológicas e afetivas. Decorrem daí, também, as diversas formas e tipos de família, poligâmica, monândrica ou poliândrica.

A natureza das funções sofreu modificações no longo caminho da história da família.

A função religiosa, talvez a mais antiga, não é encontrada no âmbito familiar. Em tempos antigos, o culto dos lares, das divindades domésticas e dos antepassados era a razão primacial do ente familiar. Os parentes reuniam-se na defesa e perpetuação de valores religiosos.

A evolução da sociedade restringiu a religiosidade, chegando ao ponto de excluí-la da função familiar. A religião ainda é ponto fundamental na família, mas não sua razão de existir.

As funções políticas também existiram em famílias primitivas. Essas se constituíam como partes da entidade política maior. A partir do momento em que o Estado passa a repousar no indivíduo e não em grupos, a função política da família desaparece. Evidente que essa afirmativa nada tem a ver com atividade política desenvolvida por algumas famílias tradicionais, principalmente no nordeste rural brasileiro. Não se trata, aí, de função.

A função econômica teve relevo, também, em tempos antigos. O grupo familiar dessa natureza se formava objetivando exploração econômica. Não mais se constata, nestes dias, essa realidade. A unicidade de patrimônio não mais se verifica. É algo diverso da realização econômica que muitas famílias procuram.

Do ponto de vista bio-psicológico, a família teria a função de preservação da espécie humana. Nascido o indivíduo no seio familiar, encontra, aí, ambiente propício para lhe garantir crescimento, atravessando e vencendo diversas e delicadas etapas da vida. Sem a família, a vida do recém-nascido periclitaria.

De notar-se, no entanto, que não poucos casais deixam de ter filhos, por decisão espontânea, ou, simplesmente, reduzem o número, pelo planejamento familiar. Nem por isso, deixa de haver família.

Finalmente, a função de afetividade. Parece ser este, em realidade, o aspecto básico que mantém os laços familiares. O homem e a mulher se unem, na busca mútua de solidariedade e de afeto, com ou sem prole. É o engrandecimento do casal.

A família é importante, é imprescindível para o bem da sociedade, mas, a família é frágil, é vulnerável. Recebe ataques frontais, ou não, resiste como pode, mas, tem dificuldades.

Existe uma hipócrita idéia de alguns que a família coage, constrange, reprime as manifestações sócio-culturais, sendo, para uns, um fator negativo. Essa idéia, no entanto, não vinga na sociedade, tanto que a família recebe, *ex vi* norma constitucional, proteção especial do Estado, como demonstrado. Também, por outro lado, em razão da relevância da família, esta tem deveres para com os filhos, principalmente em matéria educacional e ética.

É certo que a família sofreu modificações significativas e, até mesmo, podemos dizer revolucionárias. Já em 1963, Orlando Gomes, autor de um anteprojeto de Código Civil, se apercebia das relevantes alterações no aspecto sócio-jurídico que se desenvolviam no seio familiar e pôde, em 1965, dizer que "o terreno das relações de família está profundamente revolvido por fato novo, cujas conseqüências ainda não foram devida e precisamente medidas e apreciadas, mas que repercutem de modo decisivo na organização social e jurídica do grupo familiar. Esse fato novo é a emancipação econômica da mulher".

Acrescentem-se a velocidade da urbanização, a mudança de hábitos e costumes, as alterações pedagógicas nas escolas, as mudanças de ordem jurídica no relacionamento entre os cônjuges, ainda não bem absorvidas, a grave crise econômico-social, a deformação produzida pelos meios eletrônicos de comunicação, como veremos, que colocaram a família em crise, quedando-se impotente frente à avalanche de fatos e circunstâncias.

2. Os meios de comunicação

2.1. Conceito

Meios de comunicação é expressão ampla que pode alcançar toda e qualquer forma de se desenvolver informação. Nesse amplo sentido, toda vez que se produz informação, através de impressos, sons ou imagens, está havendo utilização de meio de comunicação. Um alto-falante colocado no topo de um poste ou no galho mais alto de uma árvore não deixa de ser um meio de comunicação, na pequena e modesta cidade interiorana.

Não é esse conceito ampliado que interessa ao presente trabalho. Não há dúvida que é um meio de comunicação, mas, desinteressante para o estudo aqui empreendido.

Meios de comunicação em sentido mais restrito compreendem o jornal, a revista, o rádio e a televisão. São essas técnicas impressas, de sons e de imagens que produzem a comunicação social, a comunicação de massa, com abrangência cada vez maior, na medida em que os avanços tecnológicos dispararam na corrida evolucionista. Os satélites artificiais encurtam cada vez mais as distâncias entre os povos e levam, para os lares, imagens geradas no lado oposto do mundo.

Os meios de comunicação são todos os instrumentais técnicos que levam à sociedade manifestação de pensamento, criação, expressão ou informação. É a comunicação social ou comunicação de massa, atingindo pessoas indeterminadas e em número ilimitado.

2.2. Tratamento constitucional

Um levantamento da história constitucional brasileira mostrará que pela primeira vez, em 1988, uma Constituição abriu um capítulo sobre comunicação social. É certo que, na Constituição anterior de 1967, com a Emenda n.º 1 de 1969, existem dispositivos como o parágrafo 8.º do artigo 153, que proclamam a liberdade de manifestação de pensamento e impedem a imposição de licença de autoridade para a publicação de livros, jornais e periódicos, mas, não há um capítulo.

O constituinte de 1988 se preocupou com os meios de comunicação social, traçando regras claras e objetivas. Ponto fulcral diz respeito ao princípio da liberdade de manifestação de pensamento, porém, não se trata de liberdade absoluta. Quis o constituinte a existência de liberdade responsável, onde o órgão de comunicação tenha compromisso com o indivíduo, a família e a sociedade como um todo.

Dispensou a norma constitucional qualquer restrição às manifestações do pensamento, à criação, à expressão e à informação, a não ser aquelas fixadas no próprio texto Constitucional. Assim, v.g., proíbe-se o anonimato; assegura-se o direito de resposta; concede-se o direito de indenização por dano material, moral ou à imagem; inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas (art. 5.º, incisos IV, V, X).

Vedou o constituinte ao legislador infraconstitucional veicular qualquer norma que pudesse embaraçar a plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social.

Também restou proibida toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística. Não se admite censura, no Brasil, após 1988. A tesoura censória, quando atuou neste país, o fez de maneira imprópria, inadequada, contrariando a objetividade e valorizando o subjetivismo, que desencadeia no puro arbítrio, no discricionarismo desenfreado e irresponsável. Havendo o excesso, a ilegalidade, o dano a terceiros, com a publicação, resgata-se o direito pela forma indicada na Lei Maior e em leis específicas.

³ A reforma do Código Civil. Publicações da Universidade da Bahia, 1965, p. 7.

cas, concedendo o direito de indenização ao atingido.

Norma constitucional transfere à lei federal o poder de regular as diversões e espetáculos públicos, sendo autorizado o poder público a fixar faixas etárias a que se destinam as mencionadas manifestações e apontar locais e horários inadequados à apresentação; também à lei se defere o estabelecimento de meios à família e à pessoa para se defenderem de programações de rádio e televisão e de propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente.

Proibição de os meios de comunicação social serem objeto, direta ou indiretamente, de monopólio ou oligopólio.

Fixação de princípios que deverão ser atendidos pela produção e programação das emissoras de rádio e televisão: a) preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas; b) promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive sua divulgação; c) regionalização da produção cultural, artística e jornalística; d) respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família (art. 221, da Constituição Federal).

Por fim, a Lei Maior cuida da propriedade da empresa jornalística e de radiofusão sonora e de sons e imagem, com privacidade de brasileiros natos ou naturalizados, proibição de pessoa jurídica participar no capital social de empresa jornalística ou de radiofusão, excetuando-se partido político e sociedade cujo capital pertença exclusiva e nominalmente a brasileiros.

O Texto traz inovação importante ao impor a submissão do ato do Poder Executivo outorgante ou renovador de concessão, permissão ou autorização para serviço de radiofusão sonora e de imagens à apreciação do Congresso Nacional. Se dois quintos dos membros do Congresso Nacional decidirem pela renovação de concessão ou permissão, entende-se que existiu aprovação do ato do Executivo.

Estabelece-se o prazo de concessão ou permissão: a) dez anos para as emissoras de rádio; b) quinze anos para as emissoras de televisão.

Para se garantir a autoridade e a importância da decisão do Congresso Nacional, impõe-se que a outorga ou a renovação de concessão ou permissão só produzam efeitos após decisão legislativa. Também, para se preservar o concessionário ou o permissionário de possi-

veis abusos do poder concedente ou permitente, o cancelamento do ato, antes de vencido o prazo, só pode ocorrer em razão de decisão judicial.

2.3. Importância

Os meios de comunicação são uma força quase incontestável em nossa sociedade. Essa força só não é maior, porque depende do poder econômico, embora seja um poder econômico. Os meios de comunicação se subordinam à lei de mercado, padecem das vicissitudes do capitalismo selvagem e atuam com critérios empresariais, para sobreviverem. Falar em necessidade de sobrevivência significa reconhecer que os limites do poder da imprensa são os limites naturais impostos pelo sistema econômico, onde a infra-estrutura, na qual se desenvolvem as forças produtivas e as relações de produção, é significativa.

José Paulo Cavalcanti Filho vê duas dimensões óbvias em relação ao extraordinário desenvolvimento dos meios de comunicação: "uma técnica, de importância proporcional à melhoria crescente na qualidade e na velocidade de transmissão da informação; e outra cultural, freqüentemente reduzida ao que François Brune chama de "mercantilização do imaginário", com as naturais interferências dessa informação em nossos hábitos de vida"⁶.

Essas duas circunstâncias são denotativas da importância dos meios de comunicação. Os satélites artificiais trazem para dentro de casa informações e transpõem culturas e hábitos culturais de outros países, sem qualquer esforço significativo do receptor. O *Internet* caminha para uma comunicação de massa em escala planetária. A velocidade do avanço tecnológico resulta, em verdade, do realce que existe dos meios de comunicação na sociedade.

No aspecto cultural, em termos de massa, não há, talvez, maior penetração e profundidade do que os meios de comunicação, ainda mais, quando, como diz Nelly de Camargo, da Universidade de São Paulo, "os meios de comunicação de massa constituíram-se como empresas e deram ao produto cultural um tratamento industrial"⁷. É esse produto que é jogado, diari-

⁶ *Informação e poder*, Ed. Record, capítulo "E Lord Jones morreu - discurso por controles democráticos ao poder dos meios de comunicação", p. 30.

⁷ *Comunicação de massa: o impasse brasileiro*, Ed. Forense-Universitária, Rio de Janeiro, 1978, Cap. "Política de comunicação: tecnologia e as perplexidades do desenvolvimento", p. 28.

amente, na consciência de milhares de pessoas.

Com os meios de comunicação se interfere na vida pessoal, familiar, cultural, política, profissional, etc., o que significa dizer que inexistem barreiras ao poder da comunicação.

Com eles se formam opiniões de massa, destroem-se ou constroem-se mitos; conduz-se a consciência do indivíduo; embota-se o cidadão. Se em sentido positivo, ganha a sociedade; do contrário, anestesia-se uma parte do corpo social.

O estudo e o debate sobre os meios de comunicação devem ser uma constante em nossa sociedade, porque o futuro de milhares de jovens, de certa forma, passa pelo poder açambarcador desse que é há muito o quarto poder, dentro do Estado.

3. Os meios de comunicação e a família

3.1. O poder dos meios de comunicação

O jornalista Jânio de Freitas, prefaciando *Informação e Poder*, obra coletiva organizada por José Paulo Cavalcanti Filho, inverteu a frase "a imprensa é o quarto poder" para "os meios de comunicação são o primeiro poder", "com sua força capaz de determinar as decisões dos três poderes institucionais - Executivo, Legislativo e Judiciário".

Essa avaliação do jornalista por si só demonstra a avassaladora influência dos meios de comunicação. Estes interferem poderosamente em todos os setores. A televisão é um instrumento forte que suplantou o rádio e o jornal e passou a ter influência indiscutível na sociedade. Hoje, os meios de comunicação não se colocam, apenas, ao lado da trilogia dos Poderes, exaltada pelo barão de Montesquieu, porém, tentam e conseguem, geralmente, sobrepor-se, direcionando decisões.

No Brasil, a situação é agravada sobremaneira por alguns fatos, como, v.g., a multimídia. Significa esta a concentração em um só proprietário de diversos meios de comunicação. Em mãos de um empresário estariam: jornal, rádio e televisão. Haveria um grupo de meios de comunicação em poder de uma só pessoa ou um conjunto dessas pessoas, o que enseja uma dominação por vezes danosa. O posicionamento de um grupo jornalístico, atacando pelo rádio, televisão e jornal, é algo imponderável.

Há, basicamente, nove famílias que dominam os meios de comunicação, o que as torna detentoras de incomum poder, neste país.

O reconhecimento da força dos meios de

comunicação foi feito pelo próprio constituinte de 1988, quando concedeu aos partidos políticos acesso gratuito ao rádio e à televisão (art. 17, § 3.º). Se isso não se realizasse, alguns partidos afortunados teriam vantagens indúvidas diante daqueles outros, sem lastro econômico ou de influência.

Albino Rubim, escrevendo *sobre a imprensa das classes subalternas de 1880-1922*, transcreveu essa afirmação do jornal proletário *A Terra Livre*, em 1906, "... o jornal! Ele há de ser o estranho documento de uma época! Ele mostra como criado pelo monopólio da riqueza e do poder das classes, estas cavam entre si tal abismo que, vivendo lado a lado uma a outra, se ignoram perfeitamente"⁸.

A influência não é notada, apenas, hoje, mas, como visto, no início do século já, incisivamente, se fazia tal referência, indicando o poder da classe dominante.

Algumas redes de televisão, com apoio de rádios e jornais, em mãos de poucos, exteriorizam o poder da multimídia.

3.2. A informação desqualificada

Quem quer que se sente diante de um aparelho de televisão, durante o dia ou à noite, assistindo às diversas programações, ficará, certamente, profundamente revoltado com as informações maliciosas de quem detém poder, com as cenas de violência, de sexo, de perversões, de maus exemplos e, enfim, de agressão ao bom senso e à ética, principalmente quando temos em mente que esses programas atingem pessoas de todas as faixas etárias, principalmente crianças e adolescentes, e todas as camadas sociais das mais cultas às mais incultas, àquelas que são denominadas de subalternas, ou seja, na visão do professor Isaac Epstein, "as classes que detêm apenas a força de trabalho", isto é, as classes "submetidas economicamente", ou, então, "grupos minoritários ou marginais definidos por uma predicação variável"⁹.

A desqualificação da informação atinge um leque que vai do aspecto meramente político ao

⁸ *Comunicação e classes subalternas*, Cartaz Editora, S. Paulo, 1980, obra coletiva, p. 49.

⁹ *Classes subalternas*, porém, vistas como aquelas submetidas economicamente ou vistas como agrupamentos minoritários ou marginais, são categorias, que embora apresentando alguns caracteres comuns não coincidem e, pelo menos num sentido se opõem, pois as primeiras são quantitativas majoritárias, e as segundas, pelo contrário minoritárias" - in *Comunicação e classes subalternas*, p. 21.

ético, sem compromisso com os seres humanos que assistem inanes ao desregramento dos donos da mídia.

O filme, a novela, o noticiário, o programa humorístico, o programa de variedade, na televisão são meios de propagação de tudo quanto contraria a formação dos nossos adolescentes.

O psicólogo alemão Jo Groebel, estudioso do tema da violência e seus reflexos na comunidade, observou, com propriedade, em entrevista recente, veiculada no exemplar n.º 29, da revista *Veja*, que "a predominância da violência na programação de TV cria uma tendência para a agressividade, além de gerar uma imagem muito confusa e vaga do mundo". E o mais lamentável é o fato constatável que, a qualquer hora, em qualquer turno, é possível se assistir a cenas de violência nas telas, dentro dos lares.

4. Regulamentação e controle

4.1. O direito à informação qualificada

A informação qualificada é aquela que é jogada pelos meios de comunicação, com critério ético e finalidade educativa, artística, cultural ou simplesmente informativa, respeitando os valores sociais da pessoa humana e da família.

Não é aceitável que qualquer programa transmitido em televisão seja gerado, desrespeitando os valores éticos da pessoa humana e da família.

Quais são esses valores? A sociedade possui determinada tábua de valores que busca preservar. Não há sociedade que não as possua, pois isso é necessário à sua própria vitalidade. Haverá tantos e tão variados valores quantas sejam as comunidades. Critério axiológico não se mede cientificamente. O que é importante para uma comunidade não o será para outra. A valoração é uma constante, daí por que não se pode pretender violentá-la, sepultá-la ou conspirá-la, agredindo o sentimento médio de moralidade das pessoas na comunidade.

A mutação valorativa deve ocorrer naturalmente dentro da sociedade. São os indivíduos que, vivendo os fatos, sentindo necessidades, empreendem, da forma mais adequada, alterações no comportamento, nos *folkways* e *mores*. Essas alterações normalmente não são abruptas, não são impostas, mas, ocorrem e se desenvolvem ao longo dos anos, atendendo às aspirações e desejos do individual tornado coletivo.

A televisão, controlada por alguns mercan-

tilistas, não possui compromisso com a realidade social, o indivíduo e a família.

Podem, no entanto, o indivíduo ou a família, no Brasil, ter direito a informação qualificada? Parece-me que sim.

A Constituição Federal de 1988 consagrou o direito do indivíduo à informação qualificada, ou seja, à informação ética, honesta e verdadeira. O engodo, a mistificação, a leviandade podem ser contestados pelo espectador. Vejamos esse direito.

O artigo 220, § 3.º, inciso II, da Constituição Federal, determina que compete à lei federal "estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no artigo 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente".

Por seu turno, o artigo 221, da mesma Lei Maior, impõe o respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família e preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas como princípios a serem observados na produção e programação das emissoras de rádio e televisão.

É claro que o Texto não consignou os denominados meios legais, por questão de ordem técnica, isto é, em um documento constitucional seria impossível descer a detalhes que são próprios para o legislador infraconstitucional, porém, não se extraia daí o entendimento de que a pessoa ou a família estão inibidas, hoje, diante da omissão do legislador, de exercerem o direito à informação de qualidade. O direito esta assegurado. O meio, o procedimento, a forma pela qual esse direito será exercitado é que depende de lei. É norma de eficácia jurídica limitada, que é possível, no entanto, de ser posta em prática, porque *jamais* o legislador ordinário poderá subtrair aos legitimados – qualquer pessoa – o direito de exigir das emissoras de rádio e televisão o cumprimento dos princípios estabelecidos constitucionalmente.

4.2. O exercício da liberdade de manifestação de pensamento e a necessidade de regulamentação do poder dos meios de comunicação

A Constituição de 1988, no artigo 5.º, inciso IX, é explícita: "é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença".

O dispositivo é mais exuberante do que os

anteriores das Constituições de 1946 e de 1967 (com a Emenda n.º 1/69), concedendo total liberdade às atividades mencionadas, com ênfase, aqui, na comunicação.

Essa disposição conflita com aquelas previstas no artigo 220, § 3.º, II e artigo 221? Em princípio, sim, mas há que se proceder a uma interpretação sistemática.

A primeira norma, traçada no capítulo dos direitos e deveres individuais e coletivos, concede a liberdade de manifestação das atividades culturais mencionadas, mas, essa liberdade não é absoluta. Não se trata de liberdade total, sem critérios. Existem direitos de terceiros que não podem ser postergados, sob pena de se instaurar o caos na ordem social.

Em matéria de hermenêutica constitucional, uma das interpretações mais requisitadas é a sistemática, que não se prende a dispositivos isolados, porém, busca a integração das diversas normas, a fim de se alcançar uma aplicação que atenda ao *desideratum* constituinte e ao interesse da sociedade.

“A interpretação sistemática veio completar a interpretação lógica, representando, por conseguinte, um alargamento das potencialidades cognitivas contidas naquela forma de interpretação assente na *ratio*; ambas entraram assim a compor a categoria hermenêutica denominada lógico-formal”, na doutrina do constitucionalista Paulo Bonavides¹⁰.

Basta que se adote esse ensinamento, que é clássico, para se chegar à conclusão que as duas normas podem coexistir e que a liberdade de manifestação pelos meios de comunicação não pode ser absoluta, em favor até mesmo de valores éticos que são cultuados pela pessoa humana e pela família.

Com efeito, tenha-se em linha de consideração que, se as duas normas se acham postas no mesmo Texto Constitucional, há de se adotar critério interpretativo que atenda aos fins colimados. Assim é que, com acerto doutrinário, ensina Linares Quintana: *La finalidad suprema y última de la norma constitucional es la protección y la garantía de la libertad y la dignidad del hombre*¹¹.

O aspecto teleológico é o norte que deve

¹⁰ *Curso de direito constitucional*, Malheiros Editora, S. Paulo, 4.ª ed., p. 363.

¹¹ *Tratado de la ciencia del derecho constitucional argentino y comparado*, Buenos Aires, Editorial Alfa, 1953, t. II, p. 469.

conduzir o intérprete na busca do sentido da norma constitucional. A harmonia entre as duas normas se consegue com o acordo que se extrai, tendo presente o sentido finalístico do sistema normativo.

Os meios de comunicação, principalmente redes de televisão, no Brasil, não podem continuar servindo a um grupo de famílias, que os utiliza na sede incontrolável de poder econômico, ultrapassando barreiras éticas e desprezando princípios básicos de convivência social.

Nos Estados, as emissoras de televisão se acham em mãos de políticos – da situação ou da oposição – direcionando os informativos e noticiários, atendendo aos interesses político-eleitorais. É simplesmente insuportável assistirmos, na televisão, diariamente, programas massificantes, que lançam mensagens e reportagens, favorecendo o grupo político detentor ou destrutando o grupo político opositor. São esses grupos políticos, destituídos de valores morais, que se utilizam dos meios possíveis para manterem ou alcançarem lucros, sem se incomodarem com a família que passa a receber o tipo de informação mais inadequado possível.

Algo há de ser feito.

Está certo José Paulo Cavalcanti Filho, quando, em texto apresentado na XLV Reunião da SBPC, afirmou que “não há democracia sem meios de comunicação livres, igualmente não há democracia com meios de informação livres, sem qualquer espécie de limite”¹².

Advirta-se, no entanto, que a limitação não deve dirigir-se aos profissionais da imprensa, aos jornalistas e repórteres, mas, sim, aos detentores capitalistas dos meios de comunicação, que se dobram ao poder econômico e almejam, exclusivamente, lucros. Entre prestar informação qualificada e alcançar lucro, com informações deformadas, defeituosas ou de baixo nível, o proprietário dos meios de comunicação se postará ao lado da segunda opção.

O constituinte de 1988 deferiu ao legislador federal a possibilidade de estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas de rádio e televisão que contrariem os valores éticos e sociais que lhes são próprios (art. 220, § 3.º, II, c/c o art. 221, IV, da Constituição Federal). E, no artigo 224, do mesmo Texto Maior, determinou que o Congresso Nacional deverá instituir o Conselho de Comunicação Social

¹² *Op. cit.*, p. 31.

como órgão auxiliar.

A Lei n.º 8.389, de 30.12.91, instituiu o Conselho de Comunicação Social, dando-lhe atribuição de realizar estudos, pareceres, recomendações e "outras solicitações que lhe forem encaminhadas", objetivando, *vg.*, a "defesa da pessoa e da família de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto na Constituição Federal".

É preciso ir além. A sociedade civil, através de suas entidades mais representativas, deve ser equipada com o instrumental efetivo para defender os interesses de milhares e milhares de família. Famílias brasileiras, em sua grande maioria, estão carentes de absolutamente tudo, do econômico ao cultural. De acordo com Pesquisa Nacional por Amostragem de Domicílios - 1986 -, publicação do IBGE, é este o quadro: a) 1,2 milhão de famílias sem rendimentos ou sem rendimentos declarados; b) 13,9 milhões de famílias com renda de até dois salários-mínimos; c) 14,3 milhões de famílias com renda de até dez salários-mínimos; d) 3,3 milhões de famílias com renda superior a dez salários-mínimos. Afinal de contas, a distribuição de rendas, no Brasil, segundo estatística de 1990, é altamente perversa: 49,47% da riqueza estão com 10% dos brasileiros e 33,9% com 80% do nosso povo. Não se trata de censura. Não se trata de poder concedido a entidades governamentais.

Trata-se de conferir à sociedade mecanismos legais, em sintonia com a previsão constitucional, para investir contra os empresários dos meios de comunicação descompromissados com os valores éticos que envolvem a família.

A comunicação de massa não pode ser uma simples atividade mercantil, na obsessão do lucro fácil, invadindo o "ambiente onde tudo se adivinha, sem necessidade de ser expresso, onde tudo é comum, sem deixar de ser individual", na linguagem literária do gênio de Recaséns Siches¹³.

5. Conclusão

A família é o núcleo básico mais importante da sociedade e seu conceito não deve sofrer enquadramento jurídico-normativo, porque viola a própria essência da instituição.

Os meios de comunicação, nas mãos de poucos, são instrumentos poderosos que invadem os lares das famílias brasileiras com informações inadequadas e muitas vezes desonestas e anti-éticas.

A família tem direito constitucional à informação qualificada.

Há necessidade de a sociedade civil controlar o poder mercantilista dos proprietários dos meios de comunicação, sem atingir a liberdade de manifestação de pensamento dos jornalistas, mas, protegendo a entidade familiar.

¹³ *Op. cit.*, p. 565.

Da Jurisprudência como ciência compreensiva: a dialética do compreender mediante o interpretar

MOACYR BARBOSA DE SOUSA GUSTIN

SUMÁRIO

1. A compreensão e a "pré-compreensão". 2. Interpretação e aplicação das normas como processo dialético. 3. Ciência Jurídica e Método de Análise de Linguagem.

Na medida em que as concepções do direito com um sistema fechado e acabado tornaram-se insuficientes para explicar a complexidade da realidade contemporânea, na qual os poderes são heterogêneos e disseminados na trama societária, e onde a linguagem nem sempre é de fácil apreensão ou possuindo a mesma eficácia ou validade, os problemas da jurisprudência da hermenêutica tornaram-se essenciais para o desenvolvimento do pensamento jurídico. Por isso mesmo, nos limites deste artigo, ele será visto nas dimensões do ato de compreender e da análise da linguagem como método por excelência da jurisprudência.

Fazendo-se uma rápida digressão histórica, de fato a ênfase do formalismo à análise das expressões dos anunciados normativos justificou-se pela própria situação de uma sociedade relativamente estável, e que os problemas jurídicos, na sua maior parte, eram de meras complexidades e quase sempre de natureza privada. O conteúdo dos conflitos pertencia, em grande extensão, à esfera individual, não envolvendo confrontos grupais (que ocorriam de forma esporádica) ou de classe.

No século passado, até seu final, a interpretação da lei persistiu como uma questão eminentemente técnica e que se limitava a determinar o sentido textual da lei. Tornaram-se de uso freqüente as conhecidas técnicas de interpretação gramatical – buscando o sentido voca-

Moacyr Barbosa de Sousa Gustin é Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Mestre em Ciência Política. Doutor em Filosofia do Direito.

bular da lei (de interpretação lógica), procurando o sentido proposicional (de interpretação sistemática), perquerindo o sentido proposicional (de interpretação sistemática), perquerindo o sentido global – e rudimentos de interpretação histórica –, objetivando a identificação das origens dos textos normativos.

As crescentes exigências de intervenção estatal nos domínios econômicos e sociais – surgimento do “Estado Monopólio” e do “Estado Providência” – não apenas produziram alterações diversas no sentido da legislação, como induziram a novos desdobramentos nos procedimentos hermenêuticos. A própria idéia de normas programáticas, abrindo para uma concepção do direito como sistema aberto às transformações em razão dos problemas emergentes¹, requerendo por parte do intérprete maior argúcia quanto ao sentido propositadamente vago na letra da lei; mostra essa exigência maior sobre os métodos interpretativos. Exige-se, assim, reformulação no papel tradicionalmente exegético do Judiciário e, de outro, viabilizem-se tentativas ampliadas de compreensão do pensamento do legislador expresso pela norma.

Os problemas das atividades jurídica, jurisdicional e legislativa deixam de se limitar à configuração sistemática da ordem normativa, para a qual eram suficientes as técnicas de interpretação tradicionais, passando a ser o da determinação de sentido dos enunciados normativos. Surge, então, a contenda em torno da legitimidade ou não dessa ultrapassagem por parte do intérprete do âmbito da *simples compreensão* da norma. Daí, conseqüentemente, o surgimento de metodologias mais adequadas e que se estruturavam nas novas indicações de outras disciplinas do campo das ciências humanas e sociais, dirigidas à aplicação de rigorosa análise de discurso baseada nas contemporâneas formulações da *análise de linguagem*.

A contenda referida no parágrafo anterior pode ser expressa pelas divergências doutrinárias que se deram em torno de duas questões principais²: a primeira consiste em saber até que ponto um ato interpretativo é capaz de captar o

texto legal, compreendendo-o; a segunda consiste em indagar em que limite esta compreensão não se torna, ela mesma, num acréscimo. Essas questões têm grande valor tendo em vista que os judiciários de sociedades menos desenvolvidas, como a nossa, encontram-se, por razões diversas, limitados em sua capacidade adaptativa ao novo contexto.

Essa polêmica fez surgir alguns pressupostos fundamentais do processo hermenêutico³. Dentre eles, sugeriu-se que:

1. todo ato interpretativo tem, necessariamente, de partir da própria legislação vigente. *Esse princípio, afinal, revela a natureza dogmática do ponto de partida da hermenêutica jurídica;*

2. o intérprete é livre. Este princípio se refere aos aspectos subjetivos da interpretação, enquanto o primeiro se refere aos aspectos objetivos. Dentre os dois, porém, parece haver uma esfera contraditória e de quase negação mútua;

3. a interpretação tem caráter *deontológico* e normativo. Considerando a tensão apresentada no item anterior, entre a existência de um critério objetivo e o arbítrio do intérprete, somos levados à conclusão magistralmente apresentada por Ferraz Jr.:

“(…) não apenas estamos obrigados a interpretar (não há normas sem sentido, nem sentido sem interpretação), como também deve haver uma interpretação e um sentido que prepondere, e ponham um fim (prático) à cadeia das múltiplas possibilidades interpretativas”⁴.

Este fim prático a que se refere o autor tem em vista o problema da decidibilidade, ou seja, a Ciência do Direito deixa de se preocupar com a determinação daquilo que materialmente sempre foi direito – com finalidade de descrever aquilo que pode ser direito (relação causal) –, passando a se ocupar com aquilo que deve ser direito (relação de imputação). Esse passar teve em vista o ato de se ocupar com a oportunidade de certas decisões, tornando-se, assim, uma questão de decidibilidade, ou melhor, de busca das condições de possibilidade de uma decisão hipotética para um conflito hipotético (hipótese de decisão/hipótese de conflito).

¹ Sobre isso, ver: REALE, Miguel. *Estudos de filosofia e ciência do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1978 (especialmente a seção: “Para uma hermenêutica jurídica estrutural”).

² Sobre isso, ver: ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, s.d. (xerox parcial da obra).

³ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *A ciência do direito*. São Paulo: Atlas, 1978.

⁴ Consultar: FERRAZ JR., Tércio S., *op. cit.* PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Traité de l'argumentation*. Bruxelles: Ed. de l'Université, 1988.

Tudo o que foi dito leva-nos a entender que, com crescente complexidade do mundo contemporâneo e o excepcional desenvolvimento científico, o problema por excelência do direito e da filosofia do direito tornou-se metodológico (como agir? como interpretar? como compreender?) e das decisões metodológicas.

Este trabalho pretende, justamente, discorrer sobre parte desse problema.

Os primeiros tratadistas, no início da Idade Média, já discutiam amplamente sobre a natureza da jurisprudência.⁵ A discussão dava-se em torno das indagações se jurisprudência seria ciência ou arte. Era ela considerada como ciência por seu aspecto teórico e, como arte, por sua função prática. Algo bastante semelhante à discussão moderna sobre se se deve distinguir uma ciência do direito de uma técnica jurídica. Para os jusnaturalistas, a partir do século XVIII, tratava-se de fundar uma jurisprudência que tivesse fundamento científico, ou melhor, que se adequasse o método à concepção racionalista do saber que o cartesianismo difundia.

No século em curso, inicia-se uma grande discussão metodológica de duas grandes escolas jurídicas: a normativista, que encontrou sua expressão maior e mais coerente na doutrina de Kelsen, e a sociológica, que encontrou seu expoente na corrente realista americana.

Mais contemporaneamente, entram no debate os seguidores da filosofia da linguagem e da análise do discurso, dando à discussão novos rumos e outras direções. Isto porque, tendo em vista o fato de que a jurisprudência trata do sentido normativo a que as expressões linguísticas correspondem, nada mais lógico do que conceder novo *status* metodológico aos processos analíticos e interpretativos da linguagem.⁶

Considerando o ato de compreender, segundo Larenz, as expressões linguísticas podem ser entendidas através de um processo de apreensão imediata do sentido (modo irreflexivo) ou mediante um processo sistemático de interpretação (modo reflexivo). Desnecessário dizer que no processo de apreensão imediata inexistem uma

esfera que possa ser considerada problemática em sua compreensão do sentido e da ordem do discurso. Isto se dá dessa forma, justamente pela própria natureza desse processo: irreflexiva. Essa apreensão refere-se ao nível mais simples das relações, ou seja, aquela se dá através de hábito e do condicionamento. Inscrevem-se nessa esfera as conversações de uso comum do dia-a-dia e as comunicações mais simples. Nessa órbita da comunicação, os chamados "ruídos" só se dão em casos excepcionais e que não validariam uma regra geral.

Na apreensão imediata de sentido, não se coloca a possibilidade de interpretações diferenciadas do conteúdo. Ela se dá quase que exclusivamente através da percepção sensorial, por isso é irreflexiva.

Quando, ao contrário, a situação de comunicação em foco é passível de apreensões diferenciadas e heterogêneas, torna-se necessário um processo reflexivo sobre o conteúdo do discurso e a interpretação de seu sentido. Nem sempre é somente a complexidade maior do texto ou da comunicação que dirige a situação para a instauração de um processo interpretativo. Alguns complicadores, como a inadequação da fala ao objeto, o uso da simbologia imprópria e a imprecisão de termos, dentre outros, podem ser mais perniciosos para a comunicação do que sua complexidade de conteúdo.

Para Larenz, "interpretar é uma atividade de mediação pela qual o intérprete compreende o sentido de um texto que se lhe apresenta como problemático".⁷ Como entender mais precisamente essa definição?

Quando o autor se refere a uma "atividade de mediação", podemos entender essa afirmação sob a ótica de orientações diferenciadas. Na tradição kantiana, por exemplo, o ato de saber ou as condições de experiência em relação ao seu objeto deveriam ser idênticas ou indiscerníveis. Isto significando que não haveria mediação ou transposição entre uma coisa e outra, visto que condições de experiências e objeto de experiência são sempre idênticos. *Mutatis mutandis*, o ato de saber ou de conhecer não se faria através da interpretação, se considerada esta como uma atividade de mediação.⁸

Se considerarmos, ao contrário, o ato de saber na concepção formulada por Nietzsche, teremos que entre o conhecimento e o mundo a

⁵ BRIMO, Albert. *Les grands courants de la philosophie du droit et de l'état*. Paris: Ed. A Pedone, 1978. BOBBIO, Norberto. *Teoria della scienza giuridica*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1950.

⁶ Ver: LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983.

⁷ LARENZ, Karl. *Op. cit.*, pp. 239-40.

⁸ KANT, Emanuel. *Crítica da razão prática*. São Paulo: Brasil. Editora S.A., 2.^a ed., s.d.

conhecer há tanta diferença quanto entre o conhecimento e a natureza humana. Ter-se-ia, portanto, "uma natureza humana, um mundo (ou objeto do saber), e algo entre os dois que se chama conhecimento, não havendo entre eles nenhuma afinidade, semelhança ou mesmo elos de natureza".⁹ Assim, a atividade de conhecer não estaria inscrita na natureza humana e nem seria idêntica a ela, podendo, assim, ser considerada como uma mediação, ou seja, uma "violação" (termo usado por Nietzsche) da essência do objeto. Entende-se, portanto, que nesse sentido último de "violação", a atividade de interpretar deveria realizar um "desmaranhar" completo do fenômeno em conhecimento.

Para o próprio Larenz, em que consistiria essa atividade de mediação? Tentemos entender sua explicação dentro de seqüências sucessivas:

1ª. O interprete torna-se consciente de que há diferentes significados do termo ou do texto em questão;

2ª. tendo em vista o significado "correto", interroga-se sobre o contexto textual e sobre o seu próprio conhecimento do objeto do texto;

3ª. examina a situação que deu origem ao texto;

4ª. opta por uma entre muitas possíveis interpretações com base em considerações devidamente fundamentadas.

Como se vê, dá-se um processo de problematização do texto. O autor, em vista dessa problematização, atribui à jurisprudência o *status* de ciência. Seria esta afirmação verdadeira? Vejamos o que diz Bachelard sobre ciência e observação científica:

"A observação científica é sempre uma observação polêmica; ela confirma ou infirma uma tese anterior, um esquema prévio, um plano de observação; ela mostra, demonstrando; ela hierarquiza as aparências; ela transcende o imediato; ela reconstrói o real após ter reconstruído seus esquemas (...) A ciência suscita um mundo, não mais por um impulso mágico, imanente à realidade, mas antes por um impulso racional, imanente ao espírito. Após ter formado, nos primeiros es-

forços do espírito científico, uma razão à imagem do mundo, a atividade espiritual da ciência moderna dedica-se a construir um mundo à imagem da razão"¹⁰.

Ora, está claro que as afirmações de Bachelard confirmam a assertiva de Larenz, ou seja, de que a atividade de observação científica, e a própria ciência, fundamenta-se na problematização do objeto de estudo. O simples não existe na atividade de conhecimento científico; existe o "simplificado" e o "reduzido". Não existem fenômenos ou naturezas simples, nem idéias simples, pois, ao final em suas essências, são sempre conjuntos de relações ou unidades de um sistema complexo de pensamentos e experiências.

No campo da jurisprudência, a problematização é possível, justamente porque os textos jurídicos são redigidos em linguagem corrente ou, então, numa linguagem especializada que apresentam razoável margem de variabilidade de significação. Hart se refere a isto como "textura aberta" do direito. O que se dá no momento final da seqüência de mediação (a opção do intérprete) é uma tomada de consciência sobre estruturas da comunicação em linguagem corrente e uma indicação crítica que deverá produzir o correto e a inteligibilidade. Isto se dá através da indicação da ruptura do sentido ou da reconstituição da unidade perdida.

Voltando à definição de "interpretação" dada por Larenz, falta-lhe, talvez, algo que se refira à experiência anterior do intérprete com o texto, ou com a linguagem especial do texto. Pois, repetindo Gadamer, compreender o sentido de um texto não é uma tarefa simples e direta, torna-se necessária a instauração de "um processo de tradução e fusão de horizontes, uma incorporação do estranho no que é próprio"¹¹.

Considerando o que até aqui se disse, em princípio todos os textos jurídicos são susceptíveis de interpretação e não os chamamos "obscuros" ou "pouco claros". As sentenças judiciais, da mesma forma, também carecem de interpretação, não só as leis e contratos. A jurisprudência, nesse sentido, não pode ser vista como mera repetição ou reprodução de decisões. Justamente por ser uma atividade científica e de se inserir no campo das ciências críti-

⁹ NIETZSCHE, F. *Guia Ciência*. Apud FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*, Cadernos da PUC/RJ, Série Letras e Artes. Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica/Divisão de Edições, 1979, p. 13.

¹⁰ BACHELARD, Gaston. *O novo espírito científico*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1968 (grifo do autor).

¹¹ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. (Xerox, s.n.t.).

cas, a jurisprudência se dedica, nesse campo, a ordenar as decisões e inseri-las em novas conexões jurídicas de sentido.

As circunstâncias hermenêuticamente relevantes são assim definidas, na opinião de Larenz, conforme o objetivo da interpretação que se realiza. Pode-se ter em vista, por exemplo, a opinião do autor, ou do comunicador. Nesse caso, interessará o "motivo" da declaração, a "situação em que se encontrava o comunicador (ou locutor, ou autor), os seus modos" habituais de expressão, etc. Pode-se, por outro lado, ter em vista a própria coisa exposta (texto, lei, conceito, etc.) e, daí, a sistemática de compreensão será outra e terá outros interesses.

Quando se disse que os textos jurídicos são sempre susceptíveis de interpretação, não há nisso nenhum sentido depreciativo da linguagem jurídica, de sua clareza ou propriedade. Ao contrário. O processo de interpretação é um processo, sequencialmente, uma intensificação do poder crítico e de reorganização conceitual de uma linguagem ou do substrato científico e filosófico dessa linguagem.

1. A compreensão e a "pré-compreensão"

Conforme Betti, a interpretação de um texto trata da "totalidade do discurso no seu valor semântico"¹², ou seja, refere-se não só ao sentido de cada uma das palavras, mas, inclusive, à seqüência de palavras e frases que expressam um contínuo de idéias. Dá-se, pois, o que se pode identificar como um "círculo hermenêutico", isto é, o significado das palavras só pode ser inferido da conexão de sentido do texto. Este, por sua vez, forma seu sentido, em última instância, do significado das palavras que o formam ou da combinação de palavras, fechando-se, assim, o "círculo". Para se atribuir significado é necessário, primeiro, que se compreendam as partes (entes, signos ou sujeitos) engendrados na linguagem; segundo, é preciso agrupar e distinguir os usos ocasionais e erráticos; em terceiro plano, necessita-se identificar as situações significativas e simbólicas em geral. Chegando-se, assim, sequencialmente e sistematicamente, ao significado da totalidade do discurso.¹³

¹² BETTI, Emilio. *Teoria generale della interpretazione*. Apud. LARENZ, K., *op. cit.*, p. 242 (nota 51).

¹³ Ver sobre o assunto: OGDEN, C. K.; RICHARDS, J. A. *El significado del significado; una investigación acerca de la influencia del lenguaje sobre el pensamiento y de la ciencia simbólica*. Buenos Aires: Ed. Paidós, 1954.

Há que se ressaltar, contudo, que essa estrutura circular da compreensão não é, pura e simplesmente, um retorno ao ponto de partida, um reinício circular (volta ao entendimento das palavras, termos ou signos em si), mas a abordagem do texto em novo estágio de compreensão. Ou melhor, um processo de olhar para frente e para trás, de "circular ao redor", até que a suposição inicial, ou que surge durante o processo de interpretação, se converta em certeza.

Nesse sentido, Larenz demonstra que o processo de compreender tem seu curso não apenas em uma direção linear, como uma cadeia lógica de conclusões com sentidos diretos. English, citado por Larenz, refere-se a um "ir e vir de perspectiva", inclusive na aplicação da norma a uma determinada situação fática.

Algumas situações podem ser tomadas como regulares. No início do processo de compreender dá-se, infalivelmente, o que se chama de "conjectura de sentido", por vezes ainda vaga. Entende-se por esse termo aquele estágio da compreensão em que o intérprete se mune de uma simples *insights*. Ela decorre de um longo processo de aprendizagem conjectural do intérprete, ou de conhecimento ou experiências adquiridas ao longo de sua formação: uma relação direta com juízos ainda imprecisos ou suposições ainda incompletas.

Gadamer, em seu livro *Verdade e Método*, refere-se a essa "pré-compreensão", como um "pré-juízo". Não no sentido popular de dano ou de falso juízo, mas de juízos antecedentes, que dizem respeito à relação do próprio intérprete com o mundo que se assemelha ao fato e com a experiência correlata anterior. Isto significa que o texto só "fala" àquele intérprete que já compreende tão amplamente a sua linguagem e a coisa de que ele fala, de modo que lhe seja franqueado o acesso à compreensão daquilo que o texto diz: numa primeira fase através da "pré-compreensão" ou do "pré-juízo". Para esse pensador da hermenêutica e da filosofia da linguagem, a ligação entre o texto e o intérprete se faz através da linguagem, dos signos, e de uma cadeia de tradição em que ambos se inserem.

"Cadeia de tradição" em um processo jurisprudencial é aquela em que as normas vigentes e as formas reconhecidas do pensamento jurídico decorrem do trabalho precedente de muitas gerações de juristas. Como se vê, tudo deve ser examinado dentro de uma seqüência histórica sistematicamente trabalhada e dentro de uma

totalidade conceitual. A ciência se faz dentro de uma noção de espaço-tempo lato e ininterrupto. Mesmo numa visão de desenvolvimento por rupturas o processo seqüencial não pode ser descartado.

Segundo Esser, a "pré-compreensão" possibilita ao juiz não somente uma única conjectura de sentido em face do entendimento da norma e da solução a encontrar, mas a construção para si próprio de uma "convicção de justiça" com base nas suas pré-compreensões alcançadas graças à sua experiência profissional e sua capacidade crítica e de análise verticalizada do sentido intencionado pelo ordenamento jurídico.

Há, ainda, um sentido negativo de "pré-juízo" ou de "pré-compreensão", ou seja, a parcialidade de apreensão do fato daquele que ajuíza e valora com pré-julgamentos que emanam de seu meio social, de sua formação e que determinam um ato de julgar vicioso, que não se atém à questão em si mesma e em suas relações e nexos. Transforma-se, assim, em uma esfera de incorporação de preconceitos, no sentido negativo, transformando-se em uma barreira ao conhecimento. Esse é o espaço de risco da atividade interpretativa e que pode ser minimizado pelo rigor da aplicação do método selecionado para a busca do sentido e do significado desse sentido.

2. *Interpretação e aplicação das normas como processo dialético*

É preciso, antes, entender o que é dialética. Esse termo, conforme Nicola Abbagnano¹⁴, deriva o seu nome de diálogo mas não foi aplicado na filosofia com esse sentido unívoco. Na história da filosofia, é possível distinguir quatro significados fundamentais desse termo:

1.º a dialética como método da divisão (doutrina platônica);

2.º a dialética como lógica do provável (doutrina aristotélica);

3.º a dialética como lógica (doutrina estoica);

4.º a dialética como síntese dos opostos (doutrina hegeliana).

O texto de Larenz parece remeter à doutrina hegeliana, na qual a dialética formulada pelo idealismo romântico alemão (primeiro por Fichte, na Doutrina da Ciência, em seguida por Hegel) é a "própria natureza do pensamento",

visto que é a resolução das contradições em que a realidade finita (realidade fática), que como tal é objeto do intelecto, permanece enredada. Nesse sentido, a dialética como síntese dos opostos consistiria:

1.º na colocação de um conceito "abstrato e limitado" (no presente caso, a colocação da norma);

2.º no suprimir-se desse conceito como algo de "finito" e na passagem para o contrário dele (ou o que a ele se opõe ou difere em parte: o fato complexo ou a situação fática);

3.º na síntese das duas determinações precedentes, síntese que conserva "o que há de afirmativo na sua solução e na sua passagem" (em nosso caso, o momento da aplicação da norma interpretada).

Assim, no conceito hegeliano, a dialética é não só a lei do pensamento, mas a lei da realidade e os seus resultados não são puros conceitos ou conceitos abstratos, mas "pensamentos concretos", ou seja, realidades verdadeiras e próprias, realidades necessárias, determinações ou categorias eternas. Em toda parte existiria, pois, triades de teses, antíteses e sínteses.

Para Larenz, as normas jurídicas são interpretadas por serem "aplicadas" a casos concretos. Isso se dá, contudo, a partir de um exaustivo processo dialético interpretativo. Somente duas situações não justificariam um processo interpretativo:

a) quando a norma aplicável estiver já em si tão determinada que o seu verdadeiro conteúdo esteja fora de questão;

b) quando a situação fática a julgar também já esteja determinada em todos os seus elementos e seja assim suscetível de se ajustar fielmente ao modelo dado na norma.

Via de regra, no entanto, essas duas situações nunca ocorreram dada a complexidade constante das situações fáticas e, por isso, a impossibilidade de a norma abarcar todas as suas nuances e elementos. E, ainda, o conteúdo da norma nunca está suficientemente claro e preciso, correndo-se o risco de se tratar o desigual como "igual" e assim resolver injustamente.

Nesse sentido, no decurso contínuo da aplicação judicial, torna-se necessário um processo constante de interpretação ou de complementação das normas por parte dos Tribunais (especialmente as mais altas instâncias). Instaura-se, então, uma linha histórica da aplicação da norma: uma interpretação tem o "efeito

¹⁴ ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. São Paulo: Ed. Mestre Jou, 1982.

de servir como exemplo a outras decisões, às quais crescem logo novas interpretações e complementações (...). No começo, está o texto da lei – só aparentemente claro e fácil de aplicar – e no final (...) uma teia de interpretações, restrições e complementações, que regula a sua ‘aplicação’ no caso singular e que transmudou amplamente o seu conteúdo”. E a isto se chama simplesmente como um processo de “aplicação das normas”!¹⁵

Para Gadamer, o jurista em sua tarefa prático-normativa faz com que em cada caso o passado seja visto na sua continuidade com o presente.

Larenz faz, no entanto, um reparo a essa afirmação de Gadamer. Para ele, “o problema fundamental para quem aplica a norma não é a distância temporal, mas a distância entre a necessária generalidade da norma e a singularidade de cada caso concreto”. Pode-se concluir, portanto, que a idéia de “medida igual”, elemento de base da “justiça”, é pura ilusão.

3. *Ciência Jurídica e Método de Análise de Linguagem*

Começamos esta seção final deste artigo – talvez seu ponto mais importante, porque polêmico – por uma indagação aparentemente simplória e desprezível: “qual o significado que se tem querido emprestar à palavra ‘ciência’?”

Façamos uma breve digressão no tempo.

Nos últimos decênios, fomos espectadores de uma profunda transformação da concepção geral de ciência. O que se entende por ciência no mundo contemporâneo da Física Quântica, da Biotecnologia, da Engenharia Genética, da Antropologia Iluminativa, dentre outros tantos progressos científico-tecnológicos?

A concepção moderna da ciência, que se foi formando gradualmente a partir de uma consciência cada vez maior que os cientistas conquistaram do próprio trabalho de pesquisa, e que foi inquestionavelmente estimulada pelas grandes descobertas e transformações do século, encontrou na corrente do positivismo lógico e do racionalismo crítico a formulação mais plausível e adequada, pelo menos, até o presente momento. Concorreram, porém, para esses resultados várias outras correntes que, como as anteriores, resultaram da crise do racionalismo absoluto.

Não há dúvida de que o ponto culminante da concepção científica atual se estrutura a par-

tir da alteração do conceito de razão e, portanto, também do de verdade, em aberto confronto com o racionalismo clássico. Para este, a razão é a esfera suprema da verdade e é única em todos os homens, porque não é uma de suas obras, ela lhe é atribuída. Como é algo absoluto, pois não depende de condições mutáveis do homem na história, também a verdade alcançada pela razão é um dado absoluto.

O racionalismo clássico lida, pois, com a esfera do absoluto, pois funda suas concepções sobre uma razão que é preestabelecida externamente ao homem. Somente ao homem que participa dessa “razão” é dado “conhecer” a verdade absoluta que transcende à sua situação empírica. Esta concepção absoluta da razão e da verdade implica, ainda, uma concepção absoluta da lógica, isto é, o complexo das regras com base nas quais a razão atinge a verdade. Lógica que deverá ser, também, um único conjunto de regras.

O progresso do saber científico fez ruir toda essa concepção do absoluto. Descobriu-se que aquelas verdades tomadas como inquestionáveis, não o eram, e puderam ser substituídas por outras proposições sem que o trabalho científico perdesse a sua fecundidade. Procedeu-se, assim, à substituição do velho conceito de apoditicidade dos postulados, pelo novo conceito da convencionalidade das primeiras proposições.

A concepção absoluta foi substituída por uma concepção instrumental da razão. E da concepção absoluta da lógica passou-se a uma concepção de lógica plural. A razão transformou-se, pois, em um conjunto de procedimentos intelectuais desenvolvidos e aperfeiçoados no curso da história do homem. Essa razão é constituída, permanentemente construída e aperfeiçoada. Inicia-se, assim, um movimento em direção a um racionalismo crítico que, segundo Bobbio, “não hipostasia os procedimentos racionais, mas que habitualmente os considera em função da pesquisa que os origina e à qual servem”.¹⁶

Por outro lado, há o risco de se ver afirmado que a convencionalidade das verdades primeiras é uma arbitrariedade intelectual. Mas a prática científica dos últimos decênios tem mostrado que esse risco é frágil.

Sobre essas teses fundamentais – instrumentalidade da razão, convencionalidade das

¹⁵ LARENZ, Karl. *Op. cit.*, p. 250.

¹⁶ BOBBIO, N. *Teoria della scienza... Op. cit.*, p. 211

proposições iniciais e pluralidade da lógica – se estruturaram as premissas da concepção científica contemporânea. Foi justamente pela ausência dessas teses anteriormente que o racionalismo clássico não poderia considerar a jurisprudência como ciência, por sua convencionalidade. Mudou a ciência e torna-se a jurisprudência um veio de cientificidade.

Na moderna metodologia científica, pode-se dizer que o fulcro do trabalho científico é deslocado da verdade para o rigor. Diz Bobbio que a própria verdade é redefinida em termos de rigor. As proposições metodológicas rigorosas são aquelas que respeitam a racionalidade e a lógica interna da própria pesquisa e de cada uma delas. A cientificidade de uma pesquisa não consiste na verdade, mas no rigor do discurso, na satisfatória definição de todos os termos e de cada um deles, e na coerência de cada enunciado com todos os outros do sistema.

Daí por que a metodologia do mundo contemporâneo insista tanto sobre a relação entre ciência e linguagem: a ciência não é apreensão da verdade, mas é o uso e análise da linguagem científica. A facilidade de comunicação dos resultados das pesquisas das ciências, pelo rigor de sua linguagem, levou a uma mudança da consciência científica: de subjetiva passou a ser intersubjetiva.

Assim, toda ciência atual implica, em sua atividade, uma constante análise de linguagem. A pesquisa jurídica, também e muito especialmente, deverá se dedicar ao desenvolvimento dessa mesma análise de linguagem. Isto porque a pesquisa jurídica tem por objeto as proposições normativas, que nada mais são que enunciados, ou seja, expressões de uma linguagem determinada. Portanto, em virtude de seu próprio objeto, a linguagem específica do legislador, a pesquisa jurídica, não pode prescindir da análise metódica e sistemática da linguagem. Esse é o seu método por excelência.

Bibliografia

- ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. São Paulo: Mestre Jou Ed., 1982.
- BACHELARD, Gaston. *O novo espírito científico*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1968.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria della scienza giuridica*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1950.
- BRIMO, Albert. *Les grands courants de la philosophie du droit et de l'état*. Paris: Ed. Pedone, 1978.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *A Ciência do Direito*. São Paulo: Atlas, 1978.
- . *Direito, retórica e comunicação*. São Paulo: Saraiva, 1974.
- FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Cadernos da PUC/RJ, Série Letras e Artes 6/74, Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica/Divisão de Intercâmbio e Edições, 1979.
- GADEMER, Hans-Georg. *Verdade e Método* (xerox, s.n.t.).
- KANT, Emanuel. *Crítica da razão prática*. São Paulo: Brasil Editora, 1959.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983.
- OGDEN, C. K.; RICHARDS, I. A. *El significado del significado; una investigación acerca de la influencia del lenguaje sobre el pensamiento y de la ciencia simbólica*. Buenos Aires: Ed. Paidós, 1954.
- PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Traité de l'argumentation*. Bruxelles: Ed. de l'Université, 1988.
- REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1972.
- . *Estudos de Filosofia e Ciência do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1978.

As agravantes no Código de Defesa do Consumidor

ANTONIO CEZAR LIMA DA FONSECA

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. As circunstâncias do crime. A) Conceito. B) Classificação. C) Circunstâncias legais e judiciais. D) Causas de aumento e de diminuição da pena. 3. As agravantes no Código de Defesa do Consumidor – art. 76. A) Agravantes legais x atenuantes. B) Agravantes legais quanto ao tempo do crime contra as relações de consumo. C) Agravantes legais quanto aos efeitos do crime contra o consumidor. D) Agravantes legais quanto ao modo de execução do crime contra o consumidor. E) Agravantes legais quanto aos agentes dos crimes contra o consumidor. F) Agravantes legais quanto ao objeto do crime contra o consumidor. 4. Conclusão.

1. Introdução

Também no campo penal, assim como no do Direito Civil, a Revolução Francesa fez inovações¹.

No antigo regime estava presente o sistema de penas arbitrárias, isto é, imperava o puro arbítrio do juiz na imposição e fixação da pena. Era o sistema das penas arbitrárias², que foi afastado pelo sistema de penas fixas criado pelo Código Penal francês de 1791³.

Embora a contínua alternatividade histórica de correntes ora favoráveis, ora contrárias à ampliação dos poderes discricionários do juiz na aplicação da pena⁴, é do Direito Penal francês o reconhecimento das circunstâncias ate-

¹ V. nosso estudo "Código Civil francês, origens e sistemas", in *RDC-59/51*, onde mostramos a importância da Revolução Francesa no processo legislativo do antigo regime.

² ASÚA, Jiménez de. *La Ley y el delito*. A. Perrot, B. Aires, 1990, p. 447.

³ MAGGIORE, Giuseppe. *Diritto Penale*. Trad. José Torres. Ed. Temis, Colombia, v. 2, 1985, p. 60.

⁴ MAGGIORE, Giuseppe. *Op. cit.*, p. 58.

Antonio Cezar Lima da Fonseca é Promotor de Justiça em Porto Alegre-RS e Professor da Escola Superior do MPRS.

nuances genéricas (1832) na fixação da pena, que surgem para adaptar a justa punição às particulares circunstâncias da criminalidade, como disse Eduardo Correia⁵.

Não nos deteremos no estudo da pena propriamente dito, não só porque sua origem "se perde na longa noite dos tempos", no dizer de José Henrique Pierangelli⁶, mas porque a matéria enseja uma monografia⁷, o que não é nossa pretensão por aqui.

Nosso modesto estudo se divide em duas partes: numa primeira, situaremos as circunstâncias do crime, seu conceito e classificação, quando veremos em que medida elas influem na aplicação da pena; num segundo momento, veremos as circunstâncias agravantes legais dos crimes contra as relações de consumo, estas previstas no artigo 76 da Lei de Defesa do Consumidor.

2. As circunstâncias do crime

O crime é um bloco compactado, monolítico, formado pela junção de elementos. É formado de elementos essenciais, aos quais a doutrina chama de *essentialia delicti*, ou elementares, em contraposição aos elementos não-essenciais, ou acidentais, os *accidentalia delicti*. Os elementos essenciais estão necessariamente presentes na composição do crime; em sua ausência, ausente está o fato criminoso assim como tipificado.

Os elementos acidentais é que são as circunstâncias estrito senso, pois podem ou não estar presentes no fato delituoso. Quando presentes, diz-se que o crime é circunstanciado, isto é, *acompanhado de circunstâncias*, como disse Maggiore⁸. A presença de circunstâncias estrito senso não é indispensável à configuração do crime, pois elas não dizem respeito à qualidade do crime e sim à quantidade da pena. Então, quando ausentes os elementos essenciais, a configuração básica, típica, do crime não se altera.

Elas dizem respeito à gravidade do fato delituoso, influenciando na quantidade da sanção a ser imposta pelo juiz, ou, nas palavras de Carrara, elas aumentam ou diminuem a "quantidade política do delito"⁹.

⁵ In *Direito Criminal*. Coimbra. V.2, 1971, p. 340.

⁶ In *Fascículos de Ciências Penais*, ed. Fabris, v. 5, 1992, p. 3.

⁷ V. excelente estudo de BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da Pena de Prisão*, RT, 1993.

⁸ *Op. cit.*, p. 4.

⁹ Citado por MAGGIORE, *op. cit.*, pp. 4 e 5.

Não se pretende acompanhar a discussão sobre o que é o crime, cujo conceito jurídico, como ensinou Hungria, é um dos mais controversos e desconcertantes da moderna doutrina penal¹⁰. Basta lembrar a polêmica ocorrida quando Pontes de Miranda disse que o crime era um ato jurídico¹¹.

Nossa pretensão é apenas encaminhar a discussão e posicionar os elementos que podem se fazer presentes no fato criminoso, daí a condição de accidentalidade que possuem.

Os elementos essenciais do crime são as elementares, ou seja, sem elas o crime não se perfaz. O elemento accidental é a própria circunstância.

Segundo o Professor Cunha Luna, "não se pode falar de um crime incircunstanciado"¹². Isso somente acompanhamos se entendermos as circunstâncias num amplo sentido, porque, quando falamos de circunstâncias, a rigor, temos noção de acessoriedade; daquilo que não é imprescindível à configuração do delito. Dizer-se que todos os crimes são circunstanciados é opor-se à existência de crimes sem circunstâncias, os crimes simples, v.g., aqueles sem a presença dos *accidentalia delicti*. Quando o crime se apresenta com uma "constelação de elementos", utilizando Maggiore, é que se diz o circunstanciado. Dizer-se que todos os crimes são circunstanciados, pelo que inexistiria crime incircunstanciado, é como se dizer que tudo aquilo que possui rodas tem tração motora própria. Sabe-se que isso não é totalmente verdadeiro, mas também não é totalmente falso.

O vocábulo *circunstância*, realmente, pode ser tomado num sentido lato, quando se verifica que as circunstâncias "não são apenas as que excedem a configuração do crime, isto é, as agravantes e atenuantes, genéricas ou especiais, e só influem na medida da pena (*accidentalia delicti*), mas também as que constituem elementos essenciais do crime (*essentialia delicti*) ou, de qualquer modo, alteram, excluem ou extinguem a punibilidade"¹³. Aí, sim, se pode dizer que não existe crime incircunstanciado.

É pela presença dessas circunstâncias, em sentido estrito num fato delituoso, que se fala

¹⁰ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Forense, v.1, p. 5.

¹¹ V. *Tratado de Direito Privado*, RT, v.1, § 24.

¹² CUNHA, Luna Everardo da. *Estrutura Jurídica do Crime*. Saraiva, 1993, p. 5.

¹³ HUNGRIA, *op. cit.*, p. 351.

em crimes qualificados e privilegiados. As circunstâncias como que “revestem o tipo básico ou fundamental”, fazendo surgir o “tríplice critério de decisão”, mencionado por Hungria¹⁴: 1) surge um novo crime, com título próprio e pena autônoma; 2) conserva o mesmo crime, mas com pena maior ou menor e 3) determina agravamento ou atenuação da pena, em quotas fixas ou variáveis (*exceptum*).

Nas palavras de Wessels, as qualificadoras e as privilegiantes “resultam de que o legislador alarga o tipo fundamental em torno de elementos especiais”¹⁵.

A) Conceito

Firmada a premissa de que circunstância está ligada à acessoriedade, vamos verificar como é que a doutrina tem entendido o que seja circunstância.

A expressão deriva do latim *circumstantia* de *circumstare*, que é rodear, cercar, ou, como ensina De Plácido e Silva: “dá bem a idéia de tudo, seja qualidade, acidente ou atributo, que se acerca ou vem anexo ao fato ou ao direito, para, por vezes, lhe mudar a própria substância ou natureza”¹⁶.

Chamam-se circunstâncias, consoante Maggiore, “os elementos não constitutivos, senão simplesmente acessórios do delito, que influem em sua gravidade, deixando intacta sua essência”¹⁷.

Entende-se por circunstâncias, pela lição do saudoso Heleno Fragoso, os “elementos acidentais do delito, ou seja, aqueles que não são elementos constitutivos do tipo, afetando apenas a gravidade do crime”¹⁸.

Ensina Damásio E. de Jesus que “às circunstâncias são determinados dados acessórios que, agregados à figura típica fundamental, aumentam ou diminuem a pena”¹⁹.

Para Jiménez de Asúa, circunstância é tudo “o que modifica um fato ou um conceito sem alterar sua essência”²⁰.

¹⁴ *Op. cit.*, p. 45.

¹⁵ V. WESSELS, Johannes. *Direito Penal*. Trad. Professor Juarez Tavares, ed. Fabris, Porto Alegre, 1976, p. 26.

¹⁶ In *Vocabulário Jurídico*, v.1, Ed. Forense, p. 336.

¹⁷ *Op. cit.*, p. 3.

¹⁸ In *Lições de Direito Penal, Parte Geral*, Ed. Forense, 1985, p. 338.

¹⁹ In *Direito Penal*, v. I, Ed. Saraiva, 1985, p. 475.

²⁰ *Op. cit.*, p. 443.

“São elementos, acidentais e acessórios, que se põem em derredor do tipo, influenciando apenas na quantificação penal”, diz Paulo José da Costa Júnior²¹.

“São dados objetivos ou subjetivos que fazem parte do fato natural, agravando ou diminuindo a gravidade do crime sem modificar-lhe a essência”, como ensina Julio Mirabete²².

Dizia Magalhães Noronha que “circunstâncias são elementos que se agregam ao delito sem alterá-lo substancialmente, mas produzindo efeitos e conseqüências relevantes”²³.

Vê-se, então, que as circunstâncias são meros elementos, objetivos ou subjetivos, mas não indispensáveis à existência do crime, que ora agravam, ora atenuam a quantidade da pena imposta e que obriga o juiz a valorá-las.

Muitas vezes a presença de uma circunstância forma um novo tipo penal, molda um outro crime, como veremos, o que a despe da condição de circunstância para torná-la um elemento integrativo do tipo. Aí é que se fala de qualificadora, ou qualificativa, ou tipo qualificado.

As qualificadoras são circunstâncias. São também chamadas de qualificativas ou qualificantes. Elas não se confundem, note-se, com as majorantes, como veremos oportunamente. As qualificadoras são aquelas circunstâncias agravantes que “criam um novo tipo penal” como diz nosso Professor Ney Fayet²⁴.

B) Classificação

A classificação das circunstâncias varia de autor para autor, sendo outro dos aspectos relevantes da matéria, aliás, como disse o jurista português Eduardo Correia: “varia consoante o ponto de vista por que se encaram”.

Uma das classificações mais usuais é aquela onde se releva a visão objetiva ou subjetiva da circunstância.

São *objetivas*, ou reais, aquelas que dizem respeito à natureza, à espécie, aos meios, ao objeto, ao tempo, ao lugar e a qualquer outra modalidade da ação, à gravidade do dano ou do perigo, ou ainda às condições ou às qualidades pessoais do ofendido; *subjetivas*, as “que

²¹ In *Comentários ao Código Penal*. Ed. Saraiva, v.1, p. 325.

²² In *Manual de Direito Penal*. Ed. Atlas, v.1, p. 282.

²³ In *Direito Penal*. Ed. Saraiva, v.1, 1985, p. 244.

²⁴ In *A Sentença Criminal e suas Nulidades*. ALDE. 1987, p.170.

se referem à intensidade do dolo ou ao grau da culpa, ou às condições e qualidades pessoais do culpado, ou às relações entre o culpado e o ofendido, ou às inerentes à pessoa do culpado²⁵.

As *subjetivas*, também chamadas *pessoais* por Eduardo Correia²⁶, relacionam-se com o sujeito ativo do crime, estando entre elas os antecedentes, a personalidade, os motivos do crime e o estado psíquico do agente; as *objetivas* dizem respeito a todas aquelas que não se relacionam diretamente com a pessoa do agente, podendo referir-se ao meio utilizado para a prática do crime, às consequências do delito, à pessoa da vítima, ao concurso de pessoas e à ocasião do fato²⁷.

Fala-se, também, de circunstâncias *intrínsecas* e *extrínsecas*. As *intrínsecas*, são as que se referem à execução ou consumação do fato incriminado, caracterizando-o como mais grave ou mais leve, e são anteriores ao momento consumativo do próprio crime ou à cessação da permanência; as *extrínsecas* são as que agravam ou diminuem a responsabilidade do culpado, por causas que não têm atinência com a execução ou com a consumação do crime e que consistem em relações, fatos ou resultados sucessivos ao exaurimento do delito, ou, por qualquer forma, a este estranho (arrependimento ativo, reincidência etc.)²⁸.

Podem ser *determinadas* ou *indeterminadas*, consoante a sua enunciação seja taxativa ou não, isto é, se formuladas por cláusula geral ou não²⁹.

Podem ser *judiciais* ou *legais*, sendo que aquelas, no Direito Penal brasileiro, vêm elencadas no artigo 59, do Código Penal, e estas podem vir sob a forma de agravantes, atenuantes, qualificadoras ou causas de aumento ou de diminuição de pena³⁰. Veremos cada uma no devido momento.

C) Circunstâncias legais e judiciais

Realçamos essa classificação, porque é aquela utilizada pelo codificador penal brasileiro (art. 68, Código Penal); é utilizada pela doutrina e é dentro delas que situaremos o trabalho.

A rigor, todas as circunstâncias, vistas as-

²⁵ NORONHA, *op. cit.*, p. 245.

²⁶ *Op. cit.*, p. 345.

²⁷ V. MIRABETE, *op. cit.*, p. 283.

²⁸ NORONHA, *op. cit.*, p. 245.

²⁹ CORREIA, Eduardo. *Op. cit.*, p. 344.

³⁰ V. JESUS, Damásio de. *Op. cit.*, p. 477 e MIRABETE, *idem* p. 283.

sim, *lato sensu*, são legais, porque previstas na lei. O juiz não poderia apreciar circunstância se não existisse a previsão do art. 59 do Código Penal; nem mesmo quando aprecia uma circunstância *inominada*, ele só assim atua por força da lei (art. 66, Código Penal).

A doutrina penal separa as agravantes em *legais*, quando previstas na lei, em *número expresso* e *destacadamente*, e *judiciais*, quando outorga ao juiz a apreciação de outras circunstâncias. *Legais*, porque previstas "taxativamente"³¹ na lei; *judiciais*, porque entregues à apreciação do julgador, apreciação discricionária, mas dentro de um modelo legal, ou parâmetro.

A presença dessas circunstâncias num certo fato criminoso é de *apreciação obrigatória*, isto é, impõe-se ao juiz a sua apreciação e consideração quando da dosimetria da pena. Claro, em que pese inexistir na lei penal um *quantum* de aumento ou de diminuição. Ele é feito segundo a discricção do juiz. E seu agir discricionário que funciona, não o arbitrário. Mesmo discricionário, como todas as decisões há que ser fundamentado.

Arriscamo-nos a dizer que nas circunstâncias judiciais o legislador penal criou uma espécie de *cláusula geral*, um modelo aberto, que necessita de uma mediação concretizadora³² do juiz. Essa "cláusula geral" também está presente em outras legislações, como no Código Penal suíço e no italiano, bem como no brasileiro, quando, no artigo 59, arrola aqueles "modelos" dentro dos quais o juiz irá sopesar a pena.

As circunstâncias surgem, como diz Eduardo Correia, para adaptar a justa punição às particulares circunstâncias da criminalidade³³; talvez isso tenha ensejado a feliz manifestação de Asúa, quando disse que a graduação da culpabilidade é uma das conquistas da concepção normativa³⁴.

As circunstâncias legais, então, estão arroladas no Código Penal (arts. 61, 62 e 65), ora sendo agravantes (art. 61), ora atenuantes (art. 65); ora qualificadoras (art. 121, § 2.º), ora privilegiantes (art. 28, § 2.º), ora *inominadas* (art. 66). Elas sobrevivem também em leis especiais, como na Lei de Economia Popular, v.g. (art. 4.º, § 2.º,

³¹ FRAGOSO, *op. cit.*, p. 338.

³² V. LOBO, Paulo Luiz Neto. *Condições Gerais dos Contratos e Cláusulas abusivas*. Ed. Saraiva, 1991, p. 33.

³³ *Op. cit.*, p. 340.

³⁴ *Op. cit.*, p. 443.

Lei n.º 1.521/51) e no Código de Defesa do Consumidor, o que será objeto da pesquisa.

Dizem-se *agravantes*, porque agravam a situação do réu, quando presentes no fato delituoso. Agravam a pena imposta, mas não podem elevá-la além do máximo previsto abstratamente no tipo penal. Isso significa que se a pena máxima prevista para o crime, v.g., é de cinco anos de reclusão, não se pode impor (ou reconhecer) uma agravante legal e aplicar a pena de cinco anos e dois meses de reclusão.

Nos termos do artigo 68 do Código Penal elas são apreciadas, consideradas na segunda fase da aplicação da pena; *se elementares* ou componentes de outro crime, ou seja, criando um tipo autônomo elas não são tidas como agravantes, mas crime autônomo ou qualificadoras. São inerentes aos tipos dolosos unicamente, salvo a reincidência (Código Penal, art. 61, inciso I), todas as demais agravantes só incidem nos crimes dolosos e jamais nos culposos³⁵ ou nas contravenções³⁶.

Já as *atenuantes* são aquelas circunstâncias que sempre atenuam, diminuem a pena-base, ou no dizer de Mirabete, são dados objetivos ou subjetivos que levam à diminuição da reprimenda³⁷. Assim como as agravantes não podem elevar a pena acima do máximo, as atenuantes não podem diminuir a pena abaixo do mínimo³⁸ previsto abstratamente em lei, ou seja, elas não podem servir para a transposição dos limites mínimo e máximo da pena abstratamente cominada³⁹. Supondo que a pena mínima de um crime seja de dois anos de reclusão, a pena imposta, reconhecida uma atenuante, não pode chegar ao definitivo de um ano e cinco meses de reclusão pela atuação da atenuante.

As atenuantes também estão previstas na lei. No entanto, o Código Penal ainda refere uma *circunstância atenuante dita inominada*, criação da Lei n.º 7.209 de 1984, que é a possibilidade de o juiz reconhecer outra circunstância qualquer, não imaginada pela lei, relevante para ser apreciada no caso. Enfim, qualquer outra causa que beneficie, que atenuar a pena do réu chega-

da ao seu conhecimento no próprio feito onde atua.

Temos que, quando existe uma outra circunstância que possa ser considerada como atenuante inominada, o juiz não pode deixar de reconhecê-la, mesmo que o artigo 66, do Código Penal, diga: a pena poderá... Afinal, trata-se de um direito subjetivo do réu, que não pode ser negado pelo Estado-Juiz⁴⁰.

Pode ocorrer, também, de uma atenuante surgir como causa especial de diminuição de pena, como lembra Fayet⁴¹, a qual "atuará como tal e não como mera atenuante". Ex.: no homicídio privilegiado - artigo 121, §1.º -, "por motivo de relevante valor social ou moral" esse fato atuará como causa especial de diminuição e não como atenuante legal (art. 65, inciso III, letra a, do Código Penal).

D) Causas de aumento e de diminuição de pena

As causas de aumento e de diminuição de pena situam-se dentro das circunstâncias legais. Aquelas são chamadas de majorantes e estas de minorantes.

Identificam-se causas de aumento ou de diminuição, ou majorantes e minorantes, como diz Nelson Ferraz, "toda vez que o Código, sem se referir a meses e/ou anos dispõe que a pena deva ou possa ser aumentada ou diminuída em quantidade fixa (um sexto, um terço, metade, dobro etc.), ou dentro de determinados limites variáveis (um sexto até metade, um a dois terços), está-se diante de uma causa especial"⁴².

São fatores de acréscimo ou redução da pena, diz Delmanto, assinalados em quantidades fixas (dobro, metade, etc.) ou em limites (um a dois terços) previstos na Parte Geral ou Especial do Código Penal⁴³.

Também dentro daquelas se situam as denominadas *qualificadoras*, aliás, as causas de aumento e de diminuição de pena também são *qualificadoras*, mas, como diz Mirabete, num sentido amplo⁴⁴.

Ocorre que a qualificadora é, podemos dizer, filha da agravante legal que se uniu ao tipo

³⁵ V. DELMANTO, Celso. *Código Penal Comentado*. Ed. Renovar. 1991, p. 97.

³⁶ *Revista dos Tribunais* n.º 590/354.

³⁷ *Op. cit.*, p. 298.

³⁸ REsp. 49.500-8, rel. Ministro Assis Toledo, j. 29.6.94, v.u., DJU - 15.8.94, p. 20.346.

³⁹ MIRABETE, *op. cit.*, p. 303.

⁴⁰ No mesmo sentido: v. DELMANTO, *op. cit.*, p. 109.

⁴¹ *Op. cit.*, p. 196.

⁴² In *Dosimetria da Pena*. Florianópolis. 1982, p. 14.

⁴³ *Op. cit.*, p. 110.

⁴⁴ *Op. cit.*, p. 283.

penal básico ou fundamental. Aí surge aquela, o denominado tipo qualificado, daí se dizer que é uma qualificadora.

Outra das diferenças entre qualificadora e causa de aumento de pena é a de que naquela há indicação expressa do máximo e do mínimo da pena e nesta simplesmente existem os limites já vistos.

Como ensina Ney Fayet, não se confundem as majorantes com as agravantes, pois nestas o *quantum* do aumento da pena fica ao prudente arbítrio do juiz e aquelas sempre trazem de forma expressa a quantidade fixa ou variável que deverá operar sobre a pena para torná-la definitiva⁴⁵. Tampouco é de se confundir qualificadora com agravante, o que implica ato de constrangimento sanável pelo *habeas corpus*, pois isso contraria o princípio do *non bis in idem*, "valendo notar que a primeira ganha contornos de verdadeiro tipo penal, dito qualificado, no que estabelecidos os limites mínimo e máximo da pena"⁴⁶.

É de se notar, ademais, que as causas em questão permitem a redução abaixo do mínimo e o aumento acima do máximo da pena prevista em lei, mas o juiz não pode reconhecer a causa especial de aumento se ela não estiver descrita na denúncia, implícita ou explicitamente (RT-577/641).

3. As agravantes no Código de Defesa do Consumidor - art. 76

A Lei n.º 8.078, de 9.9.90, denominada de Código de Defesa do Consumidor, ou CDC, ou CoDeCon, trouxe normas de Direito Civil, Processo Civil, Direito Penal Econômico e Processo Penal. Mas também trouxe matéria relativa ao Direito Administrativo, embora este seja "uma das cidadelas que mais têm procurado resistir à aceitação do Direito Econômico", como ensina Washington Peluso Albino de Oliveira⁴⁷, bem como normas de Direito Comercial.

Nossa pesquisa localiza-se na seara do Direito Penal Econômico, insurgindo-se, às vezes, na área de Processo Penal, uma vez que as circunstâncias são daqueles temas híbridos, pois de Direito Penal interligado com a imposição, consideração e cálculo da pena na senten-

ça, esta como tema essencialmente de processo.

É sabido que certas práticas econômicas podem ter "o caráter de crime ou de contravenção"⁴⁸ e por isso o Código de Defesa do Consumidor, como microsistema⁴⁹ que é, definiu crimes contra as relações de consumo, objeto material primordial daquela legislação.

Considerou o legislador que aqueles crimes poderiam ter suas penas agravadas, aumentadas no seu *quantum*, desde que ocorrentes determinadas situações acidentais, mas presentes no fato delituoso. Daí por que no Título II, do CDC, definidas as infrações penais, o legislador assim dispôs:

"Art. 76. São circunstâncias agravantes dos crimes tipificados neste Código:

I - serem cometidos em época de grave crise econômica ou por ocasião de calamidade;

II - ocasionarem grave dano individual ou coletivo;

III - dissimular-se a natureza ilícita do procedimento;

IV - quando cometidos:

a) por servidor público, ou por pessoa cuja condição econômico-social seja manifestamente superior à da vítima;

b) em detrimento de operário ou ruralista; de menor de 18 (dezoito) ou maior de 60 (sessenta) anos ou de pessoas portadoras de deficiência mental, interditas ou não;

V - serem praticados em operações que envolvam alimentos, medicamentos ou quaisquer outros produtos ou serviços essenciais."

A legislação penal do consumidor, no que diz respeito às agravantes, *praticamente copiou* aquelas agravantes previstas no artigo 4.º, § 2.º, da Lei de Economia Popular (Lei n.º 1.521, de 26.12.51), fazendo pequenas modificações de redação, às vezes adequando-a à modernidade de entendimento e às vezes repetindo seus equívocos. O fato é que só o tempo dirá se tais agravantes não se quedarão como aquelas, inertes e praticamente inaplicáveis.

Veja-se, v.g., quando da ocorrência do Plano Cruzado houve uma verdadeira cruzada de

⁴⁵ *Idem*, p. 51.

⁴⁵ *Op. cit.*, p. 210.

⁴⁶ HC n.º 71.500-5, 2ª Turma, rel. Ministro Marco Aurélio, STF, j. 30.8.94, v.u., DJU - 27.10.94, p. 29.163.

⁴⁷ In *Primeiras Linhas de Direito Econômico*, FBDE, MG, 1992, p. 33.

⁴⁹ JÚNIOR, Nelson Nery, In *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, Ed. Forense Universitária, 1991, p. 272.

fiscalização no Sul em busca de vítimas e réus. Inúmeros procedimentos baseados na Lei de Economia Popular foram instaurados. Denunciados, quando os réus não obtinham de imediato o trancamento da ação penal, sobrevinha a absolvição. E tudo isso pela desmoralização governamental federal, que pretendia encontrar no setor privado a *ratio* dos descabros do setor público.

O CDC, em vigência desde 1991, na parte relativa aos crimes contra as relações de consumo, tem sido pouco utilizado no RS, bastando ver-se que, até agora, nenhum precedente foi publicado na revista oficial de jurisprudência do Tribunal de Alçada (estamos consultando o n.º 89). Não se sabe se é pouca atuação da autoridade policial, do Ministério Público ou do Judiciário. Mas não é crível que em tal período não tenha ocorrido *nenhum* crime contra as relações de consumo (?).

Daí que nossa pretensão no estudo que se segue é a de analisar as agravantes previstas no CDC, uma a uma, propondo uma sistematização e analisando, criticamente, o que a moderna doutrina penal tem ensinado a tal respeito. Faremos, também, com que a pesquisa se interligue com as disposições da Lei de Economia Popular e com o Código Penal vigente, a fim de colaborar para a evolução (e aplicação) desse aparato legislativo.

A) *Agravantes legais x atenuantes*

Já no pórtico daquele dispositivo transcrito deparamo-nos com uma questão que tem sido pouco abordada pela doutrina, que diz respeito ao eventual confronto entre agravantes e atenuantes no CDC.

A parte penal de defesa do consumidor, como sabemos, não trouxe atenuantes, só as agravantes legais ali descritas taxativamente. Mas serão mesmo apenas taxativas ou em número fechado (*numerus clausus*) aquelas agravantes?

Será que aquelas agravantes, em determinado processo por crime contra as relações de consumo, devem ser analisadas isoladamente? Em outras palavras: será que o aplicador da lei penal do consumidor só pode considerar aquelas agravantes, desconsiderando qualquer análise de outras agravantes legais, especialmente aquelas do Código Penal?

E se porventura existirem outras agravantes, que não aquelas do CDC, poderá o julgador apreciá-las quando da dosimetria da pena?

E se coexistirem com as do CDC aquelas do Código Penal?

E com relação às atenuantes: será que estas em estando presentes no fato *sub judice* poderá o juiz apreciá-las, mesmo sabendo que o CDC não trouxe atenuantes legais? Mesmo sabendo que a legislação de Direito Penal Econômico caracteriza-se pelo rigor de suas normas?⁵⁰ E se existir circunstância atenuante inominada, pode o juiz reconhecê-la e diminuir a pena?

Tais questões, aparentemente simples, ficaram dispersas ante a posição de parte da doutrina e até pela redação do *caput* do artigo 76, CDC, quando disse que as agravantes ali arroladas "são circunstâncias agravantes dos crimes tipificados neste Código", o que leva a crer que somente se aplicam aos crimes contra as relações de consumo daquelas agravantes do artigo 76. É de se ver a discussão.

O Desembargador Tupinambá Castro do Nascimento, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, *v.g.*, disse que quando da aplicação da pena em crime contra o consumidor, o juiz deve verificar a existência das agravantes e atenuantes do Código Penal, assim:

"Inicialmente, a aplicação de uma pena-base considerando as circunstâncias judiciais referidas no artigo 59 do Código Penal. Na segunda fase, atuam as circunstâncias agravantes e atenuantes previstas nos artigos 61, 62 e 65 do Código Penal e, *de forma especial, as circunstâncias agravantes indicadas no artigo 76 do Código do Consumidor*"⁵¹.

Não ficou sozinho, porque Paulo José da Costa Júnior também sentenciou:

"... têm aplicação, igualmente, aos fatos regidos pela presente lei, afora as agravantes aqui enumeradas, as demais circunstâncias agravantes constantes do artigo 61 do Código Penal, que possam ser articuladas nas infrações penais contra o consumidor"⁵².

No mesmo sentido, o Juiz Federal Francisco Cavalcanti, *verbis*:

"...ao lado dessas agravantes espe-

⁵⁰ V. BENJAMIN, Antonio Herman. V. In *O Direito penal do consumidor*. Capítulo do Direito Penal Econômico. RDC - 1/107.

⁵¹ In *Comentários ao Código do Consumidor*, AIDE, 1991, p. 156.

⁵² In *Comentários ao Código de Proteção do Consumidor*. Ed. Saraiva, 1991, p. 256.

cíficas, podem ocorrer as genéricas, previstas nos incisos I e II do artigo 61 e incisos I a IV do artigo 62 do Código Penal”⁵³.

Porém, o Ministro Cernicchiaro, comentando o dispositivo em análise, referiu que, fixada a pena-base, o juiz

“... ponderará as circunstâncias do artigo 76 do Código do Consumidor. Nesta etapa, vinculado ao *numerus clausus* não poderá, para esse efeito, considerar qualquer outra circunstância”⁵⁴.

Justificou sua posição dizendo que não se aplicariam as agravantes em face do princípio *nullum crimen, nulla poena sine lege* e aplicar-se-iam as atenuantes porque “é sempre favorável ao réu”⁵⁵.

Embora cientes de que a criminalidade econômica, da qual é espécie a defesa do consumidor, deva sofrer tratamentos penais e processuais próprios, como bem disse a Professora Márcia D. Lima de Carvalho, em excelente trabalho⁵⁶, na espécie é de se ter em conta o norte afirmado pela própria legislação penal do consumidor.

De imediato, devemos ponderar que somos contrários ao afastamento puro e simples da análise de outras agravantes, especialmente aquelas do Código Penal, por vários motivos.

Primeiro, como se disse, porque o CDC é um microsistema e deve ser analisado em suas normas, que lhe são próprias e especiais, portanto, extravagantes. É de se notar que a legislação geral aplica-se quando a especial é omissa. Assim, para o CDC, afirma-se o artigo 61, quando dispôs que as normas penais do CDC aplicam-se sem prejuízo do disposto no Código Penal. Dita norma repetiu, aliás, aquela do artigo 12, do Código Penal, isto é, há uma nítida interligação entre o CDC e o Código Penal.

Segundo, porque em sendo característica do Direito Penal Econômico o rigor, “cuidando de relações de grande repercussão social e econômica”, como disse Benjamin⁵⁷, não tem sentido aquela compreensão de fechamento, que

⁵³ In *Comentários ao Código de Proteção e Defesa do Consumidor*, Del Rey ed., 1991, p.158.

⁵⁴ In *Comentários ao Código do Consumidor*, Ed. Forense, 1992, p. 303.

⁵⁵ *Op. cit.*, p. 303.

⁵⁶ In *Fundamentação Constitucional do Direito Penal*, ed. Fabris, P. Alegre, 1992, p.164.

⁵⁷ *Op. cit.*, p. 107.

simplesmente afasta tal característica.

Terceiro, porque estamos falando de circunstâncias e não de elementares, sendo que a estas aplicar-se-ia tranquilamente o princípio do *nullum crimen* e não àquelas. Ademais, nem é caso deste, uma vez que as agravantes legais existem em ambos os diplomas. O único instituto a considerar-se aqui é o do concurso aparente de normas penais e não aquele princípio.

Por outro lado, sabedor o legislador da existência do rol daquelas agravantes do Código Penal a elas não se referiu, implícita ou expressamente, quer as adotando, quer as afastando. Então, não há por que afastá-las, quando existe dispositivo penal que permite considerá-las (art. 61, CDC).

Já à redação daquele *caput* podemos dizer que se trata de mais um defeito de técnica legislativa, o que não é bem comum nessa lei penal. Afinal, o legislador poderia ter “copiado” ali no particular também a Lei de Economia Popular, com o que causaria menos danos.

Finalmente, é de se considerar a prática da instrução e julgamento.

Suponhamos o caso da reincidência, que é agravante do artigo 61, inciso I, do Código Penal. Então, certo fornecedor reincidente em crime contra as relações de consumo acabaria fazendo escola, pois, aplicada aquela lição, tal pena jamais seria aumentada em razão dessa agravante. Isso, na certa, incentiva o ilícito e desmoraliza o sistema (ainda mais).

Com relação às atenuantes, igualmente, devem ser sopesadas, inclusive as inominadas. Não só porque beneficiam o réu devem ser ponderadas, mas porque estão inseridas no sistema de aplicação da pena e devem ser consideradas por força do artigo 61, CDC. Aliás, não tem sentido apreciar-se apenas circunstâncias atenuantes para réus de crimes contra as relações de consumo e afastar-se as agravantes, principalmente porque esse tipo de réu até se torna extremamente perigoso em face dos inúmeros delitos que pode cometer.

Afinal, se é para se afastar a apreciação das agravantes do Código Penal então se afastaria até o concurso de crimes, uma vez que estes também pioram e agravam a pena do réu. Daí por que, s.m.j., todas as agravantes devem ser apreciadas.

B) *Agravantes legais quanto ao tempo do crime contra as relações de consumo*

Dizemos que assim se denominam as agra-

vantes do inciso I, do artigo 76, *verbis*:

“Art. 76. São circunstâncias agravantes dos crimes tipificados neste Código:

I – serem cometidos em época de grave crise econômica ou por ocasião de calamidade.”

São duas agravantes que se referem ao tempo, à época do cometimento do crime contra o consumidor, ou seja, deve ser considerado o exato momento em que ocorreu o ilícito penal, devidamente localizado no calendário.

Para uns são agravantes relativamente ao momento; para outros é ao tempo ou à época. Como quer sejam analisadas é isso que conta.

O Código Penal não tem agravante no sentido da primeira parte do inciso, mas se refere, no entanto, à agravante da calamidade pública (art. 61, inciso II, letra f).

A Lei n.º 1.521 de 1951 (Lei de Economia Popular – LEP) referiu-se à agravante para o crime “ser cometido em época de grave crise econômica” (art. 4.º, § 2.º, inciso I).

Exige a lei, então, que haja *crise econômica*. Mas (para nossa desgraça) exige que a *crise seja grave*, como se pudesse existir “crise” boa ou ruim, leve, levíssima ou gravíssima.

A crise, em se tratando de crimes contra o consumidor, é sempre grave. Mesmo que não traga a expressão. Basta verificarmos que uma crise, sob a ótica do juiz, pode ser taxada de leve, ou desimportante. Mas sob o prisma de visão daquele consumidor que padece, que sofre na própria realidade a crise, ela é sempre grave.

Veja-se o caso, *v.g.*, do mercado de cimento. Para quem não está envolvido com o mercado da construção civil, ou no comércio de construções, essa crise até pode passar “por ouvir dizer”. Desapareceu o cimento e pronto. O cidadão diz: “Não estou construindo. Tenho casa própria. Sou liberal. O que me interessam uns sacos de cimento?”. Aquele típico individualista já conhecido. Agora, pode-se dizer que para aquele que sobrevive da *revenda do cimento*, ou para um pedreiro ou mestre de obras, que chegam a perder o emprego em face da crise do cimento, a *crise não existe e não é grave*? *Inexiste crise econômica? Pode-se dizer que a crise do cimento, só porque pouco afeta o liberal, não afeta a economia como um todo?*

Em existindo tal crise, para o julgador ou para a autoridade que preside o inquérito, ela até pode ser inofensiva. Mas para aqueles con-

sumidores potenciais do mercado existe uma crise séria, crise econômica, claro, pois, diretamente ligada à sobrevivência, ela é gravíssima.

Então, nossa conclusão é a de que em existindo crise ela é sempre grave, porque se, sob a ótica daquele que julga ela se apresenta simples, sob a visão daquele para o qual a lei dá a proteção penal – o consumidor – ela é sempre grave. Daí por que o legislador jamais deveria ter copiado a “grave crise econômica” de uma lei da década de 50, pois a crise que chega a afetar a própria sobrevivência da pessoa, a *dignidade do cidadão, afeta profundamente a economia e, data venia*, isso é muito grave. E desimporta que leve um adjetivo.

Daí por que não se pode generalizar, exigindo-se uma afetação sensível das relações econômicas⁵⁸, digna de nota, para se fazer incidir a agravante. Parece que, em havendo crise, isso basta para ser considerada “grave”, porque a crise não se confunde com a anormalidade.

Em economia, a crise é o ponto de transição entre uma época de prosperidade e outra de depressão, ou vice-versa, como explica Aurélio de Holanda Ferreira. A crise econômica é uma perturbação da vida econômica, atribuída pela economia clássica a um desequilíbrio entre produção e consumo, localizado em setores isolados da produção, como ensina Paulo Sandroni⁵⁹.

A utilização do termo “grave” até está em desuso em matéria econômica, falando-se em crise “séria”, sendo que as teorias mais modernas denominam essa fase como “depressão”⁶⁰. Ademais, aquele adjetivo nem é classificação de crise, pois parece indicar a existência de, como já disse, crise simples, leve ou levíssima, como se estivéssemos frente a uma lesão corporal.

Ora, se o legislador quisesse agravar a crise econômica teria dito logo “depressão”, que é mais adequada tecnicamente. Então, sem razão o copiar.

Para finalizar, é de se referir que na apreciação dessa agravante pode haver juízes que reconheçam a existência de crise econômica e outros não, o que torna a agravante mais incerta em sua aplicação. O Ministério Público deve fazer prova da crise, seja documental ou testemunhal; aquela por declarações de autoridades

⁵⁸ V. CERNICCHIARO, *op. cit.*, p. 304.

⁵⁹ In *Dicionário de Economia*, Ed. Best Seller, 1989, p.73.

⁶⁰ *Idem*, *op. cit.*, p.73.

do setor, corporações, sindicatos.

Fala a lei penal do consumidor em calamidade.

Houve um aprimoramento da técnica, aqui, relativamente ao Código Penal.

Temos entendido que a lei penal do consumidor, quando praticamente copiou a primeira parte do inciso I, da LEP, não foi muito feliz, porque deveria ter aprimorado a técnica, assim como fez com a palavra "calamidade" que vinha do Código Penal com o adendo "pública".

A lei penal do consumidor, claro, foi correta quando retirou a expressão "pública", porque calamidade privada só é desgraça pessoal, infortúnio. Para isso o próprio Código Penal disse "desgraça particular do ofendido" (art. 61, inciso II, letra j).

Calamidade está ligada ora a fatos da natureza, ora a fatos humanos. Entende-se assim aquelas situações especiais, sejam de ordem climática ou não, que mudam sobremaneira a ordem e a paz públicas. É o infortúnio público. Há mudança na ordem pública, encucudendo-se que esta se insere na ordem jurídica, como diz o Professor Eros Roberto Grau⁶¹.

O próprio Código Penal a exemplifica mencionando o incêndio, o naufrágio, a inundação, às quais podemos acrescentar as guerras, revoluções, maremotos, vendavais, furacões, epidemias, terremotos, chuvas torrenciais e contínuas, inundações e enchentes, enfim, situações que propiciam aos agentes a prática de crimes contra o consumidor.

Tais situações, como ensina Cernicchiaro,

"... diminuem a capacidade de resistência da vítima e o delinqüente, como abutre, se prevalece da situação, encontra mais facilidade para praticar o delito"⁶².

Claro, essas verdadeiras desgraças públicas fazem com que as autoridades em geral, especialmente aquelas encarregadas de fiscalizar os delitos contra o consumidor, voltem sua atenção para os fatos em si, com isso diminuindo a fiscalização e tornando mais fácil a atuação do criminoso.

Como se viu pelo rol de exemplos, naquelas situações pode existir ou não a mão do homem, como agente deflagrador da calamidade. Não importa. Há calamidades, até, que podem ser

ocasionadas ora pela mão do homem, ora pela natureza. Veja-se o caso de um incêndio criminoso e outro causado pela queda de um raio. Também não importa, i.é., basta presente a situação de calamidade.

Não é de confundi-la com a desgraça particular, ou seja, com aquelas verdadeiras "calamidades", tomado o termo em sentido amplo, que se abatem sobre o indivíduo. É que essas situações, no atinente aos crimes contra o consumidor, estão em outra agravante do Código Penal ou da lei penal do consumidor, mas jamais na que é aqui apreciada. Na lei penal do consumidor se fala de calamidade e não em desgraça particular, como diz o Código Penal.

A rigor, a adoção dessa agravante legal era desnecessária, ante a previsão expressa do Código Penal⁶³.

Diz a lei que é por ocasião de calamidade — o que se entende é que a situação deve estar ocorrendo — ou ainda no momento em que se fazem surgir os seus efeitos. A agravante, claro, abrange o que está por vir e inclui a cessação da calamidade.

Explica-se.

Veja-se o caso de início de calamidade, ou naquele em que existe previsão de sua ocorrência. Em ambos o agente se prevalece da situação ocorrente ou prestes a ocorrer para a prática de crime contra o consumidor. Veja-se que, cessada a calamidade, v.g., cessado o vendaval, o incêndio, as chuvas torrenciais, ainda persistem seus efeitos que devem ser considerados para a agravante. Exatamente porque o mercado de consumo não está regulado e as autoridades ainda encontram-se enfraquecidas no tocante à fiscalização.

É natural que a agravante seja apreciada com relação ao tempo, isto é, não interessa que a sentença surja quando já normalizado o mercado de consumo, ou que o inquérito finde algum tempo depois, a agravante deve ser afirmada pelo Ministério Público.

C) *Agravantes legais quanto aos efeitos do crime contra o consumidor.*

Dizemos que são agravantes quanto aos efeitos aquelas ligadas diretamente com o resultado do crime, ou seja, são circunstâncias nas quais aquilo que resulta do fato delituoso é por demais relevante e deve ser considerado como causa de agravamento da pena.

⁶¹ In *A ordem Econômica na Constituição de 1988*. RT, p. 63.

⁶² *Op. cit.*, p. 305.

⁶³ COSTA JÚNIOR, Paulo, v.g., diz ter ocorrido o *ne bis in idem*. *Op. cit.*, p. 256.

Assim dispõe o inciso II do artigo 76, CDC:

“Art. 76 (omissis) I – (omissis) II – ocasionarem grave dano individual ou coletivo.”

Então, quando o crime ocasionar um dano individual, ou coletivo, que deve ser grave, aumenta-se a pena imposta.

O Código Penal não trouxe agravante similar, mas a Lei de Economia Popular dispôs como agravante o fato de o crime ocasionar grave dano individual (art. 4.º, § 2.º, inciso II).

Os crimes contra as relações de consumo, via de regra, são crimes sem resultado naturalístico, afinal, tratamos de crimes formais, de mera conduta, omissivos em sua maioria. Então, despidendo o resultado, pois, os tipos penais de proteção ao consumidor, como regra e em razão da presunção de perigo que carregam, não exigem, para sua consumação, a realização de qualquer dano físico, mental ou econômico ao indivíduo-consumidor⁶⁴.

Daí que, quando a lei considerou essa agravante teve em mira, basicamente, o resultado naturalístico, o dano. Assim, não podemos deixar de criticar o dispositivo.

Ora, se os crimes omissivos são de mera conduta, como ensinou Manoel Pedro Pimentel⁶⁵ o resultado, além do agravamento, pode (e deve quando for o caso) ser analisado como tipo penal autônomo e isso dá em concurso de crimes, s.m.j. e não em agravante.

Veja-se o caso de crime contra o consumidor de que resulte lesão corporal. Aí, deixaria de analisar o tipo autônomo – lesão dolosa ou culposa – para se aplicar uma agravante? Isso contraria o sistema geral de circunstâncias.

O caso do dano patrimonial causado em matéria-prima ou mercadoria pode configurar o artigo 7.º, inciso VIII, da Lei n.º 8.137 de 1990 ou, sendo contra o próprio consumidor, o crime de dano do artigo 163 do Código Penal, delito autônomo, mas jamais a agravante.

Não se há de confundir a existência de dano patrimonial, para aplicar a agravante com o dano físico, pessoal, pois aquele parece ter sido a intenção da norma.

Paulo da Costa Júnior defende que o dano aqui tratado é aquele de natureza patrimonial, dizendo que, segundo a quantificação do dano, poderá agravar-se a pena⁶⁶.

⁶⁴ V. BENJAMIN, *op. cit.*, p. 112.

⁶⁵ In “Aspectos Penais do Código de Defesa do Consumidor”, *RT* – 661/251.

⁶⁶ *Op. cit.*, p. 256.

Ora, se é de considerar-se o dano patrimonial somente, como vamos administrar a questão da agravante com o crime de dano previsto no Código Penal?

Por outra, se o crime de dano é de ação penal privada (art. 167, Código Penal) e aqui tratamos de agravantes legais, em crimes de ação penal pública incondicionada, nesta se deve aplicar a agravante sem consideração à vontade do ofendido, como se faria naquela. Como, então, conciliar tais sistemas?

Argumentando, ainda, suponhamos que o juiz, considerada a existência de grave dano patrimonial, aplique a agravante. A vítima, o ofendido, porque houve dano ao seu patrimônio, move ação penal privada com base no Código Penal. Então, poderia o acusado ser duplamente condenado pelo mesmo fato, que ora é considerado como agravante, ora como crime autônomo? Óbvio que não. Então, parece-nos que o dano aqui considerado tende a ser físico, pessoal, por isso que a lei se referiu a “dano individual”, ou seja, do indivíduo, da pessoa. Jamais do seu patrimônio. E então, voltamos ao ponto de partida: se há dano físico, o caso é de concurso, jamais de agravante. Daí o lamentável equívoco do legislador.

Há mais. A questão do dano patrimonial já tinha sido abordada pelo CDC em dois dispositivos anteriores àquele ora tratado: arts. 15 e 57, *caput*.

O dano de âmbito nacional, *v.g.*, vinha considerado para fins administrativos, quando da cobrança de pena de multa (art. 57, CDC), sendo que aí o legislador havia deixado ao critério da autoridade, observado o procedimento legal. Todavia, essa questão perdeu a importância, uma vez que o artigo 1.º, da Lei n.º 8.656, de 21.5.93, afastou a exigência de dano patrimonial nacional dando nova redação ao artigo 57.

Igualmente, o artigo 15 do CDC, que fazia alusão a dano irreparável ao consumidor, teve sua redação vetada. Isso significa que se o legislador fez vistas largas à extensão do dano patrimonial para fins civis e administrativos, não poderia tê-lo considerado somente para fins penais, afinal, é de sistema que se trata.

Refere a lei que o dano, admitindo-se fosse a agravante escorreita, deve ser individual e grave. Considerar o dano grave foi outro equívoco, não exatamente pelas razões já expendidas ao inciso anterior, mas pela mesma razão sociológica.

Ocorre que estamos diante de crimes contra

o consumidor, ou seja, crimes de mera conduta, de perigo abstrato, onde não se sabe exatamente o número de vítimas, porque também difusamente considerados.

Explico. Se o crime origina um dano "leve" relativamente a *um* consumidor, com o que, em tese, não se aplicaria a agravante, ele é muito grave quando diz respeito a *uma pluralidade* de consumidores. Afinal, é assaz difícil considerar o número de ofendidos em determinados crimes contra o consumidor. Daí está a gravidade de naquilo que, em tese, era dano "leve". Dizemos, então, que certos crimes contra as relações de consumo são sempre graves e sempre trazem graves danos aos consumidores, porque não se sabe, com certeza, a extensão do dano a ser considerado, exatamente pela desnecessidade de um resultado.

Aliás, como já advertira Benjamin:

"... o infrator econômico prefere atentar contra a ordem pública através dos chamados crimes do colarinho branco, praticando-os aos milhares, convicto de que nada lhe acontecerá"⁶⁷.

Assim, não foi feliz a agravante, que até é de duvidosa aplicação, não só porque proporcional a um concurso de crimes em agravante (7), mas porque mistura ação penal incondicionada com ação penal privada.

Diz-se, ainda, que o dano pode ser coletivo.

Assim como ao dano individual, nesse aspecto, a agravante parece se referir à coletividade de consumidores, ao seu número. Mas se já dizíamos que relativamente ao dano individual existe gravidade, imagine-se a uma coletividade de consumidores...

Não se pode entender que aqui o legislador tenha se referido a interesses coletivos, que são uma categoria intermediária entre o interesse público e o interesse privado, como ensina Mazzilli. São aqueles referentes a toda uma categoria de pessoas, sendo interesses metaindividuais, "porque atingem grupos de pessoas que têm algo em comum"⁶⁸.

Tais interesses compreendem uma categoria determinada, ou determinável de pessoas. São aqueles interesses coletivos em sentido estrito, previstos ali mesmo no CDC, artigo 81, parágrafo único, inciso II.

⁶⁷ In *A repressão penal aos desvios de marketing*, RDCon - 4/95.

⁶⁸ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*, RT, 1991, p.18.

Se relacionarmos essa agravante com os interesses coletivos, incidimos em equívoco, porque o coletivo, aqui, está relativamente ao dano físico causado em grupos de consumidores e não aos interesses coletivos em si considerados, como já se disse.

E aqui acontece outro problema, pois se existe dano causado a uma coletividade de pessoas, identificáveis, o caso é de concurso de crimes e não de agravante. Alguns autores passaram ao largo desse exame. Então, lamentável a agravante, porque se o crime é contra as relações de consumo, contra os consumidores, sempre se supõe um dano coletivo e, pela amplitude, grave. Então, sempre incidiria a agravante analisada? Isso, aliás, também reforça a evidência de que a agravante não está ligada a danos patrimoniais e se estiver a pessoais, está mal dirigida.

Outra dúvida que pode causar tal inciso é se na aplicação da agravante devemos considerar o número de vítimas identificáveis ou só as identificadas no processo penal que se julga. Em outras palavras: basta que o *parquet* diga que houve dano causado a uma coletividade, ou deve fazer prova de número sensível de prejudicados? Se o Ministério Público não provar o dano coletivo, voltaríamos à Idade Média com a presunção de culpa; se o *parquet* quiser provar, isso praticamente inviabiliza a agravante.

Arriscamo-nos a dizer que o Ministério Público deve tentar trazer a juízo um número razoável de consumidores ofendidos, caso quiser fazer incidir a agravante. Como quer que seja, era melhor que tal inciso inexistisse.

D) *Agravantes legais quanto ao modo de execução do crime contra o consumidor*

Dizemos que a agravante respeita ao modo de execução, porque nela se encontra particular aspecto do proceder íntimo, interior, do agente ativo, o qual, ao praticar o crime, exterioriza sobremodo a sua torpeza.

E assim que dispõe o inciso III do artigo 76, *verbis*:

"Art. 76. (*omissis*)

I - (*omissis*)

II - (*omissis*)

III - dissimular-se a natureza ilícita do procedimento."

Como se sabe, o CDC valoriza aquilo que nosso saudoso mestre Clóvis Veríssimo do Couto e Silva, quando se referiu à boa-fé, cha-

mava de *mandamento de consideração*⁶⁹, ou seja, o interesse conferido a cada participante da relação jurídica, encontra sua fronteira nos interesses do outro figurante, dignos de serem protegidos.

As partes da relação jurídica de consumo devem agir dentro da boa-fé, com interesses a serem protegidos. O consumidor, porém, que é parte manifestamente fraca da relação, merece uma maior proteção.

O Código Penal se refere à *dissimulação* como um dos recursos que pode dificultar ou tornar impossível a defesa do ofendido (art. 61, inciso II, letra c).

A Lei de Economia Popular se refere à agravante como dissimulação da natureza usurária do contrato, no inciso III, do § 2.º, artigo 4.º. Como se vê, a lei penal do consumidor apenas "adaptou" essa agravante e não foi muito feliz, como veremos.

É de se ressaltar que o legislador se utilizou de termo técnico, da linguagem processual (procedimento), para um sentido vulgar, o que bem poderia ter sido evitado.

Diz-se, então, que se o agente "dissimula" a natureza ilícita do seu procedimento incide-lhe a agravante.

A dissimulação, como ensina Damásio de Jesus, é o escondimento da vontade ilícita para apanhar o ofendido desprevenido. Admite o emprego do disfarce ou outra forma destinada a apanhar a vítima indefesa⁷⁰.

É ocultar a realidade, sendo que nela se compreende também a *simulação*⁷¹, sua outra face.

Através da dissimulação o fornecedor esconde sua insídia e por isso demonstra a gravidade com que atua para lesar ou enganar o consumidor. É preciso que a vítima não suspeite da real intenção do fornecedor, pois se souber do seu fingimento a agravante não incide.

A palavra dissimulação vem do latim *dissimulatio, dissimulare*, a qual, é mais propriamente indicada como ocultação⁷². É mais utilizada no Direito Tributário, onde se liga às dissimulações nas declarações de Imposto de Renda. Ela significa estratagema, traição, infidelidade, ma-

quinação maliciosa, como diz Ulderico Pires dos Santos⁷³.

Refere-se, ainda, o inciso em comento, à "natureza" dessa dissimulação, que deve ser *ilícita*. Dissimulação lícita, realmente, é bem raro de ocorrer, pois, se o fornecedor dissimula, esconde; aí, à evidência, não está sendo sincero e com isso descumpre seu dever de informar ao consumidor. Então, se o fornecedor dissimula na relação de consumo já está com um proceder irrito, ilícito. Daí por que despiendo a referência à ilicitude da natureza do procedimento.

Embora a desnecessidade da agravante, porque já prevista no Código Penal a dissimulação⁷⁴, é bem comum o cometimento de crimes contra o consumidor com a presença dessa circunstância.

Observe-se o cuidado para não agravar a pena quando a agravante já perfaz um tipo autônomo.

Veja-se o caso de fornecedor que com um gesto de dedos, o tradicional "positivo", v.g., faz com que certo consumidor adquira produto *nocivo à saúde*. Houve uma dissimulação, um escondimento pelo fornecedor de que o produto é nocivo à saúde do consumidor. Mas aí já existe um crime autônomo, de *marketing*, pois foi omitida informação relevante. Neste caso a agravante não se faz presente, porque elemento daquele crime⁷⁵.

A *dissimulatio*, efetivamente, demonstra toda a torpeza do agente ativo, o qual, não tem balizas decentes perante o consumidor. É um dos ramos da traição, parente da covardia e prima do estelionato.

É com a dissimulação que o fornecedor também viola o direito que tem o consumidor a uma informação adequada e clara sobre produtos e serviços (art. 6.º, inciso III, CDC), daí nossa *advertência anterior de não fazê-la incidir* naqueles crimes nos quais podem se tornar elementares (arts. 66 a 69, CDC).

Não se deve confundir-la, contudo, com a simulação, pois nesta existe a aparência, que é falsa; na dissimulação existe a ocultação; naquela existe um disfarce, um simulacro, uma imi-

⁶⁹ In *A Obrigação como Processo*. José Bushatsky editor, 1976, p. 30.

⁷⁰ In *Código Penal Anotado*. Ed. Saraiva, 1989, p. 152.

⁷¹ V. Ministro CERNICCHIARO, *op. cit.*, p. 305.

⁷² SILVA, de Plácido C., *op. cit.*, p. 550.

⁷³ In *Teoria e Prática do Código de Proteção do Consumidor*, Ed. Paumape, 1992, p. 160.

⁷⁴ No mesmo sentido: COSTA JÚNIOR, Paulo, *op. cit.*, p. 257.

⁷⁵ No mesmo sentido: CERNICCHIARO, *op. cit.*, p. 306.

tação, enfim, um fingimento; nesta existe um "acobertamento da verdade"⁷⁶

O claro exemplo trazido pelo Ministro Cernicchiaro não deixa dúvidas: Há simulação quando se apresenta objeto de latão afirmando ser de bronze. Há dissimulação quando o objeto de bronze é apresentado como latão⁷⁷.

Já se disse que não foi feliz o legislador quando se utilizou da expressão *procedimento* no sentido comum de comportamento, de proceder-se perante alguém de alguma forma. É este o sentido do texto, pois o agente esconde que está com "segundas intenções" frente ao consumidor, pronto para enganá-lo (quicá enganá-lo).

E) *Agravantes legais quanto aos agentes dos crimes contra o consumidor*

Diz-se que são agravantes quanto aos agentes porque se leva em consideração a circunstância no que respeita aos pólos ativo e passivo da relação de consumo, isto é, fornecedor e consumidor. Valoriza-se, portanto, a condição pessoal dos sujeitos da relação de consumo.

Já vimos em outro nosso estudo que não é sempre um fornecedor o sujeito ativo de crimes contra o consumidor⁷⁸ já existindo doutrina apontando a existência de diversos sujeitos passivos nesses crimes⁷⁹.

Contudo, nestas agravantes se consideram aqueles especiais aspectos inerentes aos mencionados agentes (ativo e passivo), ou seja, circunstâncias que refletem especial condição objetiva ou subjetiva, ora do criminoso, ora da vítima.

Assim dispõe o artigo 76, inciso IV, do CDC:

"Art. 76. (*omissis*)

(...) IV - quando cometidos:

a) por servidor público, ou por pessoa cuja condição econômico-social seja manifestamente superior à da vítima;

b) em detrimento de operário ou ruralista; de menor de 18 (dezoito) ou maior de 60 (sessenta) anos ou de pessoas portadoras de deficiência mental, interditadas ou não."

O Código Penal aludiu a vários conceitos dessa agravante, referindo-se a *funcionário público* (art. 327), ao *abuso de autoridade* ou

violação de dever inerente a cargo, ofício (art. 61, II, f); à criança, velho ou enfermo (*idem* letra h).

A Lei de Economia Popular - LEP - também se refere à agravante de seus crimes quando cometidos "por militar, funcionário público... por pessoa cuja condição econômico-social seja manifestamente superior à da vítima; em detrimento de operário ou de agricultor; de menor de 18 (dezoito) ou de deficiente mental, interditado ou não" (art. 4.º, § 2.º, inciso IV).

Como se vê a agravante da lei penal do consumidor fez algumas modificações (supressões) e praticamente aproveitou a da LEP.

Verifica-se aqui uma *divisio* na agravante, pois ora pode se referir ao agente ativo, ora ao agente passivo. É quanto ao agente ativo, quando for o crime praticado por servidor público ou por pessoa de condição econômico-social superior à da vítima; e quanto ao sujeito passivo quando o crime é praticado em detrimento de operário ou ruralista, menor de dezoito ou maior de sessenta anos, ou de deficientes mentais, interditados ou não.

No primeiro caso, agrava o crime o fato de ser praticado por *servidor público*.

A agravante comporta algumas observações.

A lei penal do consumidor atualiza, ao modelo constitucional (arts. 37 e ss.) a utilização da expressão *funcionário público* (da Carta anterior).

Os servidores públicos, com os agentes políticos, forma um dos grandes grupos de agentes estatais, como disse Celso Antonio Bandeira de Mello⁸⁰: todos aqueles que mantêm com o Poder Público relação de trabalho, de natureza profissional e caráter não eventual, sob vínculo de dependência.

Na expressão se utiliza daquela largueza vinda do Direito Penal, ou seja, eles são os funcionários públicos da Administração Direta ou Indireta; servidores de autarquias em geral; contratados pela legislação trabalhista e remanescentes dos antigos extranumerários.

Também no conceito se abarca a equiparação, isto é, aqueles que exercem cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, transitório ou não, bem como aqueles vinculados às entidades fundacionais instituídas pelo poder

⁷⁶ SILVA, de Mácido e, *op. cit.*, p. 1452.

⁷⁷ *Op. cit.*, p. 305.

⁷⁸ In *Revista do MPRS* - 30/174.

⁷⁹ V. JESUS, Damasio, *RT* - 696.

⁸⁰ In *Apostamentos sobre os agentes e órgãos públicos*. RT, 1981, p. 8.

público e aqueles que servem sociedades de economia mista ou empresas com a participação do capital federal, estadual ou municipal.

A expressão servidor público, aqui, é utilizada num sentido amplo, com o que se apreende a agravante do Código Penal, quando se refere àquele que pratica o crime com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo ou ofício. Óbvio que se o servidor público for a vítima não tem qualquer consequência, pois a agravante diz respeito ao agente ativo e não ao passivo.

É de se observar que nem sempre o servidor público ocupa um cargo público, no sentido administrativo do termo e nem sempre o fato de prestar um serviço público e só por ser um servidor público que incidirá na agravante.

Explicamos. Existem servidores públicos que estão apenas ocupando funções transitórias, funções ditas de confiança ou gratificadas. Mesmo assim são considerados para a agravante em questão. Daí que, em conclusão, não tem importância a forma de ingresso do servidor na função, isto é, não importa se prestou concurso público ou foi indicado. Também, não importa se o inquérito é concluído depois de o agente ter saído da função.

A lei não restringe ao regime de trabalho do servidor público. Tanto faz seja celetista ou estatutário, ou taballista, ou temporário. É aquela conceituação que nos apresenta Ivan Barbosa Rigolin: "servidor público é o cidadão vinculado à administração pública por um regime jurídico, seja ele qual for..."⁸¹

Já no que respeita à segunda observação, é de se notar que não basta ser servidor público e ter cometido um ilícito contra o consumidor, através de serviço público, para que haja a incidência da lei penal do consumidor e sua agravante.

Em excelente trabalho, o Professor Adalberto Pasqualotto discutiu a questão dos serviços públicos no Código de Defesa do Consumidor⁸², concluindo que não são abrangidos no CDC os serviços públicos próprios, prestados *uti universi* diretamente pelo Estado, mantidos pelos tributos gerais, porque falta-lhes, sob a ótica do Código do Consumidor, o requisito da remuneração específica.

Isso significa que o servidor público para

ver agravada sua pena deve estar naqueles serviços públicos impróprios, prestados direta ou indiretamente pelo Estado ou, ainda, por meio de concessão, autorização ou permissão ... porque remunerados pelo pagamento específico de taxas ou tarifas⁸³, ou preços públicos, acrescentaria para evitar polémica.

Não estendemos, porém, a expressão servidor público para abarcar os militares, porque estes têm legislação penal própria (Decreto-Lei n.º 1.001, de 21.10.69) e é difícil (pelo menos não nos ocorre) situação em que um servidor militar venha a praticar crime contra o consumidor sem que se trate de crime militar. Ademais, tem origem constitucional a divisão entre servidores públicos civis e militares (arts. 39 e 42, CF), sendo que nas funções diretamente ligadas ao mercado de consumo estão mais os servidores civis do que os militares. Todavia, não é de se descartar situação excepcional em que um militar esteja praticando crime contra o consumidor, sem que se trate de crime militar, onde se poderia incidir a agravante.

Aos servidores públicos que efetivamente cometerem crimes contra o consumidor a pena deve ser agravada. É que os servidores públicos detêm um *múnus* público, de onde decorre uma natural confiança do administrado naquele, o administrador. Em algumas pequenas cidades, um servidor público, de qualquer órgão estatal ou paraestatal, detém grande importância na comunidade, às vezes "autoridade", até por ser único representante do Estado no local; também porque mantendo a respeitabilidade do cargo, mas sempre porque é pública a função exercida. Daí a natural confiança que não deve ser rompida com facilidade. E se o for, justificada está a agravante.

Não se pode confundir, ainda, a agravante em análise com a majorante do artigo 327, § 2.º, do Código Penal, que não se aplica aos crimes contra o consumidor⁸⁴

Mas será que no conceito de servidor público se pode alargar para abranger jurados, requisitados pelo Estado para membro de mesa apuradora ou receptora de votos em período eleitoral?

Parece-nos que sim⁸⁵, pois não se pode dis-

⁸¹ In *O Servidor Público na Constituição de 1988*, Ed. Saraiva, 1989, p. 82.

⁸² V. *Revista do MPRS* - 26/81.

⁸³ *Op. cit.*, p. 97.

⁸⁴ Nesse sentido: Ministro CERNICCHIARO, *op. cit.*, p. 306.

⁸⁵ No mesmo sentido: COSTA Jr., Paulo José, *op. cit.*, p. 257.

sociar a pessoa de um jurado, v.g., daquela de prestador de serviços ou fornecedor íntegro, honesto e cumpridor dos deveres cívicos.

É que não entendemos como possa um fornecedor praticar crime contra o consumidor durante a noite e no dia seguinte ir julgar seus pares durante um júri. Qual a confiança que tal tipo de jurado pode inspirar? Isso é como um cidadão que se embriaga publicamente ser chamado como juiz para julgar crimes cometidos pelo efeito da bebida, ou contravenção penal de embriaguez. Isso é risível, para não dizer imoral.

Assim também os concessionários, os permissionários de serviços públicos, ou de obras públicas, pois, embora pessoas que prestam serviços ao poder público são particulares que cumprem uma função pública⁸⁶.

Também agrava a pena quando o sujeito ativo, o réu, o fornecedor, possuir condição econômico-social manifestamente superior à da vítima.

Condição, aqui, está no sentido de *status* econômico-pessoal, que obviamente repercute no plano social. Não se confunde nem com causa, nem com aquele acontecimento futuro e nem com "estado". Na verdade, retrata modo de ser, situação social ou profissional de uma pessoa⁸⁷.

Não se pode deixar de relacionar a agravante com a situação de "classes aquisitivas positivamente privilegiadas" de que nos falava Max Weber, que são "os comerciantes, armadores, empresários, industriais, empresários agrários, banqueiros e empresários financeiros e, em certas circunstâncias, profissionais liberais com capacidade ou formação especial e trabalhadores com qualidades monopólicas (próprias ou adquiridas)"⁸⁸.

Então, os agentes devem fazer parte de uma ou mais dessas classes para à aplicação da agravante.

A condição diz respeito ao econômico-social e não ao cultural, porque quando o agente se prevalece da *intelligentsia* para o cometimento do crime é de se verificar se não o pratica "dissimulando a natureza ilícita do procedimento", o que faria incidir o inciso III, do artigo 76 comentado.

⁸⁶ V. BANDEIRA DE MELLO, Celso A. In *Op. cit.*, p. 9.

⁸⁷ Ministro CERNICCHIARO, *op. cit.*, p. 307.

⁸⁸ In *Economia e Sociedade*, UNB, v. 1, 1991, p. 201.

Também deve ser de manifesta condição superior, ou seja, visível sem muito esforço. Claro, para incidir a agravante ela deve estar diretamente relacionada com a prática do crime, pois, do contrário, alguém teria sua pena agravada pelo simples fato de ser rico e aí a lei poderia fazer uma diferenciação e com isso violar o artigo 3.º, inciso IV, da Constituição Federal, que proíbe qualquer forma de discriminação. A pena só pode ser agravada se alguém se utilizar de sua riqueza para impor sua vontade ao consumidor, assim cometendo o crime.

O fato de a vítima ser manifestamente pobre nada significa para a agravante e nem a mera comparação, na espécie, entre um e outra (réu e vítima) pode aumentar a pena. Em outras palavras: não se agrava a pena porque a vítima é manifestamente pobre, pois aí se estaria no campo da *responsabilidade penal objetiva*, afastada de nosso direito penal positivo, como é sabido.

A condição social, sozinha, embora muitas vezes esteja ligada à ótima situação econômica, igualmente, pouco significa. Pode ocorrer de um fornecedor deter condição social proeminente, às vezes decorrência de laços familiares e não possuir também uma forte condição econômica, suficiente a atender a circunstância. A condição manifesta deve ser provada pelo Ministério Público e não se presume.

Também é de se atentar que a agravante exige uma vítima, para se cotejar a sua situação econômica com a do réu. Então, aqui se exige, estranhamente, que ao crime contra o consumidor tenha sobrevivido um resultado com uma vítima, o que se choca com a especial natureza de tais ilícitos, crimes de mera conduta em sua ampla maioria.

A comparação entre réu e vítima deve ser direta, isto é, se no caso concreto a vítima detiver condição econômico-social em igualdade com a do réu, inexistente a agravante. Nem a mínima diferença é relevante, eis que se exige seja "manifestamente superior" a condição em causa.

Agrava o crime contra o consumidor quando a vítima é operário ou ruralista. Aqui se considera a pessoa da vítima unicamente, daí dizer-se que tem relação com o pólo passivo da relação de consumo: o consumidor.

Operário é a pessoa simples, da cidade, geralmente entendido como o trabalhador assalariado. É tido como aquele que trabalha sob as ordens de outrem, que não executa serviço seu,

mas por conta alheia, recebendo um salário⁸⁹. Pode ser ou não o salário mínimo fixado pela União, até podendo perceber algo além daquele. Não desmpenha qualquer serviço público, embora muitos servidores públicos, infelizmente, até percebam abaixo do mínimo. A relação não é só salarial, mas também.

Não se inclui na agravante aquele que, mesmo humilde, trabalha por conta própria, que não é empregado de alguém, pois a agravante diz respeito ao simples operário, somente ao empregado, ao bóia-fria.

Tem-se dito que se o operário for pessoa de cultura e tiver padrão social muito bom, tal agravante inexistirá... já que o legislador visa proteger as pessoas desvalidas⁹⁰.

Isso deve ser entendido em termos, uma vez que só concordamos com a segunda parte da assertiva.

Primeiro, porque operário "com cultura" num país de imensa maioria de analfabetos, pessoas que assinam com dificuldade o próprio nome, realmente, é muito difícil. Isso para não dizer impossível se formos olhar para certas regiões do país. Não se é de confundir operário alfabetizado, onde incidiria a agravante, com operário com cultura, onde também ela incidiria. Coisas diversas, sabemos, alfabetização, cultura, situação econômica etc., mas aquelas não afastam a agravante, s.m.j., que não está ligada ao nível cultural ou social do operário.

Segundo, porque operário de padrão social muito bom numa sociedade, como a nossa, onde existe velada (às vezes explícita) discriminação social, é muito raro. Ao operário brasileiro, infelizmente, na maioria das vezes não é dado qualquer padrão social. O padrão social que se oferece é o mais simples possível, porque o padrão social elevado exige algo que o operário comumente não possui: o capital. Claro, quem tem condições econômicas tem elevado padrão social e não se enquadra como operário, quase sempre é patrão. E aí não incide a agravante em análise.

Não se descarta, porém, a vinda de operários do mundo desenvolvido, para trabalhar no país, na operação de máquinas importadas ou filiais de empresas. Cremos que a norma não se dirige à proteção de tais "operários", os quais

vêm ao país com padrão remuneratório e cultural de Primeiro Mundo. Daí por que concordamos que a norma visa a proteger os desvalidos somente.

O que pretendemos deixar claro é que não importa se o operário tem ou não a cultura ou o elevado, ou o simples padrão social. Para nós, pelo menos no que se verifica em regra geral, sendo operário basta, porque a própria expressão já identifica um tipo único de trabalhador assalariado.

A lei penal fez essa diferença, tanto que quando valorou a agravante no aspecto financeiro e social, ela adotou o critério de diferença quanto ao pólo ativo, ou seja, quanto ao autor do crime, na sua condição econômico-social manifestamente superior à da vítima, como já visto.

Rurícola é expressão ampla, isto é, diz respeito ao trabalhador rural, do campo, ao agricultor. É aquele humilde trabalhador do campo, da zona rural, que vive do campo e no campo, abrangendo, portanto, aqueles que trabalham nas ditas "lides campeiras", como o domador, o colono, o alambrador, o lavrador, o esquilador, enfim, todos os que têm suas atividades ligadas ao meio rural.

Não adotou o legislador a restrição que existe na Lei de Economia Popular: agricultor. São expressões que, parecidas, não se confundem, dada a amplitude de rurícola.

A expressão não deve englobar, porém, aquele empresário do meio rural, o ruralista, o fazendeiro, o estancieiro, os criadores de animais, enfim, consumidores que embora vivam no meio rurícola têm sólidas condições financeiras e o crime, muitas vezes, não se lhes repercute no bolso. Aqui, adota-se a similitude ao operário, antes vista.

Não é necessário, embora muitas vezes possa ocorrer, que o crime seja praticado no meio rural ou por ocasião de atividade rural (compra de agrotóxicos, v.g.). Pode acontecer de um rurícola vir à cidade e aí existir o fato criminoso, também acontecendo a agravante.

Claro, a situação de rurícola deve restar provada nos autos, com o que se exige, também, a presença de vítima em tais ilícitos. Mesmo que o produto ou o serviço sejam destinados só ao meio rural, porque entender diversamente significaria a responsabilidade objetiva.

Ademais, não é porque a vítima usa bombachas, botas e lenço maragato, que o juiz vá se

⁸⁹ SILVA, de Plácido e, *op. cit.*, p.1096.

⁹⁰ BARROS, Vianna E. In *Comentários ao Código de Proteção e Defesa do Consumidor*. Ed. Lumen Juris, 1991, p. 94.

deixar impressionar com tal "rurícola" e aplicar a agravante. Afinal, existe muito estelionatário por aí fantasiado e falando como gaúcho, que só conhece tanto como sinônimo de ponto marcado num jogo.

Também, relativamente ao sujeito passivo é que ocorre a agravante quando o crime é praticado em detrimento de menor de 18 (dezoito) ou maior de 60 (sessenta) anos adotando, nesse passo, o critério etário como relevante.

O Código Penal não se referiu expressamente à idade, mas adotou como agravante o fato de a vítima ser criança ou velho.

A Lei de Economia Popular - LEP - só se referiu à agravante quando a vítima for menor de 18 (dezoito) anos.

A agravante do CDC afastou-se, portanto, daquela polémica havida entre os penalistas com relação à idade da vítima, isto é, até qual idade se consideraria *criança*, ou mesmo qual o critério para apurar-se o conceito de *velho*.

Sabe-se, ainda há no Código Penal a discussão se *criança* é a de até 7 (sete) anos ou daí até aos 14 (quatorze) anos de idade, havendo decisões em ambos os sentidos. Hoje, com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente se pode entender criança apenas como sendo a pessoa até os 12 anos de idade (art. 2.º, Lei n.º 8.069, de 13.7.90).

Com relação a *velho* se discute qual o critério para assim ser considerada uma pessoa, identificados pelo menos quatro correntes, que vão do critério biológico ao cronológico. Mas esse debate, para o efeito dessa agravante, como disse o Ministro Cernicchiaro, é secundário⁹¹.

A lei penal do consumidor resolveu a questão adotando um critério puramente cronológico: menor de dezoito e maior de sessenta anos de idade. Não importa, portanto, se o menor ou o idoso tinham condições de defenderem-se ou não, bastando possuírem tais idades e que o criminoso disso tenha ciência, aliás, prevalecendo-se disso.

Dessa forma, com relação ao menor de dezoito anos, também não adotou a lei penal do consumidor a orientação do ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente), que praticamente dividiu os menores em crianças e adolescentes, na aplicação daquela lei. Para nós, assim, não faz diferença se é criança ou adolescente, bastando ser menor de 18 anos. Com isso, restaram fora do agravo aqueles menores entre 18 e 21

anos de idade.

Assim sendo, em que pese Paulo José da Costa Jr. dizer que a agravante se refere aos adolescentes tão-somente⁹², a verdade é que os adolescentes, na forma da lei, vão de 12 a 18 anos de idade e a agravante abrange também os menores de 12 anos. A agravante vai mais longe.

Sem dúvida que o inciso em comento afina-se com o denominado "menorismo", este visto como um movimento social em prol do menor, de base jurídica, centrado no atendimento judiciário, auxiliado pelos recursos das demais ciências humanas e biomédicas, com especial participação, legalmente prevista, da comunidade atuante⁹³.

A proteção a tais sujeitos (menores de 18 e maiores de 60) não implica que, eventualmente, possam estar "protegidos" por terceiros na ocasião da ocorrência do fato criminoso. Isso significa que mesmo que tais menores ou idosos estejam acompanhados, respectivamente, por pais, tutores ou filhos, noras ou genros, a agravante ocorre. Basta que o criminoso tenha pleno conhecimento de que está perante vítima menor ou idoso.

Claro, o criminoso pode alegar que desconhecia a idade da vítima, com o que, devidamente provado, não incidirá a agravante. Porém, é de se notar que se a Justiça é cega não o é o juiz; e assim como existem situações plenamente justificáveis, existem aquelas inaceitáveis diante do caso concreto, ou seja, menores e idosos que "está visto" que são e só podem ser menores de idade ou de idade superior a sessenta anos. Então, cumpre ao juiz fazer os olhos da justiça e aplicar a agravante.

O Ministério Público, por seu turno, deve ter o cuidado de tecer a agravante em sua peça acusatória, acostando a devida prova de idade que só se faz com a competente certidão de Registro Civil. Cremos que não se aplica na hipótese o fato de "não ter havido contestação sobre a idade da vítima", eis que de agravante se trata e ela deve penetrar não só na esfera do conhecimento do acusado, mas como concretude no mundo dos autos.

O crime, então, deve ser praticado prevalecendo-se o agente dessa inferioridade cronológica da vítima, com o que, relativamente ao me-

⁹² *Op. cit.*, p. 258.

⁹³ V. BARREIRA E BRAZIL. *O Direito do Menor na Nova Constituição*. Ed. Atlas, 1988, p. 13.

⁹¹ *Op. cit.*, p. 308.

nor, atende-se o dever de velar pela sua dignidade pondo-os a salvo de tratamento às vezes vexatório, às vezes constrangedor, em uma relação de consumo. Essa também a proteção a que visa o ECA (art. 18).

Observe-se, ainda, com relação aos menores, que a idade da vítima a ser considerada é aquela do dia do delito, ou seja, na data em que o crime é cometido é que se apura esse critério cronológico, ou etário. E isso é óbvio, senão não teria sentido a agravante para o caso de um menor que viesse a completar dezanove ou vinte anos no curso do processo penal.

Outro agravante quanto à vítima, ou sujeito passivo da relação de consumo, ocorre quando o crime é praticado em detrimento de pessoas portadoras de deficiência mental, interditadas ou não.

O Código Penal se refere a uma agravante quando o crime é praticado contra enfermo.

A LEP expressa a agravante quanto ao crime praticado contra deficiente mental, interditado ou não (art. 4.º, § 2.º, inciso IV, b).

Sabe-se que deficiente mental é aquela pessoa acometida de retardo mental, geralmente por causas genéticas, hereditárias, congênitas, enfim, aquelas com uma disfunção cerebral ligada a lesão cerebral⁹⁴. Os termos comumente empregados na designação dessas pessoas são: imbecis, idiotas e débeis mentais.

A interdição é um ato judicial originador da curatela e surge como uma proibição oriunda de decreto judicial, em virtude do qual se impede a prática de atos jurídicos ou se torna defesa a feitura de qualquer coisa; para as pessoas é uma privação de direitos⁹⁵.

A disciplina da interdição é a civil (arts. 446/458, Código Civil) e deve ser promovida pelos pais, cônjuges, parentes ou pelo Ministério Público, este em caso de loucura furiosa ou na ausência de parentes ou responsáveis do interditando.

Ao deficiente mental, portanto, quando interditado, aplica-se o instituto da curatela, que é “um encargo deferido por lei a alguém para reger a pessoa e administrar os bens de outrem, que não pode fazê-lo por si mesmo”⁹⁶.

⁹⁴ MIELNIK, Isaac. *Dicionário de Termos Psiquiátricos*, Ed. Roca, 1987, p. 69.

⁹⁵ SILVA, de Plácido e, *op. cit.*, p. 847.

⁹⁶ MACHADO E PASSOS DE FREITAS. *Interdição e Curatela*, Ed. Jalovi, p.12.

A lei penal do consumidor afasta a necessidade da existência desses institutos (interdição e curatela) quando considera a agravante em sendo a vítima deficiente mental, referindo-se a “interditadas ou não”. Isso significa que basta o enquadramento inicial: deficiente mental.

O estado (deficiência mental), para ser reconhecido na agravante, exige o competente atestado médico especializado, não se havendo de exigir prova pericial, salvo quando o réu contesta a deficiência mental trazendo prova ao juiz nesse sentido. Também, pode o juiz entender discutível a deficiência, quando poderá determinar o exame. Este, aliás, deve ser procedido por profissional habilitado na área de Psiquiatria. Não faz diferença para o reconhecimento da agravante, parece-nos, o fato de estar em curso processo de interdição da vítima, pois basta a mera declaração do médico nesse sentido.

Essa deficiência mental abrange, igualmente, o surdo-mudo sem educação, isto é, aquele que não sabe enunciar precisamente a sua vontade, como está no artigo 446, inciso II, do Código Civil. Se o surdo-mudo tiver pleno entendimento, isso afasta a agravante, pois esta exige a deficiência daquele.

Se, além de deficiente mental, a vítima for menor de idade a agravação é maior, ou seja, deve-se salientá-la quando da fixação da pena, uma vez que é por demais doloso o comportamento daquele que se aproveita de consumidor menor e ainda doente mental para cometer ilícito contra a relação de consumo.

F) *Agravantes legais quanto ao objeto do crime contra o consumidor*

No inciso V do artigo 76, o Código dispôs como agravante o fato de tais crimes

“serem praticados em operações que envolvam alimentos, medicamentos ou quaisquer outros produtos essenciais”.

Nada existe em tal sentido no Código Penal ou na Lei de Economia Popular, pelo que a agravante tem relação única e exclusivamente com as relações de consumo.

Diz-se que se relaciona com o objeto (material) de crimes contra o consumidor, porque se refere “à coisa sobre a qual incide a ação delitosa”⁹⁷.

A relação de consumo é uma relação jurídica, assim como o é a relação obrigacional, a relação processual etc. Tal como as outras, ela

⁹⁷ V. Ministro CERNICCHIARO, *op. cit.*, p. 309.

possui dois pólos: um fornecedor (pólo ativo) e um consumidor (pólo passivo) e gira em torno de produtos e serviços, que são o objeto material dos crimes contra o consumidor⁹⁸. Já o objeto jurídico desses crimes é a mencionada relação de consumo⁹⁹.

Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial, como expressa o § 1.º, do artigo 3.º, do CDC; *serviço* é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista, como dispõe o § 2.º.

Existe mercado “quando compradores que pretendem trocar dinheiro por bens e serviços estão em contato com vendedores desses mesmos bens e serviços”, como ensina Paulo Sandroni¹⁰⁰. Daí que se nele predomina o consumo, ou seja, presente nele um consumidor, entendido este como destinatário final do produto ou do serviço, presente está o mercado de consumo.

É no mercado de consumo, então, que giram as relações de consumo, sobre bens e serviços, entre fornecedor e consumidor, ou vendedores e compradores desses bens e serviços.

Pode-se dizer que o âmago contido na relação de consumo é a negociação, a transação entre seus sujeitos. É nesse sentido que está a palavra *operações*. Afinal, a relação de consumo precisa da operação para sobreviver, sendo que esta é inerente, e não exclusivamente, àquela. A operação é um dos nexos a vincular os sujeitos da relação de consumo, aliás, na verdade elas “representam a relação jurídica celebrada pelo fornecedor e consumidor”, como ensina Cernicchiaro¹⁰¹.

A expressão *operações*, a rigor, tem mais um sentido técnico-econômico, principalmente no meio das bolsas de valores, eis que ali se praticam operações, especialmente quando da compra e venda de ações. Trata-se, portanto, de termo que salienta certa “tecnicidade”, que é característica do direito penal econômico, como salienta Benjamin¹⁰².

⁹⁸ V. PIMENTEL, Manoel Pedro. “Aspectos Penais do CDC”. RT -661/249.

⁹⁹ V. também Ministro CERNICCHIARO, *op. cit.*, p. 309.

¹⁰⁰ *Op. cit.*, p. 193.

¹⁰¹ *Op. cit.*, p. 309.

¹⁰² *Op. cit.*, p. 107.

Alimentos e medicamentos são produtos ligados diretamente com a saúde e a vida do consumidor, ou seja, à própria sobrevivência. Tanto a saúde quanto a vida do consumidor têm proteção direta na lei, sendo, portanto, alguns de seus direitos básicos (art. 6.º, inciso I, CDC).

Os alimentos e os medicamentos foram igualmente protegidos pela lei penal comum, no Capítulo relativo aos crimes contra a saúde pública do Código Penal Brasileiro, quando ali se referiu às substâncias alimentícias ou medicinais.

Não se pode entender que em tais crimes do Código Penal se deva aplicar a presente agravante, uma vez que esta diz respeito unicamente às relações de consumo, ou seja, em negociação de massa, em operações. Veja-se o seguinte caso: “A” adultera certo produto (alimento), destinado a consumo, tornando-o nocivo à saúde e repassa ao consumidor. Em tese, há o crime do artigo 272, CP. Trata-se de crime impróprio, da categoria “acidentalmente de consumo”¹⁰³. Não se pode aplicar à espécie a agravante em causa porque não temos um crime de consumo próprio, ou seja, que diga respeito diretamente à relação de consumo.

Agora, vamos supor que “A” possua certo medicamento nocivo e não inclua a advertência escrita sobre aquela nocividade. Já já está tipificado de imediato o artigo 63, *caput*, do CDC, independentemente da comercialização. Agora, quando “A” realizar venda daquele medicamento e o medicamento for considerado essencial aplicar-se-ia a agravante em análise. Veja-se, estamos frente a uma relação de consumo e a um crime próprio.

Com isso também queremos dizer que estas agravantes exigem um resultado no mundo exterior para se configurarem, ou seja, há de restar provada a operação para ser aplicada a agravante.

Exige a lei que os produtos e serviços, alimentos e medicamentos, sejam essenciais, ou seja, imprescindíveis ao atendimento daqueles direitos básicos do consumidor, antes mencionados. Aqui, como disse Francisco Cavalcanti¹⁰⁴, é a “essencialidade dos bens e serviços envolvidos que conta”, pois se não fosse assim se poderia supor que toda e qualquer operação envolvendo alimentos ou medicamentos incidiria na agravante.

¹⁰³ V. BENJAMIN, *op. cit.*, p. 113.

¹⁰⁴ *Op. cit.*, p. 159.

É de se notar, por outro lado, que a lei parece ter se referido a alimentos e medicamentos e a outros produtos ou serviços como a exigir um complemento, uma norma posterior que diga quais são os produtos ou serviços a serem considerados pela agravante, quais os alimentos ou medicamentos essenciais. Temos, assim, uma norma penal em branco em uma agravante, o que não é muito usual, mas efetivamente deve ser dado às autoridades de cada área (medicamentos, alimentos, outros produtos ou serviços) uma certa elasticidade para mover-se na área da proteção ao consumidor.

Veja-se o caso da carne que para um gaúcho da campanha é considerada essencial, pois, contendo proteínas, é fundamental à saúde e sobrevivência, segundo aquela ótica. Mas isso não é regra, uma vez que se intensifica cada vez mais o gosto por cereais, vegetais etc., com muitos gaúchos que absolutamente não têm o gosto pela carne.

A existência de normas penais em branco que descreva quais os alimentos, medicamentos ou outros produtos e serviços essenciais parece ser a que melhor atende aos interesses do consumidor, uma vez que é a autoridade administrativa, legislativa, quem está melhor habilitada e aparelhada para conhecer os problemas, as deficiências do mercado de consumo. Não fosse assim, ficaria o juiz sujeito ao "entendimento do dia", com o que se daria insegurança ao consumidor e ao réu, sendo que aquele não sabe da falta e este pode não saber porque lhe agravam a pena.

4. Conclusão

Não pretendíamos alongar-nos tanto, mas o assunto é por demais digno de atenção.

Ocorre que a pena é o fruto da chamada coerção penal, entendida esta como ação de conter ou reprimir que o Direito Penal exerce sobre os indivíduos criminosos, no dizer de Raul Zaffaroni¹⁰⁵. Aliás, o estabelecimento de penas é uma das características essenciais do Direito Penal, dizia Ramírez¹⁰⁶. E a agravante tem amiza-

de íntima com a pena.

As agravantes tornam-se instrumento poderoso nas mãos dos juízes, que devem manejar-las com muito cuidado, uma vez que dizem respeito ao *status libertatis* de cada um.

Não foi muito feliz o legislador penal do consumidor brasileiro, pois parece não ter dado muita atenção à criação de agravantes, tanto que copiou o sistema da Lei de Economia Popular, que já estava falido. Aliás, como bem disse Vicente Greco Filho, é deplorável o que estamos presenciando nos últimos anos quanto à técnica legislativa em geral¹⁰⁷.

Mas aí está a lei e *tollitur quaestio*.

No que diz respeito a essas agravantes, vimos também um excessivo número de elementos normativos: época de grave crise econômica, calamidade, grave dano individual ou coletivo, operário, rurícola, enfim, conceitos que devem ser buscados em outros ramos do Direito ou da Ciência em geral. Isso, à evidência, enfraquece o tipo e a segurança jurídica.

Mas verifica-se que ao menos o legislador resolveu pecar por excesso do que por falta, daí ter copiado a Lei de Economia Popular em 70% das agravantes.

A preocupação com os menores e os idosos é saudável e possivelmente seja a mais aplicada, não só porque de fácil ocorrência, mas porque de fácil constatação. Com isso, fez bem a lei em ser severa, porque, lembrando Eduardo Correia quando cita Pacheco, três classes de pessoas há a quem naturalmente devemos respeito: aos velhos, por razão da sua idade; às mulheres por razão do seu sexo; às crianças, por razão da sua inocência. Quem não respeita as crianças, as mulheres e os velhos é um ser mau, destituído de sentimentos morais. Quem os ofende é um vilão, que não tem nenhum sentimento generoso. Faz bem a lei em olhá-los com aversão, como os olha a sociedade, porque os seus delitos são mais perversos, mais vis, mais dignos de esmerada e dura correção¹⁰⁸.

¹⁰⁵ In *Manual de Derecho Penal*, P. General. Ediar, 4.ª ed., p. 633.

¹⁰⁶ BUSTOS, Juan. *A pena e suas teorias*. Fascículos, Ed. Fabris, 1992, p. 90.

¹⁰⁷ In *Dos crimes da Lei de Licitações*. Ed. Saraiwa, 1994, p. 1.

¹⁰⁸ *Op. cit.*, p. 357.

O acordo sobre propriedade intelectual contido no GATT e suas implicações para o Brasil

CÍCERO IVAN FERREIRA GONTIJO

SUMÁRIO

1. *Antecedentes*. 2. *Diferenças entre o TRIPS e a Convenção de Paris*. 3. *Implicações do Acordo para o Brasil*.

1. *Antecedentes*

Nas últimas três décadas, o comércio mundial assistiu ao aumento crescente da participação de produtos com alto grau de tecnologia e ao desenvolvimento de novas formas de processos produtivos. Bens como computadores, semicondutores, programas de computador, biotecnologias e fármacos já representam, no comércio internacional, o equivalente a cerca de 5% do PNB norte-americano. (Meherro Jussawala *The economics of Intellectual Property in a world without frontiers, a study of computer software* 4, 1992).

Daí se explica o esforço vigoroso que os Estados Unidos, principal exportador desses produtos, vêm dedicando no sentido de impor aos demais países regras rígidas de proteção à propriedade intelectual. Numa economia crescentemente globalizada, a proteção à propriedade intelectual assumirá um papel cada vez mais vital para as nações industrializadas, que começam a saltar de patamares de indústria tradicional para indústrias baseadas em conhecimentos e indústrias intensivas em pesquisa.

Nos anos 80, a insatisfação dos EUA com o que consideram proteção inadequada à propriedade intelectual manifestou-se através de ações previstas na seção 337 da Lei de Tarifas de 1930 e nas mal-famadas *super 301* e *301 especial*, previstas na Lei de Comércio de 1974, pelas quais medidas unilaterais de restrição de mercado são aplicadas para forçar países a ne-

Cícero Ivan Ferreira Gontijo é Assessor Legislativo do Senado Federal. Participou, como representante do Governo brasileiro, do processo de revisão da Convenção de Paris, de 1974 a 1979, coordenado pela OMPI. É bacharel em Direito e Doutor em Economia do Desenvolvimento pela Universidade de Paris.

gociar e a mudar sua legislação.

Desde março de 1980, quando se reuniram em Genebra os chanceleres dos países ligados à OMPI para deliberar sobre as propostas de um novo texto para a Convenção de Paris, que flexibilizava alguns de seus princípios básicos em favor dos países em desenvolvimento, os países industrializados, além de bloquear a iniciativa, tentaram transferir para o GATT as discussões no sentido de reforçar os mecanismos de proteção à propriedade intelectual. Já no final da Rodada de Tóquio em 1979, fora apresentada a primeira proposta no sentido de levar para o GATT os assuntos de propriedade intelectual, sem grande sucesso.

Na Rodada Uruguaí do GATT, iniciada em 1986, a proposta de inclusão de um acordo sobre Propriedade Intelectual foi objeto de intensa controvérsia, e vários países ainda afirmam que ela excede os limites de mandato concedido ao GATT.

Houve resistência por parte de vários países, e sua inclusão na agenda anunciada na declaração de ministros de Punta del Este, em 1986, só foi efetivamente consolidada em 1989, após obtenção de concordância de vários países e, em particular, da Índia, que insistia em que a OMPI, e não o GATT, era o foro adequado para a discussão de propriedade intelectual.

A proposta de acordo apresentada pela delegação norte-americana se estruturava em três pontos: a definição de regras-padrão mínimas, a introdução de mecanismos de aplicação para os países-membros (procedimentos administrativos e judiciais) e a criação de um forte sistema internacional de solução de controvérsias. A União Européia acresceu a ela discussões relativas a indicações geográficas e designações de origem. Complementando a proposta, as comunidades empresariais dos EUA, União Européia e Japão ofereceram sugestões aos negociadores, entre elas a eliminação do conceito de obrigatoriedade de produção local como dever do titular da patente. Propunham admitir a importação do produto como substituto e equivalente à produção local.

O texto final do TRIPS, aprovado em Marrakech em 15.4.94, manteve os pontos essenciais da proposta dos países industrializados, sendo dividido em três partes principais:

— do artigo 9.º ao 40 estão as regras-padrão relativas à existência, abrangência e exercício de direitos de propriedade intelectual;

— do artigo 41 ao 61, regula-se a aplicação

de normas (procedimentos administrativos e judiciais), extensiva a todos os países-membros;

nos artigos 63 e 64, trata-se da prevenção e solução de controvérsias, cuja regulamentação detalhada acha-se nos artigos XXII e XXIII do GATT 94.

2. Diferenças entre o TRIPS e a Convenção de Paris

Ao regular a Propriedade Intelectual com tamanha abrangência, o acordo TRIPS praticamente acaba com a Convenção de Paris, tornando-a um tratado auxiliar. Um dos mais antigos tratados em vigor no mundo (foi firmada em 1883), a Convenção de Paris retirou o seu vigor e longevidade de uma receita simples: consagrou como regras básicas dois princípios basilares: a) o *tratamento nacional*, em razão do qual nenhum país-membro pode dar aos naturais de outros países-membros tratamento diverso daquele que concede aos seus nacionais; e b) a *garantia de prioridade*, que concede aos titulares de direitos de propriedade intelectual um prazo de 12 meses para solicitar em outros países o mesmo direito já requerido em um dos países-membros da Convenção.

Fora daí, a Convenção de Paris deixa aos Estados-membros uma grande latitude para legislar, adequando os conceitos de propriedade intelectual aos seus interesses nacionais, ampliando-os ou restringindo-os segundo seus objetivos, permitindo aos Estados-membros usar a proteção à propriedade intelectual como instrumento de política econômica e tecnológica, com vistas ao seu desenvolvimento e bem-estar da população.

Já o acordo GATT/TRIPS é um tratado extensivo, detalhado e sem flexibilidade, atuando como uma espécie de lei-tipo que todos os países são obrigados a obedecer. No que se refere aos pontos substanciais, o GATT estipula o seguinte:

a) prazo mínimo para proteção de patentes (20 anos) e marcas (10 anos), contado a partir do depósito (art. 33);

b) listagem extensiva dos direitos dos titulares, com menção dos direitos em relação a terceiros (art. 28);

c) obrigatoriedade de as licenças compulsórias serem não-exclusivas (art. 31);

d) transferência do ônus da prova para o acusado nas ações por contrafação referentes a patentes de processo (art. 34);

e) obrigação de serem patenteadas

todas as invenções, de produtos ou processos, em todos os setores (art. 27-1);

f) definição da extensão dos direitos das patentes de produto e de processo, ampliando a proteção do processo até o produto a que ele dá origem (art. 28);

g) impede que os Estados-membros exijam dos titulares da patente a obrigação de produção local, ao considerar as importações como suficientes ao atendimento da exploração efetiva (art. 27-1). Esta decisão constitui séria ameaça à produção industrial brasileira, com possíveis reflexos nos níveis de emprego e bem-estar da população;

h) ainda que permita restrições ao patenteamento de seres vivos, obriga ao patenteamento de microorganismos (art. 27-3). O patenteamento da biotecnologia, começando pelo patenteamento dos microorganismos, pode vir a ter implicações dramáticas na agricultura e pecuária brasileiras, inviabilizando, no médio prazo, a posição de destaque da produção do país em soja, algodão e outros produtos.

Todas essas exigências não encontram paralelo na Convenção de Paris e vêm num texto cujo artigo 72 estabelece que não poderão ser feitas reservas com relação a qualquer de suas disposições sem o consentimento dos demais Membros.

Além das disposições substantivas acima listadas, os artigos 41 a 61 compõem uma sólida e bem construída cadeia de procedimentos administrativos e judiciais, aos quais os Estados-membros aderem, e que tornam padronizado o processo nas ações por contrafação nos diversos países, criando verdadeira legislação processual especial. O argumento utilizado para justificá-la era de que as novas normas necessitam de procedimentos padronizados para serem efetivamente cumpridas.

Completa a estrutura do acordo o sistema de solução de controvérsias, a que se submetem os Estados-membros.

3. Implicações do Acordo para o Brasil

As razões filosóficas que levam um grupo de países a propor e a insistir que outros países absorvam e aceitem tais regras aparentam ter por base o próprio direito natural, que assegura ao titular de direitos de propriedade intelectual direitos equivalentes aos de propriedade material. Do ponto de vista econômico é razoável admitir que os autores de invenção mereçam

ser remunerados por seu arrojo e por seu esforço, estimulando-os a reinvestirem no desenvolvimento de novas técnicas e novos produtos. Alguns autores afirmam que as distorções provocadas por falta de proteção à propriedade intelectual constituem uma verdadeira barreira não-tarifária àqueles que investiram no desenvolvimento de novos produtos.

Esses argumentos, entretanto, só analisam o ângulo dos produtores de invenções, das empresas que comercializam produtos novos no mercado mundial. A situação dos países em desenvolvimento, seu esforço ingente no sentido de galgar degraus no aperfeiçoamento tecnológico, aumentando sua participação no comércio mundial, não são levados em consideração. A tão falada globalização da economia não tem propiciado aumento de bem-estar nos países menos desenvolvidos.

A proteção da propriedade intelectual, nos termos rígidos propostos pelo TRIPS, condena os países em desenvolvimento a um atraso tecnológico de, no mínimo, vinte anos, prazo de duração das patentes, ampliável na medida em que surgem outras inovações tecnológicas sobre o mesmo assunto, protegidas por patentes. Ainda que isso possa interessar a umas poucas empresas nacionais, o reforço da proteção à propriedade intelectual como proposto no TRIPS se encaminha contra os interesses econômicos dos países em desenvolvimento.

Trata-se de um esforço no sentido de congelar as relações de poder econômico, mantendo os países avançados em situação privilegiada e os atrasados condenados à estagnação.

É forçoso lembrar que o acordo TRIPS surge em total contradição com os demais acordos firmados no âmbito do GATT. Enquanto todos os demais se apresentam no sentido da liberação de barreiras, derrubada de monopólios e eliminação de sistemas de subsídios, bem na linha liberalizante do comércio advogada pelos países industrializados, o acordo TRIPS aparece como esforço de enrijecimento de normas, imposição de padronização, consagração de monopólio, justamente incidente sobre o mais valioso dos agentes econômicos desse fim de milênio, o conhecimento humano. Abrem-se os mercados, mas, por outro lado, consolida-se e fortalece-se o sistema existente de produção de novas tecnologias, concentrado, não por coincidência, nos países que exigem maior proteção para os titulares da propriedade intelectual.

O *The New York Times* de 12 de abril de 1993

revelava que "o Tratado de Biodiversidade permitiria exigir-se das empresas que compartilhassem suas pesquisas com os países em desenvolvimento. Por esta razão, o Presidente Bush recusou-se a assiná-lo. O Presidente Clinton, entretanto, afirmou que assinaria o tratado se uma declaração interpretativa protegendo os direitos de patentes fosse aceita e anexada." Os Estados Unidos assinaram o tratado em junho de 1993, anexando-lhe uma declaração interpretativa.

É claro que essas contradições não fugiram aos olhos argutos e competentes dos negociadores brasileiros envolvidos no Tratado GATT 94. Durante muito tempo a delegação brasileira esteve ao lado de outros países em desenvolvimento, manifestando-se contra a inclusão da Propriedade Intelectual no âmbito do GATT e contra a aprovação do TRIPS, conforme menciona Michael Doane em "Trips and International Intellectual Property Protection in an age of advancing technology" - *American University Journal of International Law and Policy* 9 (2) p. 493.

Nota-se, também, total falta de entusiasmo pelo TRIPS na exposição de motivos enviada pelo Executivo ao Congresso, em que a referência ao acordo se limita a seis linhas, sem qualquer avaliação quanto aos benefícios ou prejuízos que dele poderiam advir para o Brasil (Mensagem n.º 498, de 1994, p. 4).

Analistas estrangeiros ressaltaram que a forma com que se apresentou e negociou a proposta do TRIPS demonstrava o reconhecimento de que se tratava de um mau texto para os países em desenvolvimento:

"Com o objetivo de fazer avançar as negociações em todas as áreas cobertas pela Rodada Uruguai, o Diretor-Geral do GATT apresentou o *Texto Dunkel* como uma declaração integral da situação das negociações. O Diretor-Geral apresentou este documento como um acordo *tudo ou nada*, determinado a impedir que os membros dividissem as várias seções para adotá-las separadamente. Esta exigência comprovou-se útil para a obtenção do acordo TRIPS, pois os Estados Unidos e outros países industrializados podiam combinar concessões desejadas pelos países em desenvolvimento em áreas como agricultura e têxteis para a obtenção de um adequado acordo TRIPS". Michael Doane, da Georgetown University Law Center, em "Trips and Internati-

onal Intellectual Property Protection in an age of advancing technology" - *American University Journal of International Law and Policy* 9 (2) p. 476.

Restaria crer que o Brasil e os demais países em desenvolvimento teriam cedido no acordo TRIPS em troca de ganhos importantes nos demais acordos do GATT, em particular nos da agricultura e dos têxteis, embora não pareça conveniente trocar o estratégico acesso ao conhecimento tecnológico, que tem reflexos no futuro do país, por eventuais ganhos em participação nos mercados agrícola e têxtil.

Lamentavelmente, mesmo essa conclusão nos é negada, ao menos quanto ao Brasil, no documento "Avaliação das implicações para o Brasil da conclusão da Rodada Uruguai", preparado pelo Ministério das Relações Exteriores. No que se refere à agricultura, afirma:

"Pode-se dizer que os resultados da negociação agrícola foram mais modestos do que se desejava ou mesmo do que se poderia esperar" (p. 11).

E, no que se refere aos interesses brasileiros:

"Se do ponto de vista dos produtos industriais o benefício para o país é patente, no campo dos produtos agrícolas o quadro é menos claro. Paire sobre todo o acordo agrícola a nuvem da incerteza de sua aplicação, seja pelo casuismo das interpretações possíveis das regras, seja pela ambigüidade de certos dispositivos de redução dos subsídios" (p. 27).

Já no que diz respeito aos têxteis:

"O desafio da Rodada Uruguai era o de assegurar um programa de liberalização capaz de integrar a indústria têxtil no GATT. Malgrado a pressão forte da Comunidade Européia e de muitos países exportadores, os Estados Unidos terminariam por obter a preservação por um período adicional de dez anos do Acordo Multifibras, que será desativado em quatro etapas" (p. 13).

Resta lembrar que o acordo do GATT tem a vantagem de transferir os conflitos comerciais para o âmbito plurilateral da Organização Mundial do Comércio, livrando-nos, espera-se, da aplicação unilateral de retaliações através de medidas como a super 301 e a 301 especial. Esse benefício deveria ser bem avaliado em confronto com as restrições ao acesso a novas tecnologias, a que nos condena o acordo TRIPS, com reflexos sobre as próximas gerações.

Noções introdutórias ao Direito Agrário

FÁBIO MARIA DE-MATTIA

SUMÁRIO

1. *Institutos, principios gerais e especificidade.*
2. *Especificidade do Direito Agrário.*

1. *Institutos, principios gerais e especificidade*

O estudo da noção de instituto jurídico nos interessa porque através dele podemos encontrar o fundamento do "sistema na conexão orgânica dos institutos jurídicos" e a justificativa para a especificidade do Direito Agrário¹.

Os institutos jurídicos devem ser considerados como "criações plásticas" que representam a condensação de determinados conteúdos espirituais do direito e, em igual medida, fragmentos da realidade econômica e social.²

Tais institutos constituem o material necessário para a construção do Direito Agrário como sistema, não como mero resultado da livre criação do legislador, mas sim caracterizando-se como elementos preexistentes ao próprio sistema.

Tal noção é verdadeira também para o Direito Agrário, pois as normas que entram na composição de cada um dos institutos deste ramo do direito não podem perder de vista dados preconstituídos, tais como as condições naturais do ambiente, os ciclos das estações do ano, as exigências da técnica relativas aos fatores e à organização da produção, às leis biológicas da criação animal ou vegetal etc.³

Antonio Carrozza aponta que não tem um

¹ CARROZZA, Antonio e ZELEDÓN, Ricardo Zeledón. *Teoría general e institutos de derecho agrario*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1990, p. 77.

² *Id.*, *ibid.*, p. 78.

³ *Id.*, *ibid.*, p. 79.

caráter necessariamente científico, senão somente técnico, o trabalho de reagrupamento e coordenação das disposições legais no contexto unitário dos institutos. A construção da teoria concernente aos institutos jurídicos é diferente pois, para o teórico, o instituto representa, num certo sentido, um ponto de partida, enquanto para os classificadores empíricos, como o legislador, um ponto de chegada.⁴

A individuação de eventuais princípios gerais passa, necessariamente, pelo trabalho prévio em torno dos diversos institutos formadores do Direito Agrário; o estudo comparativo dos mesmos pode levar a surgimento de princípios gerais.

Adolfo Gelsi Bidart pondera que, efetivamente, não é possível determinar princípios gerais para só então desenvolver temas e questões neles fundados; pretensos princípios gerais e próprios da matéria só poderão surgir do estudo dos vários institutos e do confronto entre eles.⁵

Bidart, por exemplo, em consonância com o disposto por este método de abordagem e partindo do aspecto por ele considerado núcleo do Direito Agrário — qual seja a *atividade* de exploração natural, destinada à obtenção de produtos bio-naturais, vegetais ou animais — considera possível a identificação de elementos especiais e próprios a esta matéria, por meio dos quais poderão ser deduzidos os almejados princípios e os critérios gerais de ordenamento da disciplina, os mesmos que já regulam os chamados institutos do Direito Agrário.⁶

Antonio Carrozza e Adolfo Gelsi Bidart entendem que o Direito Agrário constitui um sistema jurídico cujo contorno é ainda desprovido de forma e o conteúdo se encontra, por causas diversas, em estado fluido. Daí o trabalho classificatório não poder ser considerado simplesmente como parte de um mero antecedente, distinto do repensamento e qualificação dos institutos com intenção científica, pois em tais casos aumenta a dificuldade de uma divisão do trabalho entre a tarefa técnica e a tarefa teórica. Com efeito, razão não há para que se considere a primeira atividade como menos meritória do que a segunda.⁷

⁴ *Id.*, *ibid.*, pp. 80 e 81.

⁵ BIDART, Adolfo Gelsi. "Il problema della individuazione del Diritto Agrario", *Rivista di Diritto Agrario*, v. 62, 1983, p.77.

⁶ *Id.*, *ibid.*, p.78.

⁷ CARROZZA, Antonio e ZELEDÓN, Ricardo

A especificidade do Direito Agrário, seu contorno como ramo autônomo, o significado da importância sistemática dos seus institutos jurídicos e o problema específico de sua reconstrução científica levam a dois pressupostos básicos na lição, sempre autorizada, de Antonio Carrozza: a) a afirmação de um modo de ser e de operar autônomo do Direito Agrário pressupõe descobrir e dispor de um conjunto de institutos jurídicos atuais, próprios e exclusivos; b) resulta disto evidente que os atributos de *pertenencia* e de exclusividade referem-se não tanto aos princípios — como se costuma admitir — quanto aos institutos.⁸

Neste sentido, uma indagação que se pode fazer a partir de uma tal assertiva é se a indicação feita abrangeria igualmente os institutos criados pelo direito costumeiro, às vezes ainda não incorporados à legislação, pressupondo-se sempre ao se falar em direito costumeiro, além do costume propriamente dito, a própria jurisprudência como forma de costume erudito, na lição sempre autorizada de Rubens Limongi França.⁹

A afirmação da existência de tais princípios gerais informadores deste ramo de Direito representa a justificativa, para alguns autores, de uma já configurada autonomia jurídica do Direito Agrário.

Antonio Carrozza sustenta que o ramo do direito denominado Direito Agrário tem sua especialidade justificada pela existência de institutos próprios e não como se admitiu, em princípios gerais.

Todavia, ainda que se vislumbre a possibilidade de uma futura consideração autônoma do Direito Agrário como ramo de ciência jurídica, muitas e, a nosso ver, mais autorizadas são as vozes que ainda entendem esta disciplina como apenas um ramo especial do Direito Privado, mais especificadamente do Direito Civil, pelo exato problema da falta de determinação dos chamados princípios gerais.

Mario de Simone, por exemplo, afirma expressamente entender o Direito Agrário, sob o aspecto jurídico, como simples fração contida no Direito Civil, uma vez que no Direito italiano

Zeledón, *op. cit.*, p. 81.

⁸ *Id.*, *ibid.*, pp. 81 e 82.

⁹ FRANÇA, Rubens Limongi. *Manual de Direito Civil*, 3.^a ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1975, v. 1, p. 23. Aliás a Rubens Limongi França devemos a opção pela expressão especificidade.

a maior parte das normas relativas à matéria agrária está contida no Código Civil. Assim, uma vez inexistente a autonomia legislativa, impossível seria poder formular, através de um procedimento de abstração, princípios gerais novos, próprios e especiais ao direito que se deseja ver autônomo.¹⁰

Tal fato não impede, todavia, e este também é o nosso ponto de vista, que se reconheça a validade e a importância da autonomia didática e científica do Direito Agrário.

Não acarreta tal visão prejuízo, com efeito, à autonomia didática, que se justifica perfeitamente, tanto pelo aspecto da divisão e especialmente do estudo, como pela moderna ordenação que recebem as disciplinas universitárias; não atenua a autonomia científica, pois, segundo Mario de Simone — que reconhece a possibilidade de uma sistematização orgânica dos institutos —, é perfeitamente possível formar o objeto de um estudo científico autônomo para esta matéria, estudo que deve mesmo ser individualizado por imposição das razões técnicas dos próprios institutos.

Como se verifica, Mario de Simone se posiciona apontando para um prenúncio verdadeiro e real favorável à futura consideração autônoma do Direito Agrário, ainda por vir.

Nesta linha de raciocínio seguem outros juristas maiores, tais como Ettore Casadei, que verifica que a comprovação da existência de princípios gerais e próprios, distintos dos princípios de outros ramos jurídicos, é a condição necessária para que se possa reconhecer a autonomia de um determinado ramo do direito.¹¹

Assim sendo, sob uma tal condição, Ettore Casadei fundamenta com precisão que os princípios efetivamente próprios e pertinentes apenas ao Direito Agrário não foram até aqui convenientemente formulados pelos que afirmam a existência dos mesmos.

Ettore Casadei sustenta, contrariando até certo ponto as idéias de Antonio Carrozza e de Adolfo Gelsi Didart sobre a caracterização dos institutos a partir da atividade agrária, que mesmo uma particular valorização normativa dos institutos próprios do Direito Agrário não basta-

¹⁰ DE SIMONE, Mario. *Lineamenti di Diritto Agrario (parte generale)*, 5.ª ed. Napoli: Pellerano del Gaudio-Editori, 1970, p.11.

¹¹ CASADEI, Ettore, *Diritto Agrario*, 1975, apostila utilizada pelos alunos da Faculdade de Jurisprudência da Universidade de Bologna e Modena, pp.13 e 14.

ria, por si só, como fundamento suficiente para garantir a autonomia sistemática da matéria. Com efeito, fosse suficiente esta condição, chegaria-se por igual a uma pretensa e possível autonomia do Direito de Edificação ou então a uma outra, relativa ao direito sobre bens corporais, e assim por diante.

Nem se diga, por outro lado, que a existência confirmada de alguns princípios jurídicos particulares à agricultura serviria de garantia para a pretensa individualização deste ramo do direito. Ettore Casadei lembra, com perspicácia, o fato por exemplo de serem os princípios que regem os bens móveis próprios e característicos desta matéria, bastante diversos daqueles vigentes com relação aos bens imóveis; contudo, não há de se falar por isso de qualquer autonomia do direito dos bens móveis em confronto com o dos bens imóveis.

Ettore Casadei reconhece a existência de institutos peculiares ao Direito Agrário, além da singularidade desta matéria especial. Destaca, igualmente, o fato de, até o momento, não terem a doutrina e tampouco a jurisprudência enunciado claramente os princípios gerais que, elevando à condição de um sistema o atual complexo de normas, poderiam atribuir organicidade à disciplina da atividade agrária.¹²

Os princípios gerais podem surgir como elementos caracterizadores de um ou vários institutos de Direito Agrário, mas a especialidade comprova-se através dos institutos jurídicos.

Justifica sua diretriz ao asseverar que esta correção de rumos e de enfoque (dos princípios para os institutos) parece hoje impostergável.

Aponta ser suficiente verificar a frustração existente na esperança inerente a determinação dos princípios gerais e fundamentais da matéria.¹³

A crítica feita à existência de princípios gerais do Direito Agrário levou Antonio Carrozza a acolher a observação negativa manifestada pela doutrina mais prudente e autorizada, de

¹² *Id.*, *ibid.*, pp. 13 e 14.

¹³ CARROZZA, Antonio e ZELEDÓN, Ricardo Zeledón. *Op. cit.*, pp. 81 e 82. Aponta como partidários de os princípios gerais justificarem a autonomia: Ageo Arcangeli, "Il diritto agrario e la sua autonomia", na introdução ao *Curso de Direito Agrário* ministrado na Universidade de Bologna no ano acadêmico 1927-1928, inserida em *Scritti di diritto commerciale e agrario*, v. III, p. 340; Giovanni Carrara, *Curso di Diritto Agrario*, 2.ª ed. t. I, pp. 15 e ss.; Enrico Bassanelli, *Curso di diritto agrario*, pp. 20 e 21.

acordo com a qual "de tais princípios, até o momento, e salvo erro, não se formulou nenhum".

E conclui que, à falta de *objetivação* e de *individuação* destes princípios gerais por parte da doutrina e jurisprudência, observou-se que o importante não são eles mesmos. *sendo a capacidade potencial da matéria de produzi-los.*¹⁴

Antonio Carrozza pondera que tal capacidade conserva o caráter de simples hipótese, já que se nada pode demonstrar a existência de princípios gerais (melhor generalíssimos, pelo grau de abstração com que a eles se aludia), é razoável duvidar de que efetivamente tal capacidade exista.

Afasta a relevância atribuída aos princípios gerais argumentando que, por outro lado, não se compreende porque os estudiosos de um direito especial, como o agrário, devem estar e se sentir obrigados a semelhante tipo de demonstração, quando está provada historicamente a extrema dificuldade de circunscrever e, inclusive, de enumerar princípios gerais que regem setores normativos que gozam de uma autonomia consolidada e indiscutida.¹⁵

Nesta linha de idéias Antonio Carrozza aponta que a história do pensamento jurídico deveria ensinar que também no caso dos ramos maiores do ordenamento não foram tanto os princípios gerais quanto seus produtos normativos (tanto de primeiro grau: normas; como de segundo grau: institutos), que, considerados pertinentes a um determinado ramo do direito e típicos dele, constituem a manifestação mais convincente da autonomia conseguida.¹⁶

Antonio Carrozza entende dever ser o primeiro passo a determinação prévia dos princípios informadores de cada instituto para, em seguida, detectar princípios especiais, peculiares ao Direito Agrário, porém suficientemente gerais para operar no âmbito total deste ramo do direito.

Com efeito, é através das unidades elementares de agrupação das normas jurídicas, unidades que são precisamente os institutos, que se poderá alcançar o reconhecimento das estruturas necessárias para a reconstrução teórica do ordenamento.¹⁷

¹⁴ *Id., ibid.*, pp. 82 e 83.

¹⁵ *Id., ibid.*, p. 83.

¹⁶ *Id., ibid.*, p. 84.

¹⁷ *Id., ibid.*, p. 84. Consultar, também, Ettore Casadei, *op. cit.* p. 14.

Antonio Carrozza defende a especificidade do Direito Agrário através dos institutos jurídicos e não dos princípios gerais e defende a utilidade do método proposto.

Agustin Luna Serrano, por igual, verificando inexistir até o presente momento uma enunciação satisfatória dos pretendidos princípios gerais de Direito Agrário, formulou sua posição de forma bastante expressiva, frontalmente crítica à idéia de autonomia da matéria com base na existência de tais princípios.

Agustin Luna Serrano informa que a existência eventual destes princípios tem sido afirmada por vários agraristas e verifica, contudo, que os autores que abordam o tema têm se negado a indicar quais sejam estes, em concreto.¹⁸

O eminente jusagrarista espanhol cita, neste sentido, a enunciação dos princípios gerais da matéria intentada por Carlo Frassoldati, que indica como tais a boa exploração ou bom cultivo, a dimensão mínima da empresa agrária, a não-cindibilidade dos resultados conjuntos do ano agrícola, a colaboração nos contratos agrários e a colaboração entre fundos.¹⁹

Agustin Luna Serrano aponta, com absoluta precisão, que enunciações como esta parecem derivar muito mais da natureza das coisas, ou seja, de meros dados, naturais e técnicos, e não daqueles consideráveis propriamente jurídicos.

Ainda que se admitisse que os princípios até hoje apresentados tivessem a natureza de verdadeiros princípios jurídicos, todavia seriam ainda demasiado gerais, atendendo ao aspecto global da ciência jurídica e não à peculiaridade do ramo especial que é o Direito Agrário.

Agustin Luna Serrano parte do entendimento de que o Direito Agrário regula a atividade profissional dos agricultores e, estruturada a disciplina sobre a exploração da terra, compreende-se o posicionamento do autor de ser o Direito Agrário um ramo especializado do Direito Privado, mais particularmente do Direito Civil.²⁰

Assim, a essência civilista das instituições que formam o conteúdo material básico do Direito Agrário estaria atendida, não se impedindo, não obstante, a incidência sobre estas instituições de normas limitadoras, provenientes

¹⁸ SERRANO, Agustin Luna. "La formación dogmática del concepto de Derecho Agrario", em *Rivista di Diritto Agrario*, n. 51, v. 1, 1972. p. 513.

¹⁹ *Id., ibid.*, p. 513.

²⁰ *Id., ibid.*, p. 514.

do Direito Público.²¹

Alberto Ballarin Marcial, também outro expoente da escola agrarista espanhola, após haver buscado sem melhores resultados a definição dos princípios gerais da matéria, acabou igualmente por afirmar que os supostos princípios gerais do Direito Agrário, até o momento apresentados, são: *ou demasiado amplos para serem, unicamente, peculiares ao Direito Agrário, ou demasiado estreitos para que possam ser considerados comuns à totalidade de seus institutos.*

Alberto Ballarin Marcial reconhece, adotando integralmente as idéias sugeridas por Agustín Luna Serrano, que os enunciados que recebem a denominação de princípios são na realidade as metas e os objetivos finais que buscam alcançar as normas jurídico - agrárias.²²

Antonio Carrozza ressalta que a validade da tese de que o direito agrário seja estudado por institutos – os quais são o ponto de partida para toda afirmação de autonomia ou simplesmente de especialidade –, não se reduz pela verificação eventual de um número não relevante, ou até escasso, de institutos sobre os quais operar, posto que este fenômeno pode se explicar não apenas pelo fato, extremamente óbvio, de que os meios são escassos porque são poucos os que nele trabalham, senão até pela falta de integridade e completude que ainda afeta o Direito Agrário positivo.²³

Antonio Carrozza exemplifica seu pensamento, a respeito do desenvolvimento retardado na elaboração dos institutos com o direito sucessório ou hereditário, o qual, se comparado com alguns ordenamentos, especialmente dos países germânicos, adquiriu notável nível de especialidade ao não ser considerado como simples parte do Direito Civil, diferentemente com o que ocorre em inúmeros sistemas jurídicos de Direito Agrário de outros países europeus.²⁴

Antonio Carrozza conclui defendendo a validade do método em exame e considera que ele não se deteriora pela verificação da instabilidade dos institutos jurídicos de Direito Agrário, asseverando que não há dúvida de que a

²¹ *Id.*, *ibid.*, p. 514.

²² BALLARIN, Alberto Marcial. *Derecho Agrario*, 2.ª ed. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978, pp. 594 e 595.

²³ CARROZZA, Antonio e ZELEDÓN, Ricardo Zeledón, *op. cit.*, pp. 84 e 85.

²⁴ *Id.*, *ibid.*, p. 85.

mutação contínua e freqüente dos fatores políticos, econômicos e tecnológicos motiva alterações quantitativas ou qualitativas sem pausa no conteúdo do Direito Agrário.²⁵

Ricardo Zeledón Zeledón aponta que o grande esforço na formulação de princípios gerais com caráter de fundamentais e ordenadores de toda a normativa do Direito Agrário não foi bem sucedida, por eles não terem sido devidamente identificados.²⁶

Exemplifica com institutos de Direito Agrário que se desagregaram: a) a proibição dos atos de emulação era um critério que determinara a esfera da atuação lícita em matéria de atividade fundiário-agrária; b) por muito tempo, a distinção entre servidões rústicas e urbanas foi algo mais do que uma mera distinção terminológica tal como é hoje; c) no campo do direito contratual, figuras novas se acrescem, sem pausa, às antigas, e muitas destas últimas desapareceram, talvez para reaparecer mais tarde; d) sintomática é a decadência progressiva do destino das relações associativas agrárias e da parceria clássica em particular. Não há perigo de erro observando-se a esse respeito que o fenômeno não é exclusivamente italiano ou europeu; e) o estudo de história jurídica agrária está habituado a fenômenos de sobrevivência extralegal e inclusive, *contra legem*, assim como a fenômenos de revivescência; f) particularmente neste último setor, a redução forçada *ope legis* das relações contratuais agrárias em um *numerus clausus*, a conversão legal de um tipo em outro nos contratos agrários e a contração da área de sobrevivência da autonomia negocial dos particulares poderiam ser interpretadas como sinais de um empobrecimento progressivo do conteúdo típico do Direito Agrário, já exposto ao perigo do processo econômico que implica a chamada *industrialização* das formas clássicas do exercício da empresa agrária.

Antonio Carrozza aponta que os princípios gerais não se encontram, devendo ser estritamente positivos, mas mais adequado seria estudar o Direito Agrário por institutos, buscando outros tipos de princípios, menos universais e gerais, porém mais profundos, que poderiam estruturar um sistema ao permitir imbricar os institutos de maior ou menor categoria, determinando se pertencem ou não ao Direito Agrário.

²⁵ *Id.*, *ibid.*, pp. 85 e 86.

²⁶ ZELEDÓN, Ricardo Zeledón e CARROZZA, Antonio, *op. cit.*, p. 60.

Ricardo Zeledón Zeledón assevera que, com esta proposta, não apenas se oferece uma saída científica e metodológica mais clara, mas, principalmente, se desmistifica o problema dos princípios gerais.

Conclui que Antonio Carrozza demonstrou que o tema dos princípios gerais do Direito Agrário é um problema falso – pelo menos como proposto por Arcangeli – e que convém dirigir todos os esforços por caminhos que permitam vislumbrar uma conclusão segura não pela via dos princípios, pois quem se aventurou nela não alcançou um lugar seguro, porém encontrou-se cada vez mais perdido.

Waldírio Bulgarelli, comentando o capítulo da empresa no Projeto de Código Civil, conclui que “a agrariedade conta com um suporte legal quase completo (contratos, crédito e títulos de crédito) com dimensões e amplitude de um verdadeiro sistema próprio”. Isto revela a importância que atribui aos institutos para a criação de um sistema especial.²⁷

2. Especificidade do Direito Agrário

A doutrina representativa dos diversos países onde o Direito Agrário encontra hoje o seu maior desenvolvimento, ainda que analisando a matéria sob as mais variáveis perspectivas e argumentos, não se divide radicalmente ao reconhecer as particularidades que caracterizam o Direito Agrário.

Guy Chesne e Edmond-Noel Martine, juristas da escola agrarista francesa, entendem, por exemplo, que a afirmação do particularismo do Direito Agrário está ligada às funções que o Estado atualmente exerce na vida econômica e social, destacando que no setor agrícola esta intervenção se manifesta principalmente a partir do final do século passado, continuando sem solução de continuidade até os dias de hoje.²⁸

Louis Lorvellec, por sua vez, destaca que a avaliação destas peculiaridades é por demais variável, devendo ser identificada através de uma comparação pormenorizada entre os ordenamentos jurídicos dos diversos países e de período a período. Por exemplo, no momento atual, o autor identifica a disciplina do Direito Agrário na França como um ramo destacado do Direito Civil e em oposição ao Direito Comercial, constituindo-se, em suma, no direito de uma ca-

tegoria social, de uma política econômica especializada e de uma zona particular de território.²⁹

A melhor orientação da escola agrária francesa, contudo, parece ser aquela liderada por Jean Megret, que lucidamente destaca as particulares características que qualificam o Direito Agrário, reconhecendo que as mesmas são, todavia, insuficientes para conceder a esta matéria o traço de autonomia absoluta, como querem alguns.³⁰

Já a moderna escola agrarista italiana, representada, sobretudo, por Antonio Carrozza ensina que na base da especificidade do Direito Agrário encontra-se, sempre, a idéia da possibilidade teórica e da conveniência prática de separar a matéria fundiária, que corresponde ao Direito Civil, e a matéria agrária propriamente dita.³¹

Para Ricardo Zeledón Zeledón, a especificidade do Direito Agrário é objeto de uma corrente que considera o Direito Agrário ainda imerso dentro do “tronco comum do Direito Civil”, reconhecendo-lhe particularidades concretas em suas normas, o que faz aquela especificidade suscetível de um tratamento jurídico específico.³²

Ricardo Zeledón Zeledón aponta que a tese da especificidade adquiriu força por causa da falta de consenso na existência de princípios gerais próprios e exclusivos.³³

O termo especificidade do Direito Agrário não será por nós utilizado no sentido de contrapor a escola jurídica de Ageo Arcangeli frente à escola técnica de Giangastone Bella, pois o primeiro sustentou a especialidade e o segundo a autonomia.

A especificidade do Direito Agrário atenta para a particularidade de no seu interior (parte interna do Direito Agrário) existir uma coordenação entre normas de Direito Privado e de Direito Público e, por conseqüência, seus institutos submetem-se a esta dupla influência.

As normas agrárias revelam certa singularidade e particularidade, não só as normas priva-

²⁹ LORVELLEC, Louis. *Droit Rural*, 1.ª ed., Paris, Masson, 1988, pp. 2 e ss.

³⁰ MEGRET, Jean. *Droit Agraire*, t.1, 1.ª ed., Paris, Librairies Techniques, 1973, p.13.

³¹ CARROZZA, Antonio, e ZELEDÓN, Ricardo Zeledón. *Op. cit.*, p. 83.

³² ZELEDÓN, Ricardo Zeledón e CARROZZA, Antonio. *Ibid.*, p. 42.

³³ *Id.*, *ibid.*, p. 47.

²⁷ BULGARELLI, Waldírio. *A teoria jurídica da empresa (análise jurídica da empresarialidade)*, São Paulo, 1984, p.431.

²⁸ CHESNE, Guy e MARTINE, Edmond-Noel. *Droit Rural*, 1.ª ed. Paris, Dalloz, 1986, p.3.

das ou só as públicas, senão de modo melhor as normas públicas e privadas.³⁴

Verifica-se que esta posição converge em muito com aquela sustentada pelo agrarista renomado Fernando Pereira Sodero, que no seu conceito de Direito Agrário, concebido como o "conjunto de princípios e de normas, de Direito Público e de Direito Privado, que visa a disciplinar as relações emergentes da atividade rural, com base na função social da propriedade da terra", ressaltava a sua idéia de coordenação das normas públicas e privadas na configuração dos institutos.³⁵

Ricardo Zeledón Zeledón considera que a especialidade refere-se às normas que têm esse atributo em virtude de regular situações jurídicas totalmente diferentes dos demais corpos normativos, independentemente se essa especialidade acontece por normatizar um fato técnico específico, uma relação particular ou, enfim, interesses de natureza diferente.³⁶

Ensina que a especialidade das normas agrárias provém da incapacidade de o Código Civil regular aspectos concretos do processo econômico. Primeiro, através da legislação especial, o ordenamento jurídico começa a receber influxo de grande quantidade de normas que – na visão dos civilistas clássicos – assumem o caráter de normas excepcionais, ou seja, esclarecem, adicionam ou interpretam a *lex generalis*. Assim começa a aparecer um direito especial, ao qual se observa exclusivamente como direito civil promulgado fora do Código Civil; mais tarde, esse acúmulo de normas sem sistema próprio começa a ter uma certa lógica interna, um critério integrativo, com o que se chega à etapa da legislação agrária, cujo destino é se converter em Direito Agrário, totalmente separado do tronco comum.³⁷

Neste sentido deve ficar evidenciada a posição dos institutos. Estudar o Direito Agrário por institutos obriga necessariamente ao cientista reagrupar normas dispersas no ordenamento jurídico – não necessariamente coincidentes num mesmo corpo ou em um momento histórico determinado – e qualificá-las institucional-

mente. Logo após ocorrerá – como assinala Carrozza – a extrapolação destes princípios, talvez não tão gerais e universais, porém mais concretos e profundos.³⁸

O trabalho, então, se inicia na base mesma do ordenamento jurídico, ainda que posteriormente deva se realizar uma abstração. O erro se radicaria ao estabelecer a abstração sem uma referência direta a essa normativa com caráter de especificidade, tal como sucedeu com alguns juristas que intuíram, porém não demonstraram, a existência do Direito Agrário.³⁹

A utilização do método de estudo por institutos pode, também, ajudar a determinar mais facilmente a existência da especificidade, assim como o grau alcançado por ela, constituindo um critério próprio da moderna escola de Direito Agrário.⁴⁰

Luigi Costato, tendo presente normas comunitárias e constitucionais de Direito Agrário na Itália, analisa a matéria de modo a enquadrá-lo como partidário da especificidade, a qual se caracteriza pelo conteúdo das normas ditas agrárias.

Assevera que as matrizes do Direito Agrário encontram-se na relevância que apresenta o momento da atividade em confronto com o momento da fruição do bem produtivo; a peculiaridade de tratamento do momento da atividade não pode prescindir da importância deste segundo momento como emerge, também, da regra constitucional.⁴¹

Disto derivou uma dicotomia pela qual, por um lado, a valorização da empresa e dos seus bens por ela produzidos para o mercado consentiu especificar um Direito Agrário onde as regras consuetudinárias foram logo subjugadas por aquelas desejadas pelo legislador; por outro lado, os modos de fruição e de aquisição do bem terra penetraram no Direito Agrário, através do mesmo vínculo que liga – em certos aspectos – o terreno (e os animais) à atividade empresarial agrária, elementos estes que em parte, e ao invés, ficaram incorporados no direito privado, pois que outras vezes o dado normativo não atribui relevância particular ao liame terra (ou animais) – empresa agrícola.⁴²

³⁴ *Id.*, *ibid.*, p. 50.

³⁵ SODERO, Fernando Pereira. *Direito Agrário e Reforma Agrária*, 1.ª ed., São Paulo, Livraria Legislação Brasileira, 1968, p. 32.

³⁶ ZELEDÓN, Ricardo Zeledón e CARROZZA, Antonio. *Op. cit.*, p. 67.

³⁷ *Id.*, *ibid.*, pp. 67 e 68.

³⁸ *Id.*, *ibid.*, p. 68.

³⁹ *Id.*, *ibid.*, p. 68.

⁴⁰ *Id.*, *ibid.*, p. 68.

⁴¹ COSTATO, Luigi. *Compendio di Diritto Agrario Italiano e Comunitario*, Padova: CEDAM - Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1989, p. 20.

⁴² *Id.*, *ibid.*, p. 20.

Luigi Costato vê disto decorrer a distinção que entende poder se confirmar entre direito da agricultura e direito sinteticamente dito agrário, no primeiro estando compreendidas normas não tipificadas pela sua agrariedade – ainda se relativas a bens que o próprio empresário agrícola pode utilizar e gozar – e não especificamente ditadas em relação à existência de uma empresa que utilize as normas, das quais não se ocupou o eminente autor a não ser para algumas chamadas.⁴³

Luigi Costato define o Direito Agrário como o complexo de normas que regulam a atividade empresarial agrícola, ainda que tais regras não sejam ditadas, frequentemente, de modo exclusivo para a empresa, abrangendo também, em matérias assaz relevantes, atividades não-empresariais ou não-agrárias. Neste sentido, constitui exemplo aquele apresentado pelos contratos agrários, entre os quais se especificam hipóteses de concessão para o não-empresendedor agrícola; e as normas comunitárias sobre intervenção no mercado de produtos agrícolas, que de um lado se podem referir a produtos assim denominados de primeira transformação industrial (açúcar, insulina etc.), e de outro lado são aplicadas a todos os detentores e não somente aos empresários agrícolas (como os preços de intervenção estabelecidos pelo governo).⁴⁴

Estas extensões quanto à eficácia são impostas para tutelar o diretamente empresário agrícola e o seu estabelecimento; na realidade, o fato de as regras da concessão de uso de

terreno agrícola se aplicarem, também, a não-empresários parece ser não tanto fruto de uma distração do legislador, mas antes uma técnica para evitar formas de concessão de uso de terreno agrário subtraídas ao regime especial, através das quais a parte concedente poderia efetuar negócios, também, com empresários agrícolas, aperfeiçoados em modo contrário ao interesse que a lei pretende tutelar.

Da mesma forma, o sistema de preços dos produtos agrícolas foi posto em prática sem individualizar especificamente os sujeitos protegidos, mas em verdade com o escopo de tutelar os rendimentos dos empresários agrícolas, que se efetua com a intervenção sobre produtos não-agrícolas, ligados aos primeiros (empresários agrícolas) na relação produto-transformando-produto agrícola para ser transformado ou produto sucedâneo – produto agrícola.⁴⁵

Fernando Salaris ressalta que em doutrina observou-se que o fato técnico constitui um dos fatores de especificação do Direito Agrário, idôneo a incidir sobre a especialidade da matéria com uma estruturação adequada dos preceitos. O fato técnico está presente em toda manifestação típica que transforma o Direito Agrário em um *jus*, que se adiciona à substância regulada e de tal substância pode-se dizer *proprium*. A técnica da complementação do dispositivo legal com referência ao fato técnico realiza, indiretamente, a adequação do direito à natureza do fato a regular, evidencia os motivos de natureza sócio-política das escolhas não apenas legislativas, mas interpretativas.⁴⁶

⁴³ *Id.*, *ibid.*, p. 20.

⁴⁴ *Id.*, *ibid.*, p. 21.

⁴⁵ *Id.*, *ibid.*, p. 21.

⁴⁶ SALARIS, Fernando. *La riduzione al "tipo único" dei contratti agrari*, Torino: G. Giappichelli, 1989, p. 80 – Cita CARROZZA, Antonio, *Problemi generali e profili di qualificazione del diritto agrario*, pp. 108 e ss.

Crime contra a fauna – reflexões sobre a aspereza do Código de Caça

IVAN LIRA DE CARVALHO

SUMÁRIO

1. O papel do Judiciário na moderação dos efeitos da lei. 2. O Código de Caça e a realidade regional. 3. Subsunção do estudo a um caso concreto. 4. Erro de proibição ou estado de necessidade? 5. Conclusão.

1. O papel do Judiciário na moderação dos efeitos da lei

Por força do que dispõe a Constituição Federal, artigo 109, IV, e em obediência à Súmula n.º 91, do STJ, toca à Justiça Federal o julgamento dos crimes perpetrados ou tentados contra a fauna. Por tal imposição competencial, os magistrados desse segmento judiciário, espalhados em seu mister pelos mais diversos rincões do País, têm sob a sua jurisdição, não raro, casos em que a prudência é o primeiro dos instrumentos a ser manejado para uma – digamos – razoável aplicação da Lei n.º 5.197/67, chamada em doutrina de *Código de Caça*. No exercício do sagrado mister de decidir pela liberdade humana, toca ao juiz – e nesse particular ao juiz federal – fazer uso de uma interpretação abrangedora dos rigores do mencionado diploma, desde que o caso concreto reclame uma subsunção à norma mais condizente com uma decisão timbrada de justiça. Exemplo típico dessa parcimônia no trato do Código de Caça está em dois arestos do Tribunal Regional Federal da 1.ª Região, ambos relatados pelo juiz Aristides Medeiros, que, no decidir em grau recursal, impregnou o seu voto dos conhecimentos fáticos que demonstra ter haurido na sua judicatura monocrática na Seção Judiciária Federal do Pará, unidade federativa que pela exuberância das suas riquezas naturais é celeiro farto para o tipo de ocorrência que se analisa.

Ivan Lira de Carvalho é Juiz Federal no RN.

Pois bem. No primeiro dos julgados¹, foi abordada com percuciência a distinção entre *ter e utilizar* animal silvestre. para fins de configuração do delito descrito no artigo 1.º da Lei n.º 5.197, dizendo o corpo do voto:

“Utilizar não é simplesmente ter. É mais que isso. É ter e disso tirar algum proveito, como, no caso de animal, *verbi gratia*, usá-lo em exibição circense, servir-se dele para tracionar carroça etc. Assim é que, quem utiliza tem, mas nem sempre quem tem utiliza. Na hipótese *sub examine* o recorrido apenas tinha os pássaros, mas não restou provado que os estava utilizando ou que o já tivesse feito, como igualmente se não comprovou qualquer ato de comércio a respeito.”

Na outra decisão em referência, a análise foi deitada sobre a ação física integrante do núcleo delitual do artigo 10 do diploma preservacionista, sendo questionado se a norma mira punir a *caça* ou a *caçada*. A ementa retrata o posicionamento do Egrégio Colégio:

“Penal. Lei n.º 5.197, de 3.1.67, artigo 10. Crime contra a fauna silvestre. Caça e caçada. Distinção. O vocábulo *caça*, constante da parte inicial do artigo 10 da Lei n.º 5.197, de 3.1.67 – a que o § 1.º do seu artigo 27 considera ilícito penal –, há de ser entendido como significando a efetiva apreensão ou abate de animal silvestre, e não como simples caçada, ou seja, a mera ação desenvolvida com o fim de capturar ou abater espécime da respectiva fauna.”²

Destaca-se, pois, das duas decisões colocadas, a indisfarçável preocupação pretoriana em minorar o draconianismo do Código de Caça, lei essa que apesar de guardar méritos no que tange a instrumentalizar o Estado para o controle e a coibição de excessos comprometedores do equilíbrio ambiental, peca por ter sido confeccionada sob a pressão de setores da sociedade sem compromisso com uma visão holística da norma penal, mas tão-somente interessados em mostrar à comunidade ambientalista internacional que no Brasil “a caça é assunto de cadeia!”. Exemplo maior desse exage-

ro punitivo está no artigo 34 da lei em foco, com a redação ofertada pela Lei n.º 7.653/88, estabelecendo que os crimes ali listados são *inafiáveis*, num flagrante descompasso com a escala de valores norteadora do sistema penal brasileiro, que, por exemplo, não proíbe o afixamento de quem infringe o artigo 129 do CP, praticando crime *contra a pessoa*, mais precisamente *contra a vida desta*. A imoderação presente na parte criminal do Código de Caça tem recebido críticas da maior procedência, notadamente daqueles que enxergam nessa aspeira um entrave à consecução da justiça penal. É o caso de Vladimir Passos de Freitas e Gilberto Passos de Freitas³:

“Note-se que nos crimes contra a natureza, a severidade do legislador impedindo a concessão de fiança nas infrações contra a caça (Lei n.º 7.653/88) poderá originar situações de manifesta injustiça. Suponha-se que um caçador é surpreendido com um único espécime da fauna silvestre, em local de grande quantidade de animais. Vale dizer, seu ato, ainda que condenável, não assume maior gravidade. Autuado em flagrante deverá permanecer preso, pois o crime é inafixável”.

E concluem os doutos:

“Ora, em situação como esta, notando o juiz não se tratar de hipótese que justifique a prisão preventiva, ausentes todos os requisitos da custódia cautelar (CPP, art. 312), a solução será a concessão da liberdade provisória.”

2. O Código de caça e a realidade regional

A análise desenvolvida pelos irmãos Passos de Freitas, supratranscrita, adequa-se à situação deveras comum no Nordeste do Brasil, consistente na caça (ou caçada) de aves silvestres de pequeno porte (rolinhas, avoetes, avoantes, arriboas etc.), por pessoas arrastadas à miserabilidade pelo fenômeno das secas. Nesse mister, ou na intermediação comercial dos pequenos animais, o nordestino consegue safar – ainda que provisoriamente – a fome que o atormenta. E para os que não avaliam a dimensão do infortúnio em comento, remeto à obra do Professor Otto Guerra⁴ que em capítulo no-

¹ RCr 93.01.01293-6/MG, 3.ª Turma, maioria de votos, DJU II, 14.6.93, p. 22.765.

² 3.ª Turma, ACr 92.01.05711-3/MG, maioria de votos, DJU II, 5.11.93, p. 47.109, tendo o juiz Aristides Medeiros funcionado como relator para o acórdão.

³ Crimes contra a natureza, 3.ª edição, S. Paulo, Editora RT, 1992, p. 194.

⁴ Tragédia e epopéia do Nordeste, Natal, co-edição CLIMA/UFRN, 1983, pp. 9 e 10.

minado "A morte não é tudo", expressa:

"Ademais, a morte não é tudo. Há outras conseqüências tanto ou mais cruas, que fazem parte do fenômeno da falta de chuvas, na zona do Nordeste brasileiro. ... Em seu documentado livro *Geografia da Fome*, Josué de Castro, autoridade em matéria de nutrição, nos fornece elementos suficientes para conhecer os males terríveis da fome sobre o organismo humano. ... Escapam muitos do flagelo com vida. Mas fica uma existência claudicante, franzina, marcada para o resto de seus dias com o tétrico ferrete. ... São as vítimas das carências específicas, principalmente crianças, porém também adultos. Meninos cujo crescimento se retarda chegando à idade adulta com *estaturas mirradas pelo nanismo alimentar, com suas deformações das osteopatias da fome e suas endocrinopatias carenciais, marchando e afeando o conjunto de homens fortes, que constitui a raça sertaneja*. Também surgem perturbações da visão, de toda ordem, indo até a cegueira, vem o beribéri, enfim toda aquela série de moléstias de carência bem conhecidas."

3. *Subsunção do estudo a um caso concreto*

Pois foi contra um nordestino cujo perfil bio-sócio-econômico guardava encaixe com o modelo acima traçado que foi ofertada denúncia, sob a acusação de ter o mesmo sido flagrado por agentes do IBAMA na margem de uma rodovia federal no Rio Grande do Norte, tentando vender aos circunstantes sessenta (60) avoetes, abatidos e acondicionados. O miserável – nem o mais acendrado respeito à dignidade humana me fará chamá-lo de modo diverso – foi preso em flagrante e amargou o cárcere por vários dias, até que lhe foi concedida liberdade provisória pelo douto juiz federal a quem foi comunicada "a captura do delinqüente".

A situação fática descrita na exordial rememora a cena presenciada por todos que têm a desventura de testemunhar a saga do agricultor nordestino em época de seca: acorre às rodovias, ou pedindo esmolas ou procurando vender aos passantes os poucos frutos do seu trabalho (ínfima produção rural ou artesanato culinário de higiene duvidosa). Involuntariamente pratica gesto de inequívoca dimensão política, ao instante em que expõe as visceras

de uma região preñe de riquezas naturais, mas deliberadamente trabalhada para padecer na miséria e no escárnio da decência dos seus habitantes.

A presença de um rurícola analfabeto e desempregado, à margem de uma estrada federal, oferecendo à venda um punhado de aves de arrição, deveria despertar o Estado para a injustiça social tisnadora de quem, numa derradeira tentativa de sobreviver de forma moralmente vertical, busca o minguado dinheiro que evitará a inanção dos seus familiares por mais algum tempo. Porém, pelo que está posto, é havida como "caso de polícia", ensejador de prisão em flagrante *sem direito a fiança*.

É o típico divórcio entre as leis e os fatos.

Mas voltemos à análise do que está contido formalmente nos autos da comentada ação penal.

Dá conta a carta de denúncia que o acusado, em 23.5.91 estava nas proximidades do km 178 da BR 304, custodiando sessenta unidades da espécie animal conhecida como "rolinha", abatidas e acondicionadas para venda, oportunidade em que foi preso por agentes do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente – IBAMA, havido como infrator do artigo 3.º da Lei n.º 5.197, em combinata com o artigo 27 do mesmo diploma.

Interrogado, confirmou o denunciado a situação noticiada pelo *Parquet*, aduzindo mais "que não sabia que vender rolinhas era crime" e que "só aceitou vender as rolinhas porque estava desempregado e necessitava de dinheiro pelo fato de estar desempregado". Arremata o increpado, em tom de reverência às instituições jurídicas, "que ainda que necessitasse de dinheiro pelo fato de estar desempregado, se soubesse que vender rolinha era crime, não teria praticado o ato".

As testemunhas indicadas pelo MPF afirmaram que o acusado tentava vender as "rolinhas" apreendidas às pessoas que trafegavam em carros pela artéria supramencionada. As testemunhas arroladas na defesa alegaram que o denunciado somente agiu da forma descrita pelo Ministério Público em razão de estar desempregado e com um filho passando privações. Informam também a insciência do acusado no que se refere à reprovabilidade penal do referido ato.

Encerrada a instrução, o órgão ministerial pediu a procedência da denúncia, enquanto a defesa alegou a ocorrência de *estado de necessidade* a timbrar o agir do seu patrocinado.

4. Erro de proibição ou estado de necessidade?

Em análise menos avisada, poder-se-ia enxergar, na espécie, a ocorrência de *erro de proibição* (CP, art. 21), diante da confessada e comprovada incultura do denunciado. Com efeito, um rurícola que mal “desenha” o próprio nome, não pode ser versado no intrincado conjunto de normas jurídicas que tutelam os bens da natureza neste País.

Entrementes, não acho que exista *erro de proibição* gizando o comportamento do acusado. Para que tal ocorresse, mister seria a comprovação da existência de crime, o que de fato inoocorreu. Se presente estivesse ação criminosa, com certeza seria o acusado beneficiário da *isenção da pena* (dês que o erro fosse inevitável) ou com a *diminuição da punição* (se o erro fosse evitável).

Mas crime não houve, já que o acusado atuou em *estado de necessidade*, restando assim acobertado pela existência de ilicitude do artigo 23, I, do Código Penal, instituto que é definido no artigo 34 do mesmo *codex*.

Diz-se que está em *estado de necessidade* “o homem que, para salvar de perigo atual ou iminente um bem jurídico próprio ou alheio, é obrigado a sacrificar um bem jurídico de outrem”, consoante lição de Anibal Bruno⁵.

No caso vertente, o acusado incorreu no sacrifício de um bem pertencente a outrem (exemplares da fauna silvestre, pertencentes imediatamente à União – Lei n.º 5.197, § 1.º – e mediatamente à população do País) em prol de outro bem intangível – até mesmo pelas leis do direito natural – que é a vida (sua e da sua prole). Sem dúvida, aplica-se à espécie a nota do autorizado Celso Delmanto⁶:

“O estado de necessidade é circunstância capaz de forçar o homem médio ao anti-social, quando for irrazoável exigir-lhe procedimento diverso (TAMG, RJTAMG 22/376).”

O Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, em aresto da lavra do juiz Albano Nogueira (AC 281.887), apanhado por Alberto Silva Franco e outros⁷ versando sobre os requisitos do *estado de necessidade*, assim se pronunciou:

⁵ *Direito Penal*, t. 1.º, 3.ª edição, Rio de Janeiro, Forense, 1978, p. 388/6.

⁶ *Código Penal Comentado*, 3.ª edição, Rio de Janeiro, RENOVAR, 1991, p. 43.

⁷ *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*, 2.ª edição, 2.ª tiragem, S. Paulo, Editora RT, 1987, p. 24.

“Tais requisitos se encontram configurados no caso *sub examem*. O perigo atual e inevitável é a fome, em face da qual poderá o agente sucumbir. Este perigo não foi provocado por ele, porque seu desemprego é fato alheio à sua vontade. Não é razoável, finalmente, que se deixe sucumbir para não infringir a lei.

Cabe refutar, por fim, a alegação de que o acusado não tinha fome, porque afirmou pretender revender tabletes subtraídos para conseguir dinheiro vivo. A revenda, no entanto, deveria ter a mesma finalidade – saciar a fome. E é forçoso convir que, transformado o produto da subtração em dinheiro, o agente poderia adquirir um tipo de alimentação mais satisfatório do que chocolate. A um estômago vazio satisfaz mais um simples sanduiche de mortadela que um sofisticado tablete de chocolate.”

Repito: legítimo foi o comportamento do acusado, que para aplacar a fome que consumia a sua pessoa e a sua família, lançou-se à aventura de vender aves na beira de uma estrada, sob o sol escaldante do Sertão de Angicos, uma das regiões mais secas do planeta Terra, segundo dados da FAO.

A tutela estatal sobre a fauna, no tema que se estuda, é feita através da configuração de crime contra a natureza às ações ditas anti-sociais que têm como tipo objetivo o comércio de espécie do reino animal reputada silvestre. Pois bem: debruçado sobre outro pretenso ilícito, também catalogado naqueles contra a natureza (só que rubricado pela generalidade do Código Penal – arts. 163 e 330), teve o Tribunal Regional Federal da 5.ª Região a oportunidade de demonstrar quão sensível deve ser o julgador estando defronte de situações onde tenha que aquilatar, manejando com esmero a axiologia, quais os valores que o Direito procura tutelar com imediatidade. Veja-se o acórdão⁸:

“Penal. Absolvição. Retirada de areia de duna para vender e sustentar a família.

1 – Confirma-se sentença que absolvi o acusado de praticar o delito previsto

⁸ Apelação Criminal n.º 0605-CE, julgada por unanimidade em 10.8.93, Relator Juiz José Delgado, em *Boletim de Jurisprudência do TRF 5.ª Região*, n.º 45, out./93, p. 54.

no artigo 163, combinado com o artigo 330, do Código Penal, tendo em vista que a prova nos autos demonstrou que o ato praticado era o de retirar arcaia de uma duna para se manter e sustentar a sua família.

2 – Situação de miséria do acusado que há de ser considerada pelo julgador.

3 – Supremacia da aplicação do princípio de respeito ao estado de miserabilidade do acusado, em prejuízo da interpretação rígida da lei.

4 – Apelação improvida.”

Como controlador social que é, não deve o juiz furtar o seu olhar ao hipotético conflito entre o direito à vida humana e a intocada conservação do meio ambiente. Em tal embate, prevalece o sentido de preservação da vida do homem, mesmo que em desprestígio parcial e temporário das outras riquezas naturais, inclusive a fauna silvestre. De nada adianta a natureza imaculada, se o homem não sobreviver para apreciá-la e dela desfrutar as benesses.

Assim, não pode o Direito alheiar-se do enfrentamento acima relatado. Quando ingressa na seara *homem + natureza*, toca ao jurista priorizar os objetivos da tutela do Estado. É imperioso que tenha por norte o que expõe o Professor José Augusto Delgado⁹ *verbis*:

“O direito ecológico da época contemporânea não se resume apenas na norma jurídica. Ele necessita alcançar, de modo intenso, a vontade do cidadão e fazer com que ele se incorpore na luta hoje necessária para se resguardar um sadio meio ambiente. Em face dessa missão que tem por desempenhar, se cobra do jurista uma atuação mais intensa no campo ecológico e de maior responsabilidade, de modo que se concretize a vontade de Cappelletti no sentido de que o *Direito seja também o cidadão*” (grifo nosso).

Sobrelevou também ao meu convencimento, a bagatela do objeto material do pretensão delito: duas “palhas” de avoetes, num total de sessenta unidades. Em uma região de homens esfomeados, e diante da prodigalidade da reprodução das aves, a proporção é desprezível!

Ademais, expondo à venda os sessenta animais à razão de Cr\$ 30,00 (trinta cruzeiros) cada,

⁹ Aspectos jurídicos do meio ambiente após a ECO 92, Recife, 1993, p. 2.

se conseguisse completar a mercancia, teria o acusado logrado apurar cerca de Cr\$ 1.800,00 (um mil e oitocentos cruzeiros), o que representaria aproximadamente a décima parte do salário mínimo então vigente (Cr\$ 17.000,00 – dezessete mil cruzeiros). Nem a ficção estampada na propaganda oficial, de que o salário mínimo basta para o sustento de uma família mediana, consegue dar maior amplitude ao “ilícito” atribuído ao acusado.

A respeito da pouca monta do objeto juridicamente tutelado, de sorte a (des)configurar o delito do artigo 3.º, c/c o artigo 17, ambos do Código de Caça, Vladimir Passos de Freitas e Gilberto Passos de Freitas¹⁰ dão conta de julgamento do Tribunal Regional Federal da 3.ª Região:

“*Contravenção Penal – Comércio com espécimes da fauna silvestre – Sentença absolutória que se confirma, por ausência de provas*”

O simples ato isolado de vender dois pássaros não configura por parte do apelado, a prática de comércio, a qual restou indemonstrada, tanto na fase do procedimento policial com na fase judicial. Improvida a apelação do Ministério Público Federal, para confirmar-se a absolvição.”

O estado de necessidade é excludente de criminalidade que o Estado confere ao particular, em razão de ele (o Estado) não ter conseguido ofertar aos seus súditos a tutela que bastaria para estancar a situação que somente foi debelada pelo agir do cidadão. Algo mais ou menos assim: toca ao Estado velar pela dignidade da pessoa humana, erradicando a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais (CF, art. 1.º, III e art. 3.º, III). Mas se o Estado não consegue atingir esse *desideratum*, autoriza o particular a desenvolver ações que venham a salvá-lo dos efeitos da inércia oficial, inclusive de *morrer de fome!*

O entendimento ora desposado está consistente com o de Julio Fabbrini Mirabete¹¹:

“O estado de necessidade pressupõe um conflito entre titulares de interesses lícitos, legítimos, em que um pode perecer lícitamente para que o outro sobreviva. Exemplos clássicos de estado de necessidade são o furto famélico, a antropofagia no caso de pessoas perdidas, a

¹⁰ *Opus*, p. 90.

¹¹ *Manual de direito penal*, v. 1, 6.ª edição, S. Paulo, Atlas, 1991, p. 169.

destruição de mercadorias de uma embarcação ou aeronave para salvar tripulante ou passageiros, a morte de um animal que ataca o agente sem interferência alguma do seu dono, etc. Não podendo o Estado acudir aquele que está em perigo, nem devendo tomar partido *a priori* de qualquer dos titulares dos bens em conflito, concede o direito de que se ofenda bem alheio para salvar direito próprio ou de terceiro ante um fato irremediável.”

Ora, autorizando até mesmo o canibalismo, para que uma pessoa não morra de inanição, não pode o Estado negar proteção a quem destrói pequena parcela da fauna, ou contribui para tanto quando mercadeja o produto do abate das aves. A excludente de criminalidade agora ana-

lisada está timbrada pela *proporcionalidade*, circunstância indispensável para a caracterização do *estado de necessidade*, no dizer de Julio Fabbrini Mirabete¹².

É óbvio que o acusado foi absolvido!

5. Conclusão

Resta agora a esperança de que novas luzes sejam derramadas sobre o assunto, de modo a que se tenha uma reforma legislativa mais consentânea com a realidade, com a cultura e com o sistema jurídico do País.

Certo fique, outrossim, que não se pugna pela descriminalização das máculas ao meio ambiente e ao patrimônio ecológico. O desejo é tão-só o da supremacia da razoabilidade no trato legal do assunto.

¹² Opus, p. 171.

Os irracionais de nossa democracia

A. MACHADO PAUPERIO

SUMÁRIO

1. A predileção que temos pela democracia e a atitude imparcial da Igreja. 2. A democracia em sua feição clássica e tradicional e a democracia moderna, posterior à Revolução Francesa. 3. A lei, produto da razão ou produto da vontade. 4. A Constituição brasileira de 1988 e a vontade popular. 5. Síntese dos princípios gerais e dos pressupostos da democracia. 6. A democracia, mais que qualquer outro regime, não pode prescindir dos valores morais para os próprios governados. 7. Frustração da democracia sem índices mínimos de cultura e bem-estar econômico. 8. Democracia e Direito.

1. A predileção que temos pela democracia e a atitude imparcial da Igreja

A predileção que temos pela democracia dispensa-nos de alinhar argumentos e razões em favor desse sistema de governo e dessa filosofia de vida. A nossa própria bibliografia atesta o que afirmamos. Entre nossas várias obras, só as que trataram *ex-professo* do tema já são suficientes para demonstrá-lo: *Exigências da Democracia*, Rio-São Paulo, Editora Forense, 1964; *Teoria do Estado Democrático*, Rio, Editora Presença, 1968; *Teoria Democrática do Poder*, Rio, Pallas S. A., 1976. Isto para não falar em obras que tratam direta ou indiretamente da matéria como *Presidencialismo, Parlamentarismo e Governo Colegial*, Rio, Editora Forense, 1956; *O conceito polêmico de soberania*, 2.ª ed., revista e ampliada, Rio, Editora Forense, 1958; *O Direito Político de Resistência*, 2.ª ed., revista e ampliada, Rio, Editora Forense, 1978; *Direito e Poder*, Rio, Editora Forense, 1981...

A. Machado Pauperio é Professor Emérito da UFRJ; membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas.

Apesar de a Igreja declarar que aprova todas as formas de governo contanto que fiquem

a salvo a religião e a moral, como salienta a *Sapientiae christiana*, de Leão XIII, e de aceitar qualquer regime político que reconheça os direitos fundamentais da pessoa e da família e os imperativos do bem comum, como estabelece a *Gaudium et Spes*, do Concílio Vaticano II, não há dúvida de que não deixa de haver uma concepção cristã do Estado, consubstanciada sobretudo nas encíclicas *Diuturnum Illud*, *Immortale Dei*, *Libertas Praestantissimum* e *Summi Pontificatus*. A Igreja não pode, aliás, desertar do seu caminho providencial de formar o homem integral e de colaborar para os sólidos fundamentos da sociedade.

2. A democracia em sua feição clássica e tradicional e a democracia moderna, posterior à Revolução Francesa

A democracia, porém, na sua feição clássica e tradicional é tão-só uma das três formas de governo consistente apenas na designação dos governantes. Mas a democracia moderna, baseada em Spinoza, Locke e, sobretudo, em Rousseau, transforma a eleição democrática não apenas em uma forma possível de governo, mas, em critério único de legitimidade, colocando no povo a fonte exclusiva dessa legitimidade, como estabelece o art. 3.º da *Declaração de Direitos de 1789*, própria da Revolução Francesa.

Como dissemos alhures, a autoridade decorre dos próprios imperativos sociais, concorrendo para manter a ordem natural, integrada no plano divino da criação. Não é por outra razão que se diz vir o poder de Deus, como ensina o grande Doutor Angélico, Santo Tomás. *Omnis potestas a Deo*. Não há dúvida de que o poder estabelecido vem sempre de Deus, *a Deo*, mas não por transmissão direta à pessoa do governante. Todo poder vem de Deus, *in abstracto*, ensinam os maiores teólogos católicos; não *in concreto*. O poder vem de Deus mas por intermédio do povo. *Omnis potestas a Deo, per populum*, como havia ensinado Tomás de Aquino e toda a escola espanhola. A doutrina do direito, que alijava o povo, foi esporádica na Idade Média: foi doutrina de cristãos, mas não doutrina do Cristianismo.

Com a eleição democrática, designa-se o governante, mas não se conferem quaisquer direitos do poder, fora do bem comum.

Mas se o princípio de toda soberania reside estritamente na Nação, deriva-se daí como corolário natural a afirmação rousseauiana de que a vontade geral é o único fundamento da lei, na

forma do art. 6.º da citada Declaração de Direitos de 1789 – “A lei é a expressão da vontade geral”. A partir de então o poder e a lei buscaram sua fonte de inspiração exclusiva na vontade popular.

3. A lei, produto da razão ou produto da vontade

Como diz Santo Tomás na *Summa Theologica* – e lembramos em prefácio a livro sobre a teoria da norma jurídica, *lex est quaedam rationis ordinatio ad bonum commune ab eo qui curam communitatis habet, promulgata*.

Tanto a lei científica como a sociológica e a jurídica procedem da razão. Já houve quem tivesse imaginado provir a lei jurídica da vontade ao invés da razão. Para Jean-Jacques Rousseau, a lei é a expressão da vontade geral. Filosoficamente, porém, é tal afirmação um erro e desse erro procede todo o voluntarismo moderno no Direito, que fez apoiar a lei na vontade e não na razão. Mas a lei não pode ter origem na vontade de ninguém. Se a lei for expressão da vontade e não da razão, estaremos com o caminho aberto para todos os totalitarismos. Todas as leis, mesmo as jurídicas, sempre serão produto da razão. Quando um parlamento aprova uma lei de emergência de congelamento de aluguers, por exemplo, essa lei não será apenas porque os representantes do povo assim o desejaram, mas, pelo contrário, esses assim votaram porque justamente essa providência atende às relações necessárias decorrentes da situação do inquilinato no mundo moderno e na conjuntura econômica atual brasileira, para a qual o Congresso legisla.

Para Rousseau, a vontade geral é *norma absoluta e suprema*. Para nós outros, é também *norma*, mas não absoluta nem suprema. Para nós, a única norma absoluta e suprema é a *lei natural*.

Jamais pode a vontade do povo ser a substância da lei. Na verdade, não é senão seu meio de explicitação.

A lei jurídica encontra na *razão da ordem* o seu próprio valor. Se há na lei um ato de vontade, está ele subordinado a uma razão qualquer. A vontade deve estar, assim, condicionada pelo princípio racional do bem coletivo.

4. A Constituição brasileira de 1988 e a vontade popular

Também a nossa *Constituição Federal de 1988* se equivoca no mesmo sentido. Pelo menos, diz o parágrafo único do seu artigo 1.º:

“Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.” Emana quer dizer nasce, provém ou se origina, na opinião dos maiores dicionaristas.

Em condições normais, muito bem. Mas imaginemos que mais da metade da população passe a ser constituída de traficantes de drogas. A democracia inverter-se-ia nos seus resultados. É quando então poderíamos dizer: “Cada povo tem o governo que merece.”

Inferre-se daí que se busca, a partir de 1789, inspiração exclusiva na vontade popular. Não se reconhecem, assim, verdades objetivas nem direitos naturais que se imponham como superiores à opinião cambiante dos povos ou dos legisladores por eles eleitos. Não foi senão por isso que Madiran pôde dizer que a democracia moderna é totalitária. Por uma rebelião essencial, o homem quis dar-se a si próprio sua lei moral e a partir de 1789 tal apostasia tornou-se coletiva, convertendo-se no fundamento do direito político. A democracia moderna configurou-se, assim, estado de pecado mortal (v. Jean Madiran, *Les deux démocraties*, Paris, 1977, pp. 16/18). Não podemos, por isso, aceitar o princípio da democracia moderna que faz da vontade geral a Lei Suprema da sociedade contra todo direito divino e humano. Não foi à-toa que a proposição LX do *Syllabus* de Pio IX foi condenada: “A autoridade não é outra coisa, senão a soma do número e das forças naturais.” E não só. Igualmente foi passível de condenação a IV proposição da Encíclica *Quanta Cura*, de Pio IX: “A vontade do povo, manifestada pelo que chamam de opinião pública, ou de outra maneira, constitui a lei suprema, independente de todo direito divino e humano; e na ordem política os fatos consumados, só pela razão de serem consumados, têm valor de direito.

3. Síntese dos princípios gerais e dos pressupostos da democracia

Numa síntese que já fizemos e que agora tornamos mais explícita, podemos concluir, tendo em vista a democracia em geral e a nossa democracia em particular, o seguinte:

5.1. O mundo antigo não conheceu, propriamente, a democracia, tal qual hoje a conhecemos. Por democracia entendia-se então apenas a participação, no governo, dos cidadãos, mas estes, àquela época, que conheceu a escravidão, não compreendiam senão pequena parcela da sociedade. Apesar de ter direitos políticos, poder votar, nomear magistrados e exercer

funções públicas, o homem antigo não chegou a conhecer a liberdade, não tendo sido, no fundo, senão verdadeiro escravo do Estado, perante cuja onipotência não tinha nenhuma defesa.

5.2. Altamente dinâmico, em sua realização, o conceito de democracia atual tende cada vez mais a corporificar um ambiente político capaz de objetivar o bem comum, através da garantia dos direitos pessoais e sociais e, portanto, da liberdade e da igual oportunidade, em que tem predominância a vontade popular, expressa pela maioria, mas em que, nem por isso, perde a minoria o seu direito de fiscalização e de crítica.

a) O sufrágio universal corresponde, sem dúvida, na prática política de grande número de países, à verdadeira e mera ditadura do número, sem levar em consideração quaisquer aspectos qualitativos.

Teoricamente ideal em sociedades homogêneas, cujos membros são portadores de um mínimo de cultura moral e intelectual e de um mínimo de bem-estar econômico, é um dos elementos irracionais por excelência das democracias dos países subdesenvolvidos, sem ainda as condições imprescindíveis para a prática do voto igualitário.

b) Para que o sufrágio universal possa, assim, funcionar bem, deve marchar em direção da ascensão cultural e econômica da massa, ou melhor, em direção da transformação da massa em povo, o que se deve tornar a preocupação máxima de todo e qualquer governo.

O que é essencial, entretanto, é que se não agrave a situação, como se faz entre nós, possibilitando não só o voto aos maiores de 16 anos como, sobretudo, aos analfabetos, mesmo para as eleições estaduais e federais.

c) Por não nos encontrarmos, em muitos lugares no Brasil, em condições razoáveis que sejam de praticar o sufrágio universal, muitos sugerem, para obviar-lhe os inconvenientes, que se recorra à organização corporativa da sociedade ou ao voto ponderado, de valor qualitativo.

A organização corporativa, exaltada por uns e criticada por outros, não parece, por si só, resolver o problema da representação política. Ademais, comprometida aparentemente pelo fascismo, não encontra receptividade suficiente para sua adoção. De qualquer modo, porém, é preciso não perder de vista que a eleição de base municipal é sempre a que guarda contornos mais autênticos, pelo conhecimento direto dos eleitores com relação aos seus represen-

tantes. Não é senão por isso que os analfabetos podem razoavelmente votar no município.

Quanto ao voto de valor qualitativo, teoricamente racional, não encontra, também, ressonância democrática nas sociedades como a nossa, em que não há, ainda, perfeita e igual oportunidade educativa.

d) De um modo ou de outro, porém, para obviar a influência do dinheiro nas eleições, é aconselhável que se marche em direção da *igual oportunidade eleitoral*, através não só da cédula oficial como da *regulamentação da própria propaganda* por intermédio dos modernos meios de veiculação do pensamento (o que já se faz entre nós). Contudo, a regulamentação dos gastos eleitorais nas campanhas ainda requer aperfeiçoamento.

e) Por implicar, finalmente, a atividade política em conhecimentos específicos de ordem administrativa, econômica etc., é de passar a exigir-se também dos candidatos a cargos eletivos, além de provas de idoneidade moral, o preenchimento de certas condições de competência, sem o que se põem em jogo os interesses da coisa pública e em última análise os interesses dos próprios governados.

A esse respeito, lembre-se a criação de um Instituto de Altos Estudos de Política e Administração destinado ao aperfeiçoamento cultural dos candidatos a postos eletivos (v. A. Machado Pauperio, "Democracia e Representação", *Revista de Informação Legislativa*, n.º 73, 1982, pp. 5 e ss.). O que não é possível é que um Presidente da República, por exemplo, possa sê-lo apenas por ser brasileiro e estar no gozo de seus direitos políticos.

f) A verdadeira representação democrática, todavia, jamais poderá realizar-se sem os pressupostos de um mínimo de cultura moral e intelectual e de um mínimo de bem-estar econômico dos cidadãos. A ascensão cultural e econômica das massas é, por isso, o imperativo por excelência do Estado moderno.

6. A democracia, mais que qualquer outro regime, não pode prescindir dos valores morais para os próprios governados

Numa época em que os valores morais, sobretudo, se mostraram tão baixos e em que as Igrejas perderam o controle das populações, não é possível prescindir da *Educação Moral e Cívica* em todos os graus de ensino e em que tão má hora foi retirada dos currículos escolares. Seja-nos lícito lembrar aqui as palavras fi-

nais do nosso estudo *As novas dimensões do civismo*, escrito especialmente para a Comissão Nacional de Moral e Civismo, de que fomos membro por dois períodos consecutivos:

Humanismo cívico – Dentro de nossas convicções democráticas, o civismo há de apoiar-se numa concepção de respeito à pessoa humana e de sua dignificação, através de condições morais e espirituais superiores.

A educação cívica é, aliás, apenas uma parte da educação geral e deve inspirar-se, por isso mesmo, *exatamente nos mesmos ideais que animam esta*.

Tais ideais, longe de deverem ser fruto da política partidária, devem sobrepor-se aos próprios partidos. Obviamente, a educação cívica *não pode ser "oficialista", no sentido de interpretar os sentimentos particularistas de um determinado governo que está ocasionalmente no poder*. A educação cívica há de ser, portanto, sejam quais forem as vicissitudes do Estado, a *educação do bem comum, forjada na dignidade humana e baseada nos valores éticos e espirituais da nacionalidade*.

Por isso mesmo, a educação cívica deve ter um alto sentido moral. Definindo o fim supremo da educação cívica, diz Kerchensteiner que "é formar o sentimento ético estatal" (v. G. Kerchensteiner, *La educación cívica*, Barcelona, Labor). Isto quer significar que, mesmo que se eduque tendo em vista a filosofia do poder dominante, deve-se tender sempre a melhorá-lo no que seja possível.

Por outra parte, porém, como diz Luzuriaga (v. Lorenzo Luzuriaga, *Diccionario de Pedagogia*, Buenos Aires, Editorial Losada S. A., 1959), "há que advertir que o fim último da educação cívica não é o Estado, senão a personalidade, que é cidadã, mas também algo mais".

Para que se não sacrifique a pessoa ao Estado, ou melhor, ao partido que o representa, o civismo deve informar-se de ideais éticos procedentes, em última análise, dos juízos de valor, das avaliações e das estimativas deduzidas da Metafísica, da Religião ou do que os alemães chamam *Weltanschauung* da visão do mundo ou do que em antropologia cultural se denomina *cultura*, em sentido diverso do corrente.

Civismo e Segurança Nacional – Como reconhece a própria equipe do departamento de estudos, responsável pelos problemas da segurança nacional na Escola Superior de Guerra, "é no campo moral e espiritual que reside a mais profunda crise do mundo contemporâneo, ra-

ção maior da insegurança generalizada entre as nações e dentro das próprias comunidades nacionais”.

Atendendo a tal conjuntura, universal e nacional, o civismo há de apresentar-se hoje com novas dimensões. Já se tornou obsoleto o civismo de antanho, palavroso, ufanesco e patrioteiro. Civismo semelhante em tudo ao Cristianismo de muitos, que se contentam apenas em vez de viver as verdades do Sermão da Montanha com o casamento na Igreja e com a assistência às missas de sétimo dia. O civismo hoje há de ser realmente amor ao bem comum da pátria, dentro dos princípios éticos e espirituais da nacionalidade. Há de ser um civismo autêntico porque antiegoísta, e antiegoísta porque altamente espiritualista, inspirado em Deus, princípio e fonte de todos os valores.

Com essas novas dimensões do civismo, vamos instaurar um novo mundo em nossa Pátria. Vamos, com ele, varrer o neutralismo educacional, que tantas vezes infestou, em cento e cinquenta anos, os arraiais da nossa ciência pedagógica oficial.

Civismo e desenvolvimento integral do homem – Os “quadrados” não somos nós. Os “quadrados” são hoje os que prosperaram Deus da Escola e do Estado. Sem Deus, tudo é relativo e a moral um simples feixe de princípios convencionais. Sem Deus, a vida não tem sentido nem diretrizes. A ciência, de sentido meramente indicativo, não tem sequer meios de harmonizar consciências.

Porque a educação sem Deus não foi capaz de varrer o egoísmo humano que culminou na aberração supercapitalista, homens agnósticos pensaram, como meio de neutralizar os maus instintos individuais, em socializar a própria vida do homem. Mas, isso fazendo, submergiram a própria pessoa humana na voragem do totalitarismo, em que o homem perde a liberdade e passa a ser engrenagem da máquina social. Do individualismo voraz, em que o homem destrói o próprio homem, nasceu o socialismo voraz, em que a sociedade destrói os próprios membros da comunidade cuja feição e dignidade são por excelência, as de seres individuais e distintos, com um destino próprio e eterno, diferente do destino da pessoa coletiva de que fazem parte.

Por isso, nos difíceis tempos atuais, em que o joio se mistura com o trigo a cada momento, havemos de ser os arautos do Novo Civismo,

que há de trazer para o Brasil, através do campo educacional, os pressupostos futuros de uma Nova Civilização, que, no dizer profético de Keyserling, há de fincar seus pés nas plagas inquietas desse Novo Mundo ainda em ebulição.

Na esteira desse pensamento, sentimos a perspectiva de nosso país integrado no processo de desenvolvimento, que o tornará, em breve, capaz de liderar a civilização de nossos dias.

Sem dúvida, a educação há de vincular-se a esse processo de desenvolvimento, mas tal não pode significar, de modo algum, subordinação ao monismo econômico, como diz o Prof. Min. Geraldo Montedônio Bezerra de Menezes, representante do Estado do Rio de Janeiro na Quinta Sessão Plenária da Conferência Nacional de Educação, realizada em São Paulo, em 1969. “Ciência, cultura, técnica, economia, educação, em uma palavra, o desenvolvimento, deve estar impregnado de *humanismo*, sem o qual não teria sentido a afirmação da *Populorum Progressio* de que a educação constitui o primeiro objetivo de um plano de desenvolvimento, com a advertência de que o desenvolvimento integral do homem é correlato ao desenvolvimento solidário de todos os homens. Para evitar distorções, uniteralismo ou limitações conceituais, inclusive quanto à concepção de cultura, ressalta-se a necessidade de dar igualmente aos educandos consciência de valores espirituais e morais, de sua dignidade humana, de sua responsabilidade e progressiva autodeterminação, convertendo-os em sujeitos do seu próprio desenvolvimento.” Neste sentido é que se processa o esforço de sua incorporação, vital à comunidade, despertando-lhe o senso de solidariedade humana. Erro haveria, de sérias conseqüências, se reduzíssemos a educação, exclusivamente, a uma “inversão produtiva”, com abstração de completa formação pessoal, imprescindível a que se estabeleça no convívio humano um clima de justiça, compreensão e paz” (*Anais*, v. II, p. 601).

Essa é a meta de nossos esforços e de nossa ação. Para que cada educando se converta em sujeito do seu próprio desenvolvimento, a educação há de basear-se nos princípios éticos e axiológicos, fundamentados em sua fonte por excelência – Deus. Com base em nossa lei fundamental, que dá a filosofia para toda a educação brasileira – o Decreto-Lei n.º 869/69, as novas dimensões do civismo regenerarão o ensino no Brasil, preparando-o para as novas res-

pensabilidades que se avizinham no alvorecer do terceiro milênio já à vista.

Melhorado o povo, melhorará sem dúvida a elite governante, que sairá naturalmente, na democracia daquele. Sendo a vida pública e a privada interdependentes, se a primeira, porém, se corrompe, como tem sido muito comum, a segunda não pode desenvolver-se nem alcançar seus próprios fins.

7. Frustração da democracia sem índices mínimos de cultura e bem-estar econômico

A elevação do índice educacional e econômico, porém, é condição *sine qua non* para o funcionamento de uma sã democracia, ou melhor, de uma sã social-democracia, como tende a ser em toda parte a *democracia moderna*.

Sabemos que o nosso país tem quatro milhões de crianças de 7 a 14 anos fora das escolas. Acresce que o ensino, praticamente em todos os graus, tem decrescido cada vez mais em qualidade. Urge, de todos os modos, garantir vagas para todos, no 1.º e 2.º graus, reciclando professores e dando-lhes salários decentes e dignos. Paralelamente, é preciso não esquecer os cursos noturnos supletivos e profissionalizantes e as escolas técnicas, que devem ser vulgarizados em parceria com empresas, sindicatos, Senai e Senac.

Isso abrirá as portas para a igualdade de oportunidade do brasileiro mais humilde, de quem a inflação comeu o poder de compra dos salários, aumentando cada vez mais a distância entre ricos e pobres e o número crescente de desempregados, que já sobe quase a três milhões e meio.

Oxalá que o controle da inflação, com o plano real, se efetive para vencê-la e incentivar os investimentos das empresas e a geração de empregos. Só com incentivos especiais para atividades que gerem muitos empregos conseguiremos sair da situação em que nos encontramos, de miséria de uma parte da população e de alta concentração de renda de outra parte. Mas a democracia não pode funcionar com alta concentração de renda nas classes superiores da sociedade. Para obviar tal irracionalidade, é preciso tomar medidas que tendam ao aumento real do salário mínimo, bem como à regulamentação da participação dos empregados nos lucros das empresas, marchando o país para a reconquista do desenvolvimento e o Estado para a diminuição sensível de suas atividades empresariais.

O assalariado há de estar, além disso, garantido em sua saúde, hoje só possível com planos particulares, altamente onerosos. Os hospitais estão praticamente falidos e o poder público não se pode descurar da implantação, em definitivo, do Sistema Único de Saúde (SUS), através de sua municipalização.

A agricultura, finalmente, deve ser objeto de cuidados especiais, tendentes a aumentar a produção e a criar uma cesta básica, farta e barata, fazendo-se com coragem a reforma agrária necessária e responsável, ao lado da reforma urbana, também altamente desejável para o pequeno assalariado.

E, nessa escalada em prol do bem comum, não nos esqueçamos também da segurança, que é precaríssima, sobretudo nas grandes metrópoles. Enquanto, aliás, os criminosos de colarinho branco permanecem soltos, os presídios superlotados transformam-se em escolas do crime, quase exclusivamente para os pobres, que são quase 100% dos presos do País.

Tudo isso requer mudanças e vontade hercúlea dos governantes para conseguir as condições mínimas para que a social-democracia que pretendemos instaurar possa dar frutos bastantes, ainda que apenas razoáveis.

A democracia, em tese, é o mais racional dos sistemas de governo mas, por isso mesmo, é o mais exigente deles quanto aos pressupostos que não pode dispensar. Do Estado de direito havemos de caminhar, assim, para o Estado de justiça, máxime de justiça social, sem a qual de nenhum modo podemos vislumbrar a igualdade mínima compatível com as grandes aspirações democráticas.

8. Democracia e direito

De maneira geral, o poder político-democrático está baseado numa série de instituições ou instrumentos tais como os partidos políticos, a divisão de poderes, o sufrágio universal e as declarações constitucionais dos direitos fundamentais dos cidadãos e das liberdades públicas.

Apesar dos irracionais da democracia moderna posterior à Revolução Francesa, tal forma de governo polarizou, pela primeira vez, a possibilidade de alçar-se ao governo qualquer cidadão, mesmo estranho às elites dinásticas. Não foi senão por isso que o grande filósofo cristão Jacques Maritain, em seu conhecido livro *L'Homme et l'Etat*, não tergiversou em dizer: "Com a democracia iniciou a humanidade o único caminho autêntico, ou seja, o da racional-

lização moral da vida política.”

Está claro que a isso nos leva a democracia sem a mentalidade relativista do *Contrato Social* de Rousseau, negadora da lei natural e que entrega à lei do número toda a regulamentação da vida humana: democracia absoluta, totalitária e portadora de uma religião do homem liberado de Deus ou deificado.

Sabemos, por exemplo, que o igualitarismo democrático, levado às últimas consequências, lança-nos ao caminho da servidão que o próprio Tocqueville anatematizou:

“Penso então que a espécie de opressão de que os povos democráticos são ameaçados não se parecerá em nada aos que os precederam no mundo; nossos contemporâneos não saberiam achar nela a imagem de suas lembranças. Procuro em vão eu mesmo uma expressão que reproduza exatamente a idéia que satisfaça e a compreenda; as antigas palavras de despotismo e tirania não convêm absolutamente. A coisa é nova, é preciso então tratar de defini-la, já que não posso nomeá-la” (v. Alexis de Tocqueville, *De la Démocratie en Amérique*, Gallimard, 1951, t. II, p. 324).

Como já se tem dito, ao assim escrever, contemplou Tocqueville profeticamente o totalitarismo de nossa época, acarretado pela *vontade geral* de nossos povos democráticos.

A rigor, a democracia há de ser a legitimadora do Direito, ou por outra, deve ser condicionada pelo Direito, a quem deve servir.

O Direito não pode ser assim o que em cada momento quer a vontade popular, não podendo a democracia funcionar como simples fórmula política de legitimação. Se assim pudesse ser, converteríamos a força do número em criadora do Direito, voltando ao império da vontade do mais forte. O Direito da força é a maior negação da força do Direito, a quem cabe a missão superior de ordenar racionalmente a convivência social, de modo a alcançar o bem comum da sociedade.

A validade intrínseca do Direito depende de sua conformidade, ou ao menos não-disconformidade, com os princípios da moral, da que se não pode desligar, e com os princípios do direito natural, que em última análise é a própria justiça, consistindo o plano derradeiro da validade do Direito nos valores que nele se encarnam.

Evidentemente, a democracia rousseauiana, desprovida de todo conteúdo e significado ético, não pode ser, por si só, por seus procedi-

mentos específicos, legitimadora do Direito.

O Direito legitima-se e justifica-se por seu conteúdo ético de justiça, garantidor dos autênticos princípios sociais, e não pela forma técnica de sua criação democrática.

Assim, se a força do número ou da maioria, com a soma de votos, criar Direito, mesmo sendo suas prescrições contrárias à moral e ao direito natural, em luta contra a natureza das coisas e em oposição ao bem comum e à dignidade e direitos da pessoa humana, não haverá, de modo algum, legitimação do Direito.

A democracia constitui método válido para decidir no âmbito político, mas a validade de uma decisão científica não pode operar-se com base no princípio democrático das maiorias.

Já São Isidoro, há treze séculos atrás, assinalara serem condições, para que a lei seja tal, “justa, honesta, possível, conveniente às circunstâncias de tempo e lugar...”, sendo que, para sua legitimidade e validade, deve ao menos reunir três requisitos: ser moral, justa e proveitosa ao bem comum.

O Direito, portanto, é válido e justifica-se ou legitima-se por sua conformidade ou ao menos não-desconformidade com os princípios superiores de justiça ou direito natural.

As leis injustas não são leis, ao rigor do termo, e quem, abusando do poder, corrompe o exercício deste, por majoritário que seja, não é democrata, mas tirano.

Dois requisitos presidem à legitimidade das normas jurídicas: que se originem de um poder legítimo e que o conteúdo delas seja justo. Pelo princípio da soberania popular cumpre-se o primeiro requisito, mas este, por si só, não dá legitimidade ao sistema jurídico. O que faz com que um ordenamento seja justo é a força do Direito e jamais o direito da força.

Já Aristóteles advertia sabiamente na *Política*: “Os partidários da democracia chamam justa a opinião da maioria, seja qual fora, e os oligarcas a opinião dos que possuem maior riqueza... Mas as duas opções implicam desigualdade e injustiça” (v. Aristóteles, *Política*, lib. VIII, c.3). Há uma visível preponderância da moral e do Direito sobre o poder e não o inverso. Gustav Radbruch, jurista insigne e ex-ministro da justiça na Alemanha, diria cheio de razões: “Sobre o delito legal está o Direito suprallegal”.

A democracia não pode, por si só, dar legitimidade ao Direito porque, enquanto a democracia é uma forma técnica, o Direito é, antes de

mais nada, uma forma ética, com conteúdo de justiça que os votos da maioria jamais poderão substituir ou compensar. O Direito não é um atributo do povo que possa ser estabelecido

ou revogado à sua vontade. Vemos, assim, a democracia como participação do povo no ordenamento político e não como poder supremo de governo sediado na multidão.

O Senado como controlador externo

HELOISA HELENA TARTAROTTI CAMARGO E
MARIA DE LOURDES DE MEDEIROS KAIN

SUMÁRIO

I. Introdução. II. Atribuições legais. 1. Fiscalização contábil, financeira, operacional e patrimonial das entidades de administração pública. A. Comissões parlamentares de inquérito e requerimento de informações. B. Trabalhos nas comissões permanentes e audiências públicas. 2. Exame das contas anuais do Presidente da República. 3. Homologação dos atos de emissão de moeda. 4. Fixação dos limites de endividamento e autorização para operações de crédito interno e externo. 5. Apreciação do Plano Plurianual, da Lei das Diretrizes Orçamentárias e da Lei Orçamentária Anual. A. O ciclo orçamentário. B. Problemas na apreciação do orçamento pelo Legislativo. III. Conclusões e recomendações. Quadros.

I. Introdução

O presente trabalho tem caráter descritivo e objetiva fornecer uma visão geral das ações do Senado como controlador externo dos atos do Poder Executivo. A ação do Senado como controlador é mais conhecida do grande público através das Comissões de Inquérito, instrumento de impacto que chama a atenção da sociedade por tratar de assuntos polêmicos, geralmente em evidência nos meios de comunicação. Mesmo o Relatório do Tribunal de Contas da União para 1993 assinala que: "Ainda na esfera do Poder Legislativo é de todo oportuno realçar a singular importância do instrumento de controle por ele utilizado, representado pelas Comissões Parlamentares de Inquérito. A eficiência da atuação desses organismos, com a cooperação do Tribunal de Contas da União, revelou-se de forma marcante na vida política do país nos últimos anos. Cite-se, como exemplo, a recente investigação e revelação das distorções e ilicitudes ocorridas no processo do

Helôisa Helena Tartarotti Camargo é Consultora Legislativa, em exercício, na Consultoria de Orçamento.

Maria de Lourdes de Medeiros Kain é Consultora-Geral de Orçamentos.

Orçamento da República.”¹

Entretanto, ainda que consideremos indiscutível a importância das Comissões de Inquérito, propomos que a atividade fiscalizadora do Senado deva ser entendida num contexto mais amplo, englobando instrumentos próprios do Legislativo, tais como: requerimento de informações, depoimentos, atividades nas Comissões Permanentes, apreciação dos planos plurianuais, da Lei das Diretrizes Orçamentárias e da Lei do Orçamento Anual.

As atribuições do Legislativo em geral, do Senado, em particular, permitem, pelo menos em termos legais, que estas instituições possam exercer uma efetiva atividade fiscalizadora das ações do Governo. As razões pelas quais estas atribuições não são exercidas em sua plenitude devem merecer análise mais detalhada no futuro, cuja conclusão venha a permitir aos tomadores de decisão, no âmbito do Legislativo, adotar as providências necessárias para corrigir as eventuais distorções e aprimorar sua atuação na função de fiscalização.

Este estudo não pretende esgotar o assunto, muito menos emitir juízos de valor sobre a atuação do Senado e do Congresso Nacional. Acreditamos, no entanto, que poderá fornecer material para reflexão, tanto para os parlamentares quanto entre os estudiosos da administração pública e da atividade política.

Os tópicos abordados englobam: aspectos legais; atividades de fiscalização contábil, financeira, operacional e patrimonial das entidades de administração pública, direta e indireta; exame das contas anuais do Presidente da República; homologação dos atos de emissão de moeda; fixação de limites para o endividamento dos estados, municípios, empresas e órgãos públicos, bem como a autorização das operações de crédito interno e externo; apreciação do Plano Plurianual, da Lei das Diretrizes Orçamentárias e da Lei Orçamentária Anual.

II. Atribuições legais

A ação fiscalizadora do Congresso Nacional, além de analisar os aspectos legais dos gastos públicos, deve considerar tanto a eficiência, eficácia e economicidade do seu uso, quanto critérios de ordem política, como oportunidade e ética.

É importante, quando falamos de acompanhamento, fiscalização e avaliação das ações

do Governo, destacar que, no ambiente parlamentar, tais atividades podem ser desenvolvidas de formas diversas daquelas tradicionalmente associadas ao processo de avaliação.

A Constituição de 1988, no art. 70, da Seção IX – Da Fiscalização Contábil, Financeira e Orçamentária, estabelece que é responsabilidade do Congresso Nacional a fiscalização contábil, financeira, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração pública direta e indireta, mediante controle externo, com o auxílio do Tribunal de Contas da União (TCU).

Esta fiscalização deve considerar os preceitos da legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, e aplica-se a qualquer pessoa física ou entidade pública que “...utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária”.

Conforme o art. 71 da Carta Magna, compete ao Congresso Nacional, com o auxílio do Tribunal de Contas, examinar as contas anuais da Presidência da República, julgar as contas dos administradores públicos, apreciar a legalidade dos atos de admissão de pessoal, realizar inspeções de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, fiscalizar contas de empresas transnacionais de cujo capital a União participe, e fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União.

Ao Tribunal de Contas cabe prestar informações ao Congresso Nacional, sempre que solicitado, promover inspeções e auditorias de natureza contábil, orçamentária, operacional e patrimonial, além de aplicar sanções e representar ao poder competente sobre irregularidades ou abusos.

Ainda, de acordo com o art. 74 da Constituição de 1988, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário deverão manter de forma integrada um sistema de controle interno que, dentre outras finalidades, apóie o controle externo no exercício de sua missão institucional.

Além das competências constitucionais de controlador externo, o Congresso Nacional tem a atribuição de dispor sobre matérias de competência da União quanto à moeda, seus limites de emissão, e montante da dívida mobiliária federal (art. 48, XIV).

Ademais, é de competência exclusiva do Congresso Nacional “...julgar anualmente as

¹BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). Relatório, Conclusão e parecer prévio sobre as contas do Governo da República; exercício 1993, p.49.

contas prestadas pelo Presidente da República e apreciar os relatórios sobre a mudança dos planos de governo” (art. 49, IX); bem como “... fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta” (art. 49, X).

O art. 50, e seus parágrafos, estatui que “A Câmara dos Deputados ou o Senado Federal, bem com qualquer de suas Comissões, poderão convocar Ministro de Estado para prestar, pessoalmente, informações sobre assunto previamente determinado, importando crime de responsabilidade a ausência sem justificativa adequada”. Também outras autoridades, peritos e representantes de grupos de interesse podem ser convidados a prestar depoimentos perante Comissões do Legislativo.

Similarmente, as Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal poderão encaminhar pedidos escritos de informação aos órgãos do Executivo, importando crime de responsabilidade a recusa, o não-atendimento no prazo de trinta dias, ou a prestação de informações falsas.

Quanto ao Senado Federal, ao lado das atribuições privativas de atuar como órgão judiciário, de escolher autoridades e de suspender lei inconstitucional, tem ainda a competência privativa de autorizar as operações externas de natureza financeira, de interesse da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; de fixar, por proposta do Presidente da República, limites globais para o montante da dívida consolidada da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; de dispor sobre limites globais e condições para as operações de crédito externo e interno e concessão de garantias às mesmas para todo o setor público; e de estabelecer limites globais e condições para o montante da dívida mobiliária dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (art. 52, V, VI, VII, VIII, IX).

Em resumo, as atribuições do Congresso Nacional e do Senado Federal em particular, como poder controlador externo, são:

1 – fiscalização contábil, financeira, operacional e patrimonial das entidades de administração pública, direta/indireta, com o auxílio do TCU;

2 – exame das contas anuais do Presidente da República;

3 – homologação dos atos de emissão de moeda;

4 – fixação de limites para o endividamento

dos Estados, Municípios, empresas e órgãos públicos e autorização das operações de crédito interno e externo, e de suas garantias;

5 – apreciação do Plano Plurianual, da Lei de Diretrizes Orçamentárias e da Lei Orçamentária Anual.

1. *Fiscalização contábil, financeira, operacional e patrimonial das entidades de administração pública, direta/indireta, com o auxílio do TCU*

Em cumprimento às atribuições acima referidas, modalidades distintas de acompanhamento das ações do Poder Executivo pelo Poder Legislativo vêm sendo utilizadas, valendo destacar:

a – Comissões Parlamentares de Inquérito e Requerimento de Informações;

b – Trabalhos nas Comissões Permanentes e Audiências Públicas.

A. *Comissões de inquérito e requerimento de informações*

Dentre as atividades de acompanhamento e avaliação consideradas típicas do Legislativo estão a constituição das Comissões Parlamentares de Inquérito (CPIs) e os Requerimentos de Informação (RIs).

A Constituição de 1946 permitiu ao Senado instalar CPIs, mas no período de 1946 a 1951 nenhuma foi instalada. Também no período de 1969 até 1974 não foram instaladas Comissões de Inquérito, embora a Constituição vigente não impedisse tal prática. Possivelmente existe uma relação entre a situação política, com maior ou menor grau de garantias ao exercício da atividade parlamentar, que poderia ser objeto de estudos futuros.

Na década de 50 foram constituídas 6 Comissões; na de 60, 8 e na de 70, apenas 3.² Entretanto, a partir de 1979 houve um grande aumento no número de Comissões de Inquérito, sendo que o maior número das mesmas ocorreu nos governos de João Figueiredo e de José Sarney, com uma média de 11 CPIs em cada.

Na década de 80 foram constituídas 21 comissões e neste início da década de 90 foram instaladas 18 comissões³ (mistas e do Senado),

²OLIVEIRA, Mauro Márcio. *Comissões Parlamentares de Inquérito no Senado Federal: sua história e desempenho no período de 1946 a 1989*, p.60.

³Quadro I – *Relação das Comissões Parlamentares de Inquérito (do Senado e Misttas) instaladas e concluídas, desde a promulgação da Constituição de 1988.*

das quais destacam-se aquela que levou ao *impeachment* do então Presidente Fernando Collor, em 1992, e a que apurou irregularidades nas aplicações de recursos do orçamento da União, em 1993.

Conforme Mauro Márcio Oliveira, no trabalho *Comissões de Inquérito no Senado Federal – Sua história e Desempenho no Período de 1946 a 1989*, as CPIs podem ser classificadas “pelo seu fato gerador ou pela essência do objeto do inquérito e não pelas características de seu funcionamento ou pela motivação de resultados apropriáveis. Conforme estabelecido na metodologia, os objetivos permitiram enquadrar as CPIs em três grupos, a saber: – sentenciadoras (apuração de irregularidades e de responsabilidades); – avaliadoras (estudos, análises e avaliações temáticas); – híbridas ou mistas (combinação dos dois tipos anteriores). No período 1946-1989 47,4% das CPIs foram sentenciadoras e 34,2% avaliadoras.”⁴

No Quadro 1 observamos que em 1988 foram instaladas e concluídas quatro CPIs do Senado; em 1989 quatro CPIs e duas Comissões Especiais pelo Senado, além de três Comissões Mistas (CPMI); em 1990 ocorreram uma CPI pelo Senado e uma Mista (CPMI); em 1991, uma CPI, sete CPMIs e uma Comissão Temporária; em 1992, duas CPIs, uma CPMI e uma Comissão Especial do Senado Federal (Senado Federal como órgão judiciário – Processo de *impeachment* contra o Presidente da República); em 1993, duas CPMIs.

Destas 31 Comissões instaladas e concluídas no período 1988/1993 consideramos que 48,38% poderiam ser classificadas como sentenciadoras e 38,70% como avaliadoras. Comparando estes resultados com aqueles mencionados anteriormente para o período 1946/89 é possível concluir pela predominância do tipo sentenciador, indicando a excepcionalidade do instrumento acionado como meio de controle externo e em resposta a denúncias específicas. É importante observar que das 31 Comissões relacionadas no Quadro 1, dezoito abordam problemas causados pela ação ou omissão de órgãos do Poder Executivo, o que caracteriza as Comissões de Inquérito como uma das ferramentas mais utilizadas pelo Legislativo em sua função fiscalizadora.

Outro fato a ser destacado é que embora as

⁴OLIVEIRA, Mauro Márcio. *Comissões Parlamentares de Inquérito no Senado Federal: sua história e desempenho no período de 1946 a 1989*, pp.60-62.

CPIs sentenciadoras sejam maioria e habitualmente recebam maior destaque nos meios de comunicação, as CPIs avaliadoras também são bastante utilizadas, expressando o interesse dos parlamentares na formulação ou alteração de políticas públicas.

Quanto à eficiência e eficácia das Comissões de Inquérito, em termos de funcionamento no âmbito do Senado, podemos adotar o seguinte critério, para fins de análise:⁵ a eficiência está relacionada às variáveis *data de início e de encerramento; número de reuniões e de depoimentos; duração bruta e líquida; período(s) de governo(s) em que ocorreram a criação, prorrogação (ões) e encerramento; período(s) constitucional (is) e legislatura (s) em que se deu a criação; tempo produtivo; intervalo bruto e líquido entre as sessões; interregno entre CPI, trégua aos governos e intensidade da fiscalização. Por sua vez, a eficácia estaria relacionada com o cumprimento do objetivo interno, ou seja, de encerrar o trabalho da CPI com a votação de relatório conclusivo.*⁶

É importante ressaltar que os critérios de eficiência e eficácia acima mencionados estão relacionados ao funcionamento interno das CPIs, visto que avaliar as CPIs em função do impacto de suas conclusões exigiria outro tipo de análise, que extrapola os limites deste trabalho.

Considerando que no período 1946 a 1989, abrangendo 43 anos, o Senado realizou 38 inquéritos, dos quais 19 com relatório final e 8 que se transformaram em projetos de resolução, dos quais 6 foram aprovados, é válido sugerir algumas questões sobre as causas deste relativamente pobre desempenho. Foram mencionados como possíveis causas do baixo desempenho na época analisada (1946/1989) problemas referentes à metodologia inadequada ou ausência da mesma; descontinuidade nos trabalhos; controle político da maioria, quando formada por parlamentares aliados ao governo, dentre outros.⁷

No período 1989/94 não dispomos de análises sobre a eficiência e eficácia interna das Comissões, mas a experiência indica que embora tenham ocorrido melhoras quanto à metodolo-

⁵OLIVEIRA, Mauro Márcio. *Comissões Parlamentares de Inquérito no Senado Federal. sua história e desempenho no período de 1946 a 1989*, pp.71-84.

⁶*Ibidem*, p. 72.

⁷*Ibidem*, p. 78.

gia adotada, ainda persistem muitas das limitações técnicas e políticas encontradas na análise do período 1946/1989. Entretanto, as repercussões dos trabalhos desenvolvidos pelas Comissões de Inquérito nos meios de comunicação contribuíram para uma supervalorização do instrumento, que embora útil e em processo de aperfeiçoamento, apresenta problemas decorrentes de suas próprias características tais como: caráter eventual, escopo limitado, restrições de ordem temporal e inexistência de caráter judiciário.

A inexistência de caráter judiciário significa julgar apenas os casos da competência exclusiva das Casas, quando a punição apresenta caráter político, pela perda de mandato e possível inelegibilidade, a exemplo do que ocorreu quando do *impeachment* do então Presidente Collor pelo Senado e na cassação dos deputados envolvidos nas irregularidades do orçamento. Notadamente os resultados das CPIs sentenciadoras e o seu desenvolvimento quando passam para o âmbito do Ministério Público mereceriam uma análise mais detalhada, pois existem diferenças fundamentais entre os dois procedimentos, não raro gerando áreas de atrito entre os poderes Legislativo e Judiciário. O maior conhecimento dos resultados legais vinculados aos problemas apurados pelas CPIs sentenciadoras, bem como das peculiaridades do processo judiciário, poderia ajudar no aperfeiçoamento metodológico das CPIs futuras.

Outro instrumento de controle típico do Legislativo, o Requerimento de Informações, apresenta, de modo geral, os mesmos tipos de limitação das CPIs, embora seja de utilização mais rápida e concisa. De acordo com o art. 216, do Regimento Interno do Senado Federal, item 1 – “serão admissíveis para esclarecimento de qualquer assunto submetido à apreciação do Senado ou atinente à sua competência fiscalizadora”. O requerimento do envio de documentos equipara-se ao pedido de informações e, em qualquer dos casos, quando deferido, a matéria que originou o pedido de esclarecimento terá sua tramitação suspensa. Caso as informações recebidas forem pertinentes à matéria serão incorporadas ao respectivo processo.

Ainda no que se refere à resposta dos requerimentos de informação pelo Executivo, o § 1.º, do art. 216 do Regimento Interno estatui que na eventualidade de não ter sido atendido o requerimento serão adotadas as providências decorrentes do disposto no § 2.º do art. 50 da Constituição, que prevê crime de responsa-

bilidade a recusa ou o não-atendimento no prazo de trinta dias, bem como a prestação de informações falsas.

O Quadro 2 mostra que, em 1993, foram apresentados 192 requerimentos, dos quais 154 foram respondidos, 35 ainda aguardam informação, 2 estão tramitando e 1 foi retirado pelo autor. Em 1994, foram aprovados 80 requerimentos, 43 foram respondidos, 17 aguardam informações, 18 estão tramitando e 2 foram retirados pelos autores. Ou seja, em 1993 80,2% dos requerimentos foram respondidos contra 53,7% em 1994. Mesmo considerando que os dados para 1994 são acumulados até outubro, e que 22,5% dos requerimentos ainda estão tramitando, é válido concluir que apesar do relativo número de respostas houve também um elevado índice de falta de atendimento ao preceito constitucional por parte do Executivo – para 1993, os dados indicam que 18,2% dos requerimentos ainda estão aguardando informações; para 1994 este percentual sobe para 21,2%. A despeito de que esta última informação possa ser alterada até o final de 1994, é evidente que, embora a legislação obrigue o Executivo a prestar informações, implicando crime de responsabilidade o não-atendimento, muitos requerimentos de informação não são respondidos. Não se constata, entretanto, nenhuma punição recente quando do não-atendimento da solicitação.

Além do não-atendimento eventual aos requerimentos observa-se no período 1993/1994 que o prazo de resposta do Executivo tem sido geralmente superior aos trinta dias estipulados pela legislação. Observa-se ainda que entre a aprovação pelo Plenário e a remessa pelo Senado ao Executivo decorre, aproximadamente, um mês. Conforme listagem fornecida pela Secretaria Geral da Mesa para o período 1993/1994, foi possível estimar que o tempo médio de tramitação entre a leitura em plenário e a remessa pelo Senado foi de 32 dias, enquanto entre esta remessa e a obtenção da resposta pelo requerente foi de 43 dias. Ou seja, entre a apresentação do pedido e a resposta pelo Executivo, decorrem pelo menos dois meses.

Determinar como estes prazos afetam a eficiência e a eficácia do instrumento, analisar a qualidade das respostas fornecidas pelo Executivo, qual a utilização e o impacto destas informações na atividade parlamentar, mereceria um estudo mais detalhado no futuro.

À guisa de conclusão, o principal problema

decorrente da utilização de tais instrumentos é que estes são induzidos, via de regra, em resposta a um problema já existente, carecendo do aspecto preventivo que deve constituir-se no principal objetivo de um sistema de acompanhamento e controle.

B. Comissões permanentes e audiências públicas

Além dos procedimentos anteriormente mencionados, o Congresso Nacional tem-se valido dos seguintes instrumentos para cumprir suas responsabilidades de controlador externo das ações do Executivo:

a - entrevistas informais com funcionários do governo ou com representantes de grupos de interesse;

b - depoimentos públicos de dirigentes, funcionários do governo, peritos nacionais ou internacionais, representantes de entidades e quaisquer outras pessoas que possam fornecer informações sobre os assuntos em discussão;

c - discussões nas comissões técnicas; e

d - análise e estudo de documentos enviados pelo Executivo e por instituições da sociedade.

A título de exemplo, a análise dos Quadros 3 e 4 indica que os depoimentos em 1994 e 1993 privilegiaram assuntos de interesse imediato da sociedade, notavelmente na área da economia. Assim, dos depoimentos prestados em 1994 (até outubro), dois foram dedicados ao acordo da dívida externa, dois à privatização da EMBRAER, dois sobre a anistia para o crédito rural, um painel sobre a agricultura brasileira e um debate sobre o programa econômico do governo, todos referentes a assuntos que estavam na pauta de votação do Congresso Nacional.

Em 1993, os assuntos econômicos também foram prioritários, embora, pelo menos, dois conjuntos de depoimentos tenham revelado preocupação com políticas de médio prazo e de cunho eminentemente social, ou sejam: educação e descriminalização do aborto. Em ambos os eventos, depoentes de vários grupos de interesse foram ouvidos, contribuindo assim com uma das principais características da atividade legislativa, que é a capacidade de proporcionar a distintos segmentos da sociedade, muitas vezes antagônicos, a oportunidade de expressar-se conjuntamente num mesmo ambiente decisório.

Além destes dois temas e do depoimento referente à *Advocacia Geral da União*, os de-

mais depoimentos versaram sobre assuntos da atualidade econômica, tais como plano econômico, criação do *Fundo Social de Emergência*, propriedade industrial, dívida externa, sistema tributário nacional, e esclarecimentos sobre alegações de irregularidades no programa de financiamento às exportações - PROEX. Também foi apresentado depoimento sobre o acordo nuclear com a Argentina, que, embora possa ser considerado assunto de interesse estratégico, apresenta conotações econômicas, devido à participação de ambos os países no Mercosul.

Um dos aspectos mais interessantes destes depoimentos, tão característicos da atividade parlamentar, prende-se à identificação de medidas concretas, tanto no ambiente parlamentar quanto no próprio Executivo, que tenham sido motivadas pelos mesmos. Também a identificação das fontes da motivação para as convocações ajudaria a entender melhor a atividade legislativa, na medida em que identificasse se o assunto de interesse surgiu de forma endógena ou exógena ao Congresso Nacional. Obviamente, a discussão dos planos econômicos que surgiram por iniciativa do Executivo indicam o Legislativo como recipiente de um fato, mesmo que dele participando e até mesmo modificando a proposta original. Outros depoimentos, como aqueles ligados a mudanças na tributação, na educação e na discussão sobre o aborto sugerem uma ação exógena, gerada por grupos de pressão representados no Legislativo e que refletem um potencial de mudanças futuras, nas quais o Executivo é o agente receptor.

Entretanto, a ação mais típica de controle por parte do Senado, embora presente nas convocações sobre esclarecimentos das políticas implementadas pelo Executivo, está evidente naquela que discutiu as eventuais irregularidades do PROEX. O resultado ou resultados de tal ação mereceriam um estudo mais detalhado, que infelizmente foge ao caráter geral dado por este estudo às atividades controladoras do Senado. Assim, sugerimos que no futuro sejam feitos estudos mais aprofundados sobre a eficiência dos depoimentos, tanto na atividade legislativa propriamente dita, quanto nas eventuais ações fiscalizadoras dos atos do Poder Executivo.

Agregue-se que o Senado Federal, através da Resolução n.º 46, de 26 de maio de 1993, criou a Comissão de Fiscalização e Controle, de caráter permanente, com o objetivo de "exercer a fiscalização e o controle dos atos do Poder

Executivo, incluídos os da administração indireta”, que, no entanto, não foi, até o momento, devidamente instalada. Como as outras Comissões permanentes podem exercer atividade fiscalizadora, se assim o desejarem, na prática e de acordo com a legislação vigente, o Congresso Nacional estaria habilitado para exercer suas atribuições constitucionais de fiscalização e controle dos atos do Executivo.

Assim sendo, fica claro que o Senado, em particular, e o Congresso Nacional, como um todo, têm condições de desenvolver atividades de acompanhamento e avaliação, ainda que pouco sistemáticas, utilizando instrumentos inerentes à própria atividade parlamentar, tais como requerimentos de informação, trabalhos das comissões permanentes e de inquérito, depoimentos e o exercício das atribuições constitucionais referentes ao orçamento, ao planejamento, às contas do governo e a matérias de natureza econômica.

Cabe ressaltar, contudo, que estas atividades esporádicas, não importando o quanto bem intencionadas sejam, não substituem um trabalho bem estruturado e sistemático de acompanhamento e avaliação. É importante mencionar que, embora o TCII seja um órgão auxiliar ao Legislativo pela Constituição e que em muitas CPIs seus técnicos tenham prestado valiosos serviços, a maior divulgação e conseqüente utilização dos trabalhos do Tribunal seria desejável, especialmente quando da apreciação do Plano Plurianual, da LDO e dos orçamentos anuais.

2. Exame das contas anuais do Presidente da República

Conforme o art. 49, item IX, da Constituição Federal, é da competência exclusiva do Congresso Nacional “julgar anualmente as contas prestadas pelo Presidente da República e apreciar os relatórios sobre a execução dos planos de governo”.

Quanto à tramitação, o Congresso Nacional envia ao TCU a prestação de contas do governo, demonstrada no Balanço Geral da União (Balanços e as Demonstrações referentes à administração direta; Balanços da administração indireta e o Orçamento das empresas estatais) e o Relatório elaborado pela Secretaria do Tesouro Nacional para fins de elaboração do parecer preliminar, com a recomendação ou não de aprovação das contas pelo Congresso Nacional.

O art. 71, da Seção IX – Da Fiscalização Contábil, Financeira e Orçamentária, que expres-

sa as competências do Tribunal de Contas da União, determina em seu item 2 que o mesmo deverá “apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento”. Merece destaque no referido documento o fato de que a prestação de contas em questão é distinta daquela preconizada no art. 70, parágrafo único,⁸ da Constituição Federal, para os agentes ou entidades que utilizem, arrecadem, guardem, gerenciem ou administrem dinheiros, bens e valores públicos.

De acordo com o Ministro-Relator⁹ do Relatório para o exercício de 1992, a prestação de contas “constitui-se ... em uma avaliação global do desempenho do governo, cujos parâmetros são os objetivos e metas fixadas no Plano Plurianual, na Lei das Diretrizes Orçamentárias (LDO) e na Lei Orçamentária Anual.” Acrescenta ainda o Ministro-Relator: “examinou, portanto as presentes contas sob o enfoque de sua exatidão contábil e do reflexo da ação de governo, decorrente da execução dos orçamentos públicos, sobre a situação patrimonial e financeira da União no exercício de 1992”.

Observe-se que, mesmo considerando que 1992 foi um ano atípico, marcado pelo *impeachment* do então Presidente Fernando Collor e pela posse do Vice-Presidente Itamar Franco, e ainda reconhecendo que as contas do Executivo comprovadamente apresentavam irregularidades, o Tribunal de Contas recomendou a aprovação das mesmas. Em sua conclusão, o Ministro-Relator informa que no exame da documentação (Relatório da Secretaria do Tesouro e Balanço Geral da União), do ponto de vista orçamentário, financeiro, legal e contábil, as contas prestadas pelo Presidente da República relati-

⁸ “Art. 70 – A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração, direta e indireta, quanto a legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Tribunal de Contas da União, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada poder.

Parágrafo único – Prestará contas qualquer pessoa física ou entidade pública que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumira obrigações de natureza pecuniária.”

⁹BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). *Relatório e parecer sobre as contas do Governo da República, exercício 1992*, Introdução, p. 9.

vas ao exercício 1992 estão em condições de serem aprovadas pelo Congresso Nacional. Apresenta, entretanto, a seguinte observação: "não obstante, registrei neste relatório um conturbado desempenho gerencial do Governo durante o exercício de 1992, com penosos reflexos na economia brasileira."¹⁰

Ressalta ainda o Ministro-Relator para o exercício de 1992 que os atos específicos da administração pública que antecederam ou se seguiram ao processo de execução orçamentária não estão em julgamento, mas poderão ser analisados posteriormente de acordo com as normas constitucionais. De fato, no parecer preliminar do referido Tribunal, consta ... "as Contas do Governo, relativas ao exercício de 1992, em seus aspectos orçamentários, financeiros, contábeis, patrimoniais e legais, estão em condições de ser aprovadas pelo Congresso Nacional, ressalvados os possíveis atos controversos ou irregularidades de gestão administrativa ocorridos no período, os quais serão processados e julgados, isoladamente, na forma da lei."¹¹

Em seu Relatório de 1993, no Projeto de Parecer Prévio, o Ministro-Relator Luciano Brandão Alves de Souza informa: "...o relatório que acompanha este parecer prévio, nos termos do art. 175 do Regimento Interno deste Tribunal, contém informações sobre: a) a observância das normas constitucionais, legais e regulamentares na execução dos orçamentos públicos federais; b) o cumprimento dos programas previstos na Lei Orçamentária Anual, e c) o reflexo da administração financeira e orçamentária federal no desenvolvimento econômico e social do país."¹²

Na conclusão do relatório para 1993, foram relacionados alguns procedimentos administrativos que infringiram o ordenamento jurídico, o que no entanto não impediu a recomendação de aprovação das contas pelos ministros do Tribunal de Contas.¹³

Saliente-se ainda que, além de prover informações sobre a legalidade das ações do gover-

no, os relatórios do TCU contêm valiosas informações sobre programas de governo, constituindo-se em instrumento dos mais importantes para que o Legislativo possa exercer eficientemente seu papel de controlador externo, principalmente quando da apreciação do Plano Plurianual ou mesmo do orçamento, na prestação de contas e na análise das políticas públicas.

A título de exemplo, citamos o seguinte parágrafo do relatório do TCU para 1993:¹⁴ "Observamos do relatório apresentado que no encerramento do exercício financeiro houve superávit de receitas correntes em 3,3% e de receitas de capital em 15%, e que as despesas com pessoal e encargos sociais representaram, em 1993, 11% da despesa orçamentária total, e 18,9% das despesas correntes, situando-se, assim, em patamar bastante inferior ao de 1/3 (um terço) do limite constitucional de 65%."

Vale mencionar também, do mesmo relatório sobre o exercício de 1993, o seguinte parágrafo: "Causou-nos surpresa a informação prestada pelo Ministério dos Transportes, de que o DNER, no exercício de 1993, conservou 50.571 km de rodovias federais. Se essa ação administrativa realmente ocorreu, é de serem questionadas a fiscalização e a qualidade dos trabalhos executados, ante a declaração do estado de calamidade pública decretado pelo Senhor Presidente da República em 19 de abril deste ano sobre o sistema rodoviário federal."¹⁵

Dentre outros assuntos de relevância que são mencionados no relatório do TCU para 1993 destacamos: "os recursos públicos destinados à manutenção e desenvolvimento do ensino não priorizaram o atendimento das necessidades do ensino obrigatório. Não foi assim observada a aplicação mínima de 50% no ensino fundamental: neste foram aplicados apenas 0,8% do total, conforme apontado no item 4.1.3.2 (4.ª parte) deste relatório. Caracterizou-se, com isso, descumprimento do § 3.º do art. 212 da Constituição Federal e do art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias"¹⁶

No mesmo contexto de política educacional mencionamos algumas conclusões referentes ao Projeto Minha Gente, contidas no relatório para o exercício de 1992: "um projeto que em menos de dois anos de existência já passou pela supervisão de cinco órgãos é um exemplo marcante de falha na execução e no planejamento.

¹⁰BRASIL, Tribunal de Contas da União (TCU). *Relatório e parecer sobre as contas do Governo da República; exercício 1992*, p. 236.

¹¹*Idem*, p. 239.

¹²BRASIL, Tribunal de Contas da União (TCU). *Relatório, conclusão e parecer prévio sobre as contas do Governo da República; exercício 1993*, p. 426.

¹³*Idem*, p. 424.

¹⁴*Ibidem*, p. 434.

¹⁵*Ibidem*.

¹⁶*Ibidem*, p. 425.

Assim, das 4 mil unidades previstas até 1995, apenas 31 foram efetivamente concluídas até 1992. Existiam 169 centros em construção para atendimento de uma clientela situada na faixa de 2.400 crianças por unidade".¹⁷

Também no setor educação o relatório de 1992 menciona: "...Como nos anos anteriores, o ensino superior absorveu mais da metade (53,23%) dos recursos destinados à manutenção e ao desenvolvimento do ensino. Em contrapartida, com o ensino fundamental foram gastos apenas Cr\$ 266.638.147 mil, equivalentes a 1,73% daquele total. Tal concentração de recursos no ensino superior fere o preceito constitucional que assegura prioridade ao atendimento das necessidades do ensino fundamental (§ 3.º do artigo 212 da Constituição Federal) e evidencia, ainda, a inobservância do preceito contido no artigo 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, o qual determina que nos dez primeiros anos da promulgação da Constituição sejam aplicados, pelo menos, cinquenta por cento dos recursos a que se refere o artigo 212, para eliminar o analfabetismo e universalizar o ensino fundamental."¹⁸

Ainda do relatório de 1992, destacam-se as seguintes informações sobre o setor saúde: "Na área da saúde pública, pouco ou quase nada de relevante se fez no exercício de 1992. A ação ministerial foi limitada a tímidas ações de combate ao cólera, à malária e à questão da AIDS. A administração ministerial mostrou-se assim deficiente, dando causa a este baixo desempenho."¹⁹

Considerando ainda a área de saúde pública, os seguintes parágrafos, contidos no relatório para 1993 são bastante elucidativos: "...de há muito o sistema público de saúde no País vem apresentando baixo desempenho, evidenciado na escassez e no sucateamento dos equipamentos e na deficiência dos serviços de atendimento, tudo resultando no pouco ou quase inexistente acesso da população às ações e serviços referidos. Do ano 1989 a 1993, os recursos federais destinados ao setor decresceram de US\$ 13 bilhões para US\$ 6 bilhões, ou seja, houve uma queda da média *per capita* ano de US\$ 80 para US\$ 38, o que coloca o Brasil entre os países latino-americanos que menos aplicam nessa área fundamental".

Do exposto, evidencia-se que a apreciação

¹⁷BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). *Relatório e parecer sobre as contas do Governo da República; exercício 1992*, Introdução, p. 59.

¹⁸*idem*, p. 60.

¹⁹*Ibidem*, p. 39.

das contas do governo, pelo menos teoricamente, poderia fornecer aos parlamentares informações valiosas tanto sobre a legalidade das contas do governo quanto sobre a situação operacional de políticas e programas públicos.

Não obstante, o relatório proposto pelo Tribunal de Contas da União sobre as contas do Governo da República e a aprovação deste pelo Legislativo tem-se dado sem maiores discussões. O processo de aprovação das contas do governo tem sido caracterizado pela aprovação sistemática tanto em termos de legislativo quanto do relatório preliminar pelo plenário do Tribunal de Contas.

No âmbito do Congresso Nacional, a tramitação do parecer e do relatório do TCU, conforme Quadro 5, é lenta, não merecendo maior atenção por parte dos parlamentares, possivelmente devido à tradição do formalismo na aprovação das contas e à pouca utilização das informações em outras atividades das duas Casas. No período 1988/1990 apenas os anos 1988 e 1989 (MSG n.º 157/89 e MSG n.º 160/90) tiveram suas contas aprovadas, respectivamente, em 1991 e 1992. As contas dos anos 1990, 1991, 1992 e 1993, até o final de 1994, ainda não haviam sido aprovadas, o que sugere a pouca importância atribuída ao instrumento no âmbito parlamentar.

Mesmo na apreciação do orçamento, embora a Comissão Mista esteja diretamente envolvida na apreciação do parecer e do relatório do TCU, no momento não há evidências de que as informações e recomendações estejam sendo ou tenham sido utilizadas pelo Legislativo.

A utilização das informações pelo Congresso Nacional, pela administração pública e pelos grupos de interesse que influenciam na formulação e no desenvolvimento de políticas públicas, constitui-se em campo promissor de pesquisa a ser explorado, pois muitos dos problemas encontrados durante as auditorias podem ser solucionados pela mudança de práticas administrativas, alterações da legislação pertinente e por novas orientações nas áreas de planejamento e de orçamento. E mais que punir judicialmente os que fazem mau uso dos recursos públicos, as auditorias, notadamente as operacionais, indicam aos administradores e formuladores de políticas públicas a necessidade de mudanças para promover o melhor uso dos recursos.

3. Homologação dos atos de emissão de moeda

O art. 48, inciso XIV, da Constituição Fede-

ral, dispõe sobre a emissão de papel-moeda, seus limites e controle e o art. 164 determina que a competência da União para emitir será exercida pelo Banco Central.

A matéria é disciplinada pela Lei n.º 4.595, de 13.12.64, que atribui ao Conselho Monetário Nacional o dever de dimensionar o volume dos meios de pagamento, de acordo com as necessidades da economia. O art. 4.º, inciso I, desta mesma lei, atribui ao Conselho Monetário o poder de autorizar a emissão de papel-moeda, pelo Banco Central, até o limite de dez por cento do saldo de meios de pagamento existente em 31 de dezembro do ano anterior.

Além deste limite deve o Conselho, através de mensagem do Presidente da República, solicitar autorização do Legislativo para estas emissões. Entretanto, esta mesma lei, em seu art. 4.º, *in fine*, permite ao Conselho Monetário autorizar estas emissões antes da homologação pelo Congresso Nacional, quando necessidades urgentes e imprevistas para o financiamento das atividades produtivas e da circulação da riqueza do País assim o exigirem. Talvez o fato da excepcionalidade ter se transformado em norma explique o desinteresse, tanto do Congresso Nacional quanto do Executivo, no processo de homologação da autorização para emissão de moeda.

O exame do Quadro 6 indica que a tramitação das mensagens no Congresso Nacional, tanto no Senado como na Câmara, é bastante lenta. Como exemplo extremo temos a Mensagem n.º 626, de 1985, que tramitou na Câmara de 28.11.85 até 12.3.92 e no Senado de 17.3.92 até 15.6.93.

A análise do Quadro 7 indica que "foi homologado pelo Congresso Nacional para emissão de papel-moeda, no ano de 1990, apenas o Voto 033/90, de 14.2.90, enquanto os Votos 068/90, 083/90, 108/90 e 237/90 ainda não o foram. Não houve sequer, para 1993, encaminhamento das mensagens do Presidente da República ao Congresso Nacional. Demonstra-se, dessa forma, que de 1990 a 1993 estavam em circulação aproximadamente Cr\$ 1,5 trilhão de papel-moeda sem a devida homologação do Congresso Nacional".²⁰

Do exposto, julgamos oportuno lembrar que o controle da emissão de moeda está intima-

mente relacionado com a discussão do papel do Banco Central, cuja independência vem sendo amplamente debatida no Congresso Nacional, onde tramitam vários projetos de lei sobre o assunto. Assim sendo, é de se esperar que com a aprovação de nova legislação, sobre a matéria, o problema decorrente de uma aprovação meramente formal da emissão de moeda por parte do Legislativo seja superado.

4. Fixação dos limites de endividamento e autorização para operações de crédito interno e externo

Além dos instrumentos mencionados, também existem outras formas institucionais de controle a serem exercidas pelo Congresso Nacional, notadamente na área econômica. De acordo com os artigos 52 e 155 da Constituição Federal e com o Capítulo IV, Seção I, do Regimento Interno do Senado Federal, as operações externas de natureza financeira, de interesse da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios são autorizadas pelo Senado Federal. Esta autorização também é necessária no caso de aval da União, Estado, Distrito Federal ou Município, para contratação de empréstimo externo por entidade autárquica subordinada aos governos federal, estadual ou municipal.

Também compete ao Senado, de acordo com o art. 52 da Constituição e Seção II, do Capítulo IV, do Regimento Interno, fixar limites globais para o montante da dívida consolidada, dispor sobre limites globais e condições para as operações de crédito externo e interno, estabelecer limites e condições para a concessão de garantia da União em operações de crédito externo e interno, determinar limites globais e condições para o montante da dívida mobiliária dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Com a finalidade de resumir a atividade do Senado nesta matéria nos últimos anos transcrevemos parte das conclusões do estudo "O papel do Senado Federal no controle do endividamento público no Brasil", publicado na *Revista de Informação Legislativa* de julho/setembro de 1994, a saber: "Tendo como horizonte temporal os últimos 20 anos, os termos das resoluções do Senado Federal registram melhoria nos aspectos conceitual, da definição de limites, da abrangência e consolidação do refinanciamento pela União e da manutenção da autolimitação do Senado na elevação dos limites, ainda que ampliada para 25% da receita e

²⁰BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). *Relatório, conclusão e parecer prévio sobre as contas do Governo da República; exercício 1993*, p. 441.

não aplicável às operações contratadas junto aos organismos multilaterais que, normalmente, exigem contrapartida. Afora isso, o mecanismo para impedir o repasse de passivos de operações de antecipação de receita orçamentária (ARO) de uma administração a outra pode ser lembrado como altamente positivo.

Inegavelmente, houve um avanço institucional no que diz respeito ao controle do endividamento público no Brasil em decorrência dos debates e deliberações no âmbito da Assembleia Nacional Constituinte de 1987/88. Talvez os mais relevantes tenham sido a incorporação das operações de crédito da União sob o crivo do Senado Federal e, apesar das lacunas ainda existentes, a proibição de o BACEN financiar direta e indiretamente o Tesouro Nacional.

Também houve um aprimoramento técnico e conceitual no processo/controlado exercido pelo Senado Federal, sobretudo após a longa negociação política que culminou na Lei n.º 8.388, de dezembro de 1991, e na Resolução n.º 36/92.²¹

Entretanto, em que pesem os avanços observados ao longo dos anos, persistem vários fatores limitantes dentre os quais destacamos a necessidade de o Senado desenvolver uma base de dados própria, tornando-se assim mais independente das informações fornecidas pelos agentes financeiros.

Além disso, é importante a elaboração de um Código de Finanças Públicas e a melhoria na delimitação das atribuições constitucionais no que se refere ao endividamento público entre o Congresso Nacional (arts. 48, II; 163, I a IV, da Constituição Federal) e o Senado Federal (art. 52, incisos V a IX, da Constituição Federal).

Um outro aspecto importante “refere-se à necessidade de o Senado Federal rever a RSF 96/89 quanto aos conceitos e limites, a exemplo do que foi implementado na RSF 36/92, bem como disciplinar limites e condições para operações de crédito de responsabilidade do Banco Central do Brasil e das instituições financeiras oficiais federais”.²²

Resumindo, embora o Senado tenha apresentado um desempenho razoável, em função da complexidade da matéria, muito deve ser aperfeiçoado, tanto em termos técnicos quanto políticos, para controlar efetivamente o endividamento público no País.

²¹SOUZA, PAIVA OLIVEIRA. 1994. *Revista de Informação Legislativa*, n.123, p.141.

²²SOUZA, PAIVA OLIVEIRA. *Op. cit.*, p.142.

5. *Apreciação do Plano Plurianual, da Lei das Diretrizes Orçamentárias e da Lei Orçamentária Anual*

Embora sejam importantes os sistemas formais e informais de acompanhamento e fiscalização, anteriormente mencionados, sem dúvida o instrumento mais poderoso para analisar e controlar a utilização dos recursos públicos é a apreciação do orçamento público da União.

O orçamento de um país constitui-se instrumento político da maior relevância, pois estabelece a política econômica e social do governo, definindo quem paga os tributos e quem são os principais beneficiários da ação do Estado. Assim sendo, é natural que o orçamento historicamente tenha sido discutido, apreciado e mesmo elaborado pelo Legislativo, que por sua composição heterogênea e, não raro, conflituosa, melhor representa os diversos grupos de interesse que compõem a sociedade.

No Brasil historicamente a participação do Legislativo no orçamento tem sido pequena – de acordo com a Constituição de 1946 os parlamentares podiam apresentar emendas, mas como não eram definidas as fontes de recursos, na prática a execução dependia integralmente da programação do Executivo. A partir de 1967, durante o governo militar, o Congresso Nacional, pelo menos em tese, podia apenas aprovar ou rejeitar o projeto de lei na sua totalidade, o que resultou em transformar o processo de apreciação do orçamento em ritual de homologação das propostas do Executivo.²³

A Constituição de 1988 restituiu ao Congresso Nacional as prerrogativas normais da instituição numa sociedade democrática, dentre elas a apreciação do orçamento. Conforme o expresso na Seção II – Dos Orçamentos, Capítulo II – Das Finanças Públicas, da Constituição Federal, o Poder Executivo apresentará os projetos de lei do Plano Plurianual, das diretrizes orçamentárias e dos orçamentos anuais ao Congresso Nacional.

Dentre as principais conseqüências das exigências constitucionais estão: 1 – a obrigatoriedade do planejamento, através do Plano Plurianual; 2 – a possibilidade de o Congresso Nacional participar tanto na administração pública quanto na formulação das políticas públicas de arrecadação e de alocação de recursos através da Lei das Diretrizes Orçamentárias; 3 – o des-

²³FURTADO, GOIAS. *Orçamento público; desvendando a caixa preta*, p. 2.

dobramento da Lei Orçamentária Anual (LOA) em três orçamentos distintos: Fiscal, de Investimento das Estatais e de Seguridade Social.²⁴

É atribuição de uma comissão mista permanente, conforme o artigo 166, § 1.º, da Constituição Federal. "examinar e emitir parecer sobre planos e programas nacionais, regionais e setoriais previstos nesta Constituição e exercer o acompanhamento e a fiscalização orçamentária, sem prejuízo da atuação das demais comissões do Congresso Nacional e de suas Casas".

A Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização detém a Subcomissão de Acompanhamento e Avaliação (art. 27, Capítulo IV, do Regulamento Interno da Comissão Mista) cuja instalação se torna necessária com vistas a sistematizar as atividades a ela atribuídas.

a - O ciclo orçamentário

Para melhor entender a importância do orçamento para que o Legislativo exerça sua atribuição de controlador dos atos do Executivo, será necessário uma breve descrição das etapas do processo, a saber: a - formulação do Plano Plurianual, pelo Executivo; b - apreciação do plano pelo Legislativo; c - elaboração da Lei das Diretrizes Orçamentárias, contendo metas e prioridades para a administração, bem como a política de alocação de recursos pelo Executivo; d - apreciação da LDO pelo Legislativo; e - elaboração da proposta orçamentária pelo Executivo; f - apreciação e autorização do orçamento pelo Legislativo; g - execução do orçamento pelo Executivo; h - acompanhamento, avaliação e julgamento das contas pelo Legislativo.

Para efeito de análise, selecionamos apenas os itens que envolvem o Legislativo e que são definidos basicamente pela Resolução n.º 1/89 - CN e suas alterações.

Apreciação do Plano Plurianual (PPA)

Nesta etapa o Legislativo deve analisar as grandes linhas da política pública considerando prioridades, objetivos, metas, alocação de recursos para investimentos no médio prazo. O Plano Plurianual é recebido pelo Presidente do Senado Federal, sendo encaminhado à Comissão Mista para apreciação, após o que é elaborado relatório para apreciação pela Comissão Mista. Depois de aprovado na Comissão Mista, o projeto é encaminhado ao Plenário para discussão e votação.

²⁴SANCHES, Osvaldo Maldonado. *O ciclo orçamentário; uma reavaliação à luz da Constituição de 1988.*

De um modo geral, o projeto de planejamento plurianual enviado pelo Executivo apresenta-se como peça normativa, muito detalhada, dificultando a integração com a Lei das Diretrizes Orçamentárias e a Lei dos Orçamentos Anuais. O fracasso do planejamento em anos recentes, *bem como a ascensão da ideologia neo-liberal*, enfatizando a prevalência das forças de mercado *vis-a-vis* a interferência do Estado na economia, reduziram a importância do planejamento governamental de médio e longo prazos. Possivelmente a *desestruturação da máquina administrativa*, especialmente na esfera do Executivo, também contribuiu para esta situação de descrédito, que prejudica não só a política de alocação de recursos, como dificulta o trabalho de *avaliação das ações do Executivo*, pela inexistência de definições precisas das prioridades e metas do governo.

Apreciação da Lei das Diretrizes Orçamentárias (LDO)

A LDO define a forma e o conteúdo dos orçamentos, além de fixar normas para sua execução, estando baseada, pelo menos em teoria, nas políticas públicas expressas no Plano Plurianual. A tramitação obedece procedimento similar àquele adotado para a apreciação dos planos plurianuais, embora seja evidenciada maior participação dos parlamentares através da apresentação de emendas e discussão. Tal participação é *devida*, possivelmente, à maior preocupação por parte dos parlamentares quanto às diretrizes de horizonte temporal mais curto, e que influenciam a elaboração e execução do orçamento anual.

Apreciação e autorização legislativa à Lei dos Orçamentos Anuais (LOA)

Esta etapa, sem dúvida nenhuma, é a mais complexa e a mais trabalhosa do ponto de vista do Legislativo, sendo desenvolvida em seis fases, que resumimos a seguir:²⁵

a - organização das atividades - envolve a escolha dos relatores e a elaboração de trabalhos metodológicos para a apreciação da lei orçamentária;

b - recepção e divulgação do projeto - recebimento da mensagem, leitura em sessão do Congresso Nacional, remessa à Comissão Mista, publicação do avulso, abertura de prazo para as emendas;

c - estabelecimento de normas e proposição de emendas - elaboração, apreciação e

²⁵*Idem.*

aprovação de parecer preliminar do Relator, adequação do material, formalização das emendas perante a Secretaria da Comissão Mista, análise das mesmas e registro nos bancos de dados;

d – apreciação pelas relatorias parciais e setoriais – apreciação das emendas, dos relatórios parciais e setoriais, decisão da Comissão Mista sobre os relatórios;

e – compatibilização e consolidação dos relatórios setoriais – compatibilização e consolidação dos relatórios parciais e setoriais, introdução dos ajustes e apreciação do relatório, que após aprovado é encaminhado ao Plenário do Congresso Nacional;

f – decisão pelo Congresso Nacional – apreciação e votação do projeto e eventuais destaques pelo Congresso Nacional e remessa ao Chefe do Executivo.

Estas etapas apenas informam sobre o processo, pois os problemas decorrentes da apreciação do orçamento no Congresso Nacional, bem como as dificuldades de acompanhamento e fiscalização da execução orçamentária, serão discutidos em capítulos subsequentes.

b – *Problemas na apreciação do orçamento pelo Legislativo*

Dentre os principais problemas na apreciação do orçamento pelo Legislativo podem ser mencionados:

a – a desarticulação do serviço público, que originou deficiências na área de planejamento, bem como nos serviços de acompanhamento e de controle interno nos órgãos do Executivo;

b – a não-observância de normas legais, administrativas e dos próprios prazos, tanto no âmbito do Legislativo quanto do Executivo, que levam a sucessivas mudanças na peça orçamentária;

c – a não-elaboração de lei complementar para substituir a Lei n.º 4.320, de 17 de março de 1964;

d – necessidade de redefinição das atribuições dos Estados, Municípios e Distrito Federal, evitando, na medida do possível, a proliferação de emendas de caráter local, que pelo seu grande número e pela falta de critérios técnicos dificultam a análise e ocasionam a pulverização dos recursos;

f – utilização excessiva de medidas provisórias pelo Executivo, na área orçamentária, "alegando urgência e relevância", para despesas que, embora não previstas no orçamento, dificilmente poderiam ser consideradas imprevisi-

veis, como o caso das secas no Nordeste, manutenção de estradas e de hospitais;²⁶

g – falta de informação e de integração entre o Legislativo e os órgãos do Executivo, especialmente no que diz respeito ao acompanhamento da execução orçamentária;

h – pouca utilização dos trabalhos e dos serviços do Tribunal de Contas da União pelo Legislativo quando da apreciação do orçamento.

Todos estes problemas têm dificultado a apreciação do orçamento pelo Congresso Nacional e, no que se refere às freqüentes mudanças na peça orçamentária pelo Executivo, o Quadro 8 indica que em dois anos dos sete ali mencionados, não foram apresentadas alterações à proposta original.²⁷

A Constituição, o Regimento Interno da Comissão Mista e a Resolução n.º 1 do Congresso Nacional são omissos quanto à extensão e à natureza destas alterações, o que aliado à falta de tradição pelo Congresso Nacional na apreciação do orçamento, permitem mudanças tão amplas que, de fato, poderia ser dito que o Congresso Nacional pode receber vários orçamentos para apreciação em um mesmo ano.

Em relação ao orçamento para 1994, por exemplo, a Mensagem n.º 105, de 1993 – CN, foi recebida pelo Congresso Nacional em 31 de agosto de 1993, sendo procedido o recebimento das emendas e a elaboração do parecer preliminar do Relator-Geral. Em outubro do mesmo ano o Ministério da Fazenda solicitou ao Congresso Nacional que sustasse o exame do projeto, devido à necessidade de mudanças decorrentes da implantação de um plano de estabilização econômica.

A nova proposta (Mensagem n.º 112, de 1994-CN), enviada em 28 de dezembro de 1993, pressupunha a criação de um Fundo Social de Emergência, que foi instituído somente em 2 de março de 1994, através de emenda constitucional, tornando necessária nova alteração na proposta orçamentária.

Contemplando esta nova mudança, foi enviada ao Congresso Nacional a Mensagem n.º 112, de 1994 – CN, que ainda foi modificada, embora de forma mínima, pelas Mensagens n.º

²⁶BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Subsecretaria de Apoio Técnico a Orçamentos Públicos. *Alterações propostas pelo Poder Executivo ao PL 23/93 que estabelece o orçamento da União para o exercício de 1994.*

²⁷*Ibidem.*

160 e 161, em 14 de junho de 1994 e pela Mensagem n.º 201, de 22 de julho de 1994.

Estes fatos servem apenas para evidenciar a extrema instabilidade no processo de elaboração do orçamento, o que dificulta o estabelecimento de um sistema confiável de acompanhamento e fiscalização, tanto na esfera do Executivo quanto na do Legislativo.

Em termos de acompanhamento da execução orçamentária existem no Executivo vários sistemas informatizados que possibilitam acesso às informações capazes de fornecer indícios sobre irregularidades e má utilização das verbas, tais como o Sistema Integrado de Administração Financeira do Governo Federal – SIAFI; Sistema Integrado de Dados Orçamentários – SIDOR; Sistema de Previsão de Arrecadação – SIPRAR; Sistemas da Receita Federal sobre Arrecadação e Renúncia de Receita – ANGELA; Sistema de Informação do Banco Central – SISBACEN.

Entretanto, sua utilização e divulgação pelo Legislativo ainda deixa muito a desejar, pois apenas recentemente o SIAFI passou a ser utilizado por assessores e parlamentares.

Em nível do Senado Federal, o PRODASEN desenvolveu o Sistema de Informações Orçamentárias – INFORCA, que apresenta as informações para as diversas localidades e unidades da Federação por parlamentares, segundo a funcional programática e os órgãos que integram a administração pública federal.

A diferença principal do INFORCA para o SIAFI é a possibilidade de agregação, considerando não apenas os subprojetos e atividades, mas também as emendas parlamentares que os originaram. As informações que constam deste sistema apresentam uma defasagem de uma semana a dez dias em relação ao SIAFI *on line* e são obtidas diretamente no SERPRO pelo PRODASEN. Devemos ainda informar que este sistema ainda não está disponível em rede, podendo ser acessado no PRODASEN, nas assessorias do Senado e da Câmara e na Secretaria da Comissão de Orçamentos.

Outro sistema derivado do SIAFI e disponível em toda a rede do Senado Federal, em gabinetes dos senadores e lideranças, é o que informa a execução orçamentária em nível de subprojeto e subatividade, tendo em conta as emendas dos parlamentares. Tal sistema é mais amigável que o SIAFI original, permitindo maior utilização pelos funcionários do Congresso Nacional, ao não exigir senhas qualificadas.

Além dos sistemas acima mencionados, derivados do SIAFI, conta o Senado Federal ainda com o aplicativo ORCA, dentro do banco de dados AQUA – Sistema de Informação do Congresso Nacional, onde estão disponíveis as emendas apresentadas pelos parlamentares desde 1991, bem como a execução financeira, a partir de 1992. Através deste banco de dados diversas pesquisas por localidade, por parlamentar, por unidade orçamentária, podem ser executadas.

Os sistemas existentes são de grande utilidade, mas relatórios originados pelos órgãos de controle interno, bem como os trabalhos desenvolvidos pelo TCU seriam de grande utilidade tanto na apreciação do orçamento quanto no acompanhamento de sua execução. Embora alguns destes trabalhos existam e sejam de circulação restrita ao TCU e a órgãos do Executivo, outros poderiam ser elaborados, caso o Congresso Nacional e o Senado, em particular, desenvolvessem mecanismos para a utilização deste tipo de trabalho no exercício de suas atribuições como órgão fiscalizador das ações do governo.

III. Conclusões e recomendações

A primeira conclusão é que a única atividade de controle externo que o Congresso Nacional divulga para a sociedade é a das comissões de inquérito, o que envolve o risco de se supervalorizar um instrumento, que deve ser utilizado de forma limitada, em ocasiões específicas. Mesmo nestes casos, os impactos dos resultados das CPIs na sociedade, ou seja, a eficiência e a eficácia das mesmas não foi estudada.

Outro instrumento de controle dos atos do Executivo, o requerimento de informações, não tem apresentado a agilidade esperada e a avaliação dos resultados da adoção do mesmo, em termos de eficiência e eficácia, também depende de análises futuras. Os depoimentos, caracterizados como um instrumento relacionado com assuntos de interesse corrente, especialmente na área econômica, também precisam ser avaliados em função dos resultados obtidos.

Assuntos como a emissão de moeda e a apreciação do relatório do TCU das contas do governo não têm merecido a atenção do Legislativo ao longo do período analisado. As razões deste comportamento deveriam ser pesquisadas, pois constitui-se num problema que deve ser solucionado.

No que concerne à análise técnica e política

do endividamento dos Estados, Municípios e Distrito Federal, em que pese a extrema dependência do Banco Central quanto aos dados necessários para a deliberação, ela tem apresentado perspectivas de aperfeiçoamento no processo de apreciação pelo Senado no futuro próximo.

Em termos orçamentários, acreditamos que o Senado em pouco ou nada exerceu sua atividade fiscalizadora durante o processo, situação que, entretanto, está gradativamente sendo aperfeiçoada pelo maior uso dos sistemas informatizados de acompanhamento por parte dos parlamentares. Entretanto, os problemas decorrentes da ausência de informações, tanto dos organismos de controle interno do Executivo quanto do TCU, prejudicam sensivelmente a atividade parlamentar. A persistência da competência comum nas atribuições do Governo Federal, dos Estados, Municípios e Distrito Federal continua provocando a ocorrência de um grande número de emendas locais, que tumultuam a apreciação do orçamento e favorecem a pulverização dos recursos. As sucessivas mudanças na peça orçamentária, bem como o uso desmedido de medidas provisórias pelo Executivo, também contribuem para dificultar ao Legislativo o exercício do seu papel de controlador externo.

É importante enfatizar a necessidade que o processo de apreciação do orçamento ocorra de forma contínua, ao longo do ano, e não como hoje, onde apenas a votação da LDO e a fase de apresentação de emendas ao LOA despertam a atenção dos parlamentares, existindo pouca discussão sobre assuntos da maior relevância para o orçamento, como o endividamento interno e externo, que consomem, segundo o relatório do TCU para 1993, aproximadamente 70% dos recursos públicos.

Por fim, ainda na área orçamentária, mantemos que aspectos tais como a amplitude de poderes relacionados ao voto do relator, às votações por acordo de lideranças, a não-observância de normas legais, as sucessivas mudanças nos prazos, bem como a forma descontínua com que é examinado o orçamento, restringindo-se ao mero exame das emendas, são práticas no âmbito do Legislativo que podem e devem ser evitadas.

Com o intuito de melhor entender a situação do Senado como órgão controlador dos atos do Executivo, foi enviado à chefia dos gabinetes um questionário, reproduzido no Quadro 9, onde pretendíamos identificar as princi-

pais fontes de informação que os Senadores dispõem para atuar no sentido de fazer valer prerrogativas do órgão como controlador externo.

Os resultados, contidos no Quadro 10, embora prejudicados pelo tamanho reduzido da amostra,²⁸ levantam algumas considerações, capazes de explicar, em parte, o baixo desempenho do Senado nas suas atividades de controlador externo. No que se refere ao TCU, a maioria dos gabinetes não mencionou uma vez sequer o relatório das contas do governo. Poucos admitiram utilizar os serviços do TCU, frequentemente relacionado com atividades de apoio às CPIs. Também foi constatado que o Balanço Geral da União e o relatório da execução orçamentária publicado bimestralmente são pouco conhecidos.

Praticamente todos os gabinetes reconheceram não dispor de subsídios oriundos do TCU ou do Executivo quando da apreciação do orçamento. Similarmente, poucos admitiram utilizar os sistemas informatizados para acompanhamento da execução orçamentária.

No que se refere ao requerimento de informação, embora alguns gabinetes informassem nunca ter sido utilizado pelo parlamentar, a maioria reconheceu sua importância, mesmo reclamando dos eventuais atrasos nas respostas por parte do Executivo; o fato da ausência de resposta não ter gerado as punições previstas em lei também mereceu alguns comentários.

De um modo geral, os resultados da pesquisa indicam que o Congresso Nacional não está ainda aparelhado para exercer sua atividade de controlador externo, resultado este coerente com os dados apresentados nos capítulos anteriores. Entretanto, fica claro do exposto que as principais limitações são de ordem institucional e política.

Sugerimos ainda que o Senado deveria desenvolver trabalhos para identificar a eficiência e eficácia dos instrumentos de controle utilizados pelo Congresso Nacional, com o propósito de auxiliar na resolução dos obstáculos e problemas já identificados. Dentro deste propósito seria interessante estudar os seguintes assuntos:

- verificar se as CPIs atingiram seus objetivos e quais as conseqüências de algumas das CPIs julgadas mais importantes;
- identificar problemas na divulgação e uti-

²⁸Apenas 21 dos gabinetes responderam ao questionário.

lização dos resultados do trabalho do TCU pelos parlamentares;

– procurar estabelecer canais de comunicação entre o Parlamento e o Tribunal de Contas da União, incluindo a comunicação com os órgãos do controle interno do Poder Executivo;

– estabelecer e sistematizar o fluxo de informações oriundos tanto do Executivo quanto de outras áreas da sociedade;

– estudar como os depoimentos são originados e qual a sua utilização na atividade do Senado como controlador externo;

– estudar e aperfeiçoar o instrumento requerimento de informações;

– aperfeiçoar o sistema de controle do endividamento e da rolagem das dívidas dos Estados e Municípios;

– redefinir o papel do Congresso Nacional na autorização para emissão de moeda, considerando inclusive a possibilidade de alteração das atribuições do Banco Central e, eventualmente, da própria Constituição;

– selecionar algumas leis para efeito de avaliação quanto à sua eficiência e eficácia, considerando que existe necessidade de adequação dos instrumentos legais aos reclamos da sociedade. Este processo, eminentemente seletivo e de médio prazo, a ser desenvolvido no âmbito das Comissões Permanentes, acabaria por ajudar na reorganização da estrutura jurídica do País.

Bibliografia

- BRASIL. Congresso Nacional. Comissão Parlamentar Mista de Inquérito destinada a apurar fatos contidos nas denúncias do Sr. José Carlos Alves dos Santos, referentes às atividades de parlamentares, membros do governo e representantes de empresas envolvidas na destinação de recursos do orçamento da União. *Relatório final da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito*. Brasília: Senado Federal, Centro Gráfico, 1994. 1v.
- BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. *Regimento Interno*. Brasília: Senado Federal, Centro Gráfico, 1991. 182p.
- BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Subsecretaria de Apoio Técnico a Orçamentos Públicos. *Notas sobre as mudanças propostas ao processo orçamentário no âmbito do Legislativo*. Brasília: Senado Federal, 1993. 6p. (Nota Técnica)
- BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Subsecretaria de Apoio Técnico a Orçamentos Públicos. *Alterações propostas pelo Poder Executivo ao PL 23/93 que estabelece o orçamento da União para o exercício de 1994*. Brasília: Senado Federal, s.d. Sp. (Nota Técnica)
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição, República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, Centro Gráfico, 1988. 292p.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). *Relatório e parecer sobre as contas do Governo da República; exercício 1992*. Brasília: Tribunal de Contas da União, 1993. 275p.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). *Relatório, conclusão e parecer prévio sobre as contas do Governo da República; exercício 1993*. Brasília: Tribunal de Contas da União, 1994. 463p.
- CAMARGO, Heloisa Helena Tartarotti. O aprimoramento da prestação de contas do Governo através da fiscalização e avaliação: um estudo comparativo entre Canadá, Estados Unidos e Brasil. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: n.114, pp. 503-548, abr./jun. 1992.
- FURTADO, Paulo, GOIAS, Jussara. *Orçamento Público; desvendando a caixa preta*. Brasília: INESC, 1994. 16p. (Subsídio – Texto para reflexão e Estudo).
- LONGO, Carlos Alberto. O processo orçamentário: tendências e perspectivas. *Revista de Economia Política*, Brasília: v. 11, n. 2, pp.78-91, abr./jun. 1991.
- OLIVEIRA, Mauro Márcio. *Comissões Parlamentares de Inquérito no Senado Federal: sua história e desempenho no período de 1946 a 1989*. Brasília: Senado Federal, Centro Gráfico, 1991. 181p.
- SANCHES, Oswaldo Maldonado. *O ciclo orçamentário; uma reavaliação à luz da Constituição de 1988*. [s.n.t.]
- SERRA, José. As vicissitudes do orçamento. *Revista de Economia Política*. Brasília: v. 13, n. 4, pp. 143-149, out./dez. 1993.
- TOURINHO, Alex. Constituinte e controle da administração pública. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 297, pp. 103-110, jan./mar. 1987.

QUADRO 1

RELAÇÃO DAS COMISSÕES PARLAMENTARES DE INQUÉRITO (DO SENADO E MISTAS) INSTALADAS E CONCLUÍDAS, DESDE A PROMULGAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Códigos: *Classificação:* A- avaliadora; S- sentenciadora; M- mista. *Ação do Estado:* E - considera que os fatos investigados estão diretamente relacionados com a ação direta de órgãos do governo (Executivo e estatais)

CPI 1988	classificação	ação do Estado
Destinada a apurar a política de concessões de emissoras de rádio e televisão em todo o País e irregularidades ocasionais no Ministério das Comunicações (Publicação no DCN II nº 89 de 21/9/88)	M	E
Destinada a investigar as consequências econômicas e sociais do racionamento de energia elétrica nas Regiões Norte e Nordeste e no Estado de Goiás (Resolução nº 8/87. Publicado no DCN II nº 30 de 22/03/88)	A	E
Comissão Parlamentar de Inquérito para apuração dos conflitos de terras ocorrentes no País (RQN nº 228/88. Publicado no DCN II nº 116 de 18/09/90 - Relatório Final aprovado em 23/11/90)	M	E
Destinada a investigar denúncias de irregularidades inclusive corrupção na administração pública (Resolução nº 22/88. Aprovado Relatório Final em 30/11/88)	S	E
CPI 1989		
Destinada a apurar as irregularidades e seus responsáveis pelas importações de alimentos por órgãos governamentais (Resolução nº 59/87. Publicada no DCN II, nº 138, de 14/10/89 e DCN II nº 124, Suplemento, de 23/10/89)	S	E
Destinada a investigar índices de fraude da importação e exportação de produtos e insumos farmacêuticos, por empresas multinacionais e os possíveis desdobramentos da atuação dessas empresas no País, inclusive a desnacionalização do setor e desmesurada elevação dos preços de medicamentos (Resolução nº 42-SF/88. Publicada no DCN II de 26/01/91)	S	
Destinada a apurar as denúncias sobre a devastação da Hiléia Amazônica e participação estrangeira nessas denúncias (Publicação no DCN II nº 150 de 1.º/11/89)	S	
Destinada a apurar o que realmente está ocorrendo com a indústria automobilística brasileira (RQN nº 567/89. Publicado no DCN II de 17/02/90)	A	
CPMI 1989		
Destinada a investigar a atual crise financeira da PETROBRÁS (Resolução nº 4/89-CN. (Publicada no DCN nº 92 de 18/02/90)	A	

Destinada a apurar a fuga de capital e evasão de divisas do Brasil (Resolução nº 5, 89/CN. Publicada no DCN nº 87 de 12/12/90)	A	
Destinada a investigar denúncias constantes do livro "A Fundação Roberto Marinho" (Resolução 6/89-CN. Publicada no DCN nº 87 de 12/12/90)	S	
COMISSÕES ESPECIAIS 1989		
Destinada a examinar a questão da dívida externa brasileira e avaliar as razões que levaram o governo a suspender o pagamento dos encargos financeiros dela decorrente, nos planos externo e interno (Publicado no DCN II nº 140 de 18/10/89)	A	E
Competência privativa do Senado Federal - Finalidade de regular competência no disposto no art. 52, V,VII,VIII e IX da Constituição (RQN nº 23/89. Publicado no DCN II nº 138 de 14/10/89)		
CPI 1990		
Destinada a examinar os critérios, as possíveis irregularidades de servidores, da extinção de cargos e empregos, repartições, autarquias e empresas, no âmbito da administração pública da União, direta, indireta e fundacional (RQN nº 178/90. Publicado no DCN nº II 176 de 13/12/90)	S	E
CPMI 1990		
Destinada a investigar o programa autônomo de energia nuclear (Resolução nº 1/90. Publicada no DCN nº 90 de 13/12/90)	A	E
CPI 1991		
Destinada a investigar as denúncias de corrupção e irregularidades na contratação de obras públicas (RQN nº 167/91)	S	E
CPMI 1991		
Destinada a investigar a verdadeira situação do Sistema Financeiro da Habitação (RQN nº 790/91. Publicado no DCN nº 33-B de 14/07/93)	A	E
Destinada a investigar a incidência de esterilização em massa de mulheres no Brasil (RQN nº 592/91 - CN. Relatório nº 2 de 1993 -CN)	S	
Destinada a examinar o cumprimento das disposições legais relativas à destinação dos recursos e às irregularidades na administração do FGTS do trabalhador (RQN nº 592/91 - CN. Publicado no DCN II nº 180 de 27/10/92)	S	E
Destinada a apurar responsabilidade no âmbito da Companhia Nacional de Abastecimento - CONAB (RQN nº 587/91 - CN. Publicado no DCN nº 18 de 04/07/92)	S	E

Destinada a investigar as causas e as dimensões do atraso tecnológico nos processos produtivos da indústria brasileira, bem como nos processos de pesquisa e instituições de ensino e pesquisa no Brasil (RQN nº 493/91 - CN. Relatório publicado em maio de 1992)	A	
Destinada a investigar a crise na universidade brasileira (RQN nº 593/91. Relatório Final publicado em 1993)	A	
Destinada a investigar irregularidades na Previdência Social (RQN nº 446/91. Publicado no DCN nº 49 de 12/06/91)	S	E
COMISSÕES TEMPORÁRIAS - 1991		
Destinada a estudar e analisar, bem como acompanhar as atividades da Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e Desenvolvimento (RQN 146/91. Publicado no DCN II nº 148 de 10/09/92)	A	
COMISSÕES MISTAS 1991		
Destinada a estudar o problema do Desenvolvimento Econômico Inter-Regional Brasileiro (RQN nº 810/91 - CN. Relatório publicado em dezembro de 1993)	S	E
CPI 1992		
Destinada a apurar irregularidades cometidas em fundos de pensões de estatais e na PETROBRÁS (RQN nº 376/02-SF. Relatório publicado em março de 1993)	S	E
Destinada a apurar denúncias de corrupção, envolvendo suborno de autoridades, sobretudo do ex-Ministro do Trabalho e Previdência Social (RQN nº 52/02. Publicado no DCN II nº 79 de 21/06/92)	S	E
CPMI 1992		
Destinada a apurar denúncias do Senhor Pedro Collor de Mello sobre as atividades do senhor Paulo César Cavalcante Farias (RQN nº 52/92 - CN. Publicado DCN-Suplemento ao nº 39 de 16/9/92)	S	E
COMISSÃO ESPECIAL DO SENADO FEDERAL 1992		
Senado Federal como órgão judiciário - processo de "impeachment" contra o Presidente da República (Art. 52, inciso I da Constituição)		
CPMI 1993		
Destinada a investigar as causas do endividamento do setor agrícola (RQN nº 92/93-CN. Publicado no DCN nº 203 de 28/12/93)	A	
Destinada a apurar fatos contidos nas denúncias do Senhor José Carlos Alves dos Santos contra parlamentares, membros do governo e representantes de empresas envolvidas na destinação de recursos do Orçamento da União. (RQN nº 151/93-CN)	S	E

Fonte: Secretaria Legislativa do Senado Federal; elaborado pela SSATOP/SF

QUADRO 2
SITUAÇÃO DOS REQUERIMENTOS DE INFORMAÇÃO EM 1993/1994*

Ano	Apresentados	Aprovados/ Respondidos	Aprovados/ Aguardando Informações	Tramitando	Retirado pelo autor
1993	192	154	35	2	1
1994	80	43	17	18	2

(*) Pesquisa válida até 13/10/94

Fonte: Secretaria Geral da Mesa. Elaborado pela SSAIOP/SF.

QUADRO 3
RELAÇÃO DOS DEPOIMENTOS PRESTADOS NO SENADO FEDERAL - 1994

Data	Comissão	Deponentes	Assunto
29/03	CAE	Fernando Henrique Cardoso Pedro Malan	Dívida externa
26/04	CAE	André Montoro Filho - Presidente da Comissão Diretora do Programa Nacional de Desestatização. Amir Khair - Economista.	Privatização da EMBRAER
28/04	CAE	Pedro Malan	Acordo da dívida externa
16/08	CAE	Lélio Viana Lobo Ministro da Aeronáutica. Osires Silva Presidente da EMBRAER.	Privatização da EMBRAER
14/03	CAE	Fernando Henrique Cardoso Ministro da Fazenda. Edmar Bacha - Assessor Especial de Política Econômica. Gustavo Franco - Diretor da Área Internacional do BACEN. Maria da Conceição Tavares. Mário Henrique Simonsen. Paulo Nogueira Batista Jr.	Debate sobre o programa econômico
08/03	CAE	Alisson Paulinelli - Secretário da Agricultura de Minas Gerais. Ernesto de Salvo - Presidente da CNA. Pedro Camargo - Presidente da Sociedade Rural Brasileira. Francisco Urbano - Presidente da Confederação Nacional dos Trabalhadores da Agricultura.	Painel sobre a agricultura brasileira
22/02	CAE	Sinval Guazelli Ministro da Agricultura.	Anistia para o crédito rural
08/02	CAE	Alcyr Calliari Presidente do Banco do Brasil.	Anistia para o crédito rural

Fonte: Secretaria das Comissões/Comissão de Assuntos Econômicos.
Elaborado pela SSAIOP/SF.

QUADRO 4

RELAÇÃO DOS DEPOIMENTOS PRESTADOS NO SENADO FEDERAL - 1993

14/12	CAE	FERNANDO HENRIQUE CARDOSO - MINISTRO DA FAZENDA	PLANO ECONÔMICO DO GOVERNO
18/11	CRE	CELSO AMORIM - MINISTRO DAS RELAÇÕES EXTERIORES	ACORDO NUCLEAR BRASIL-ARGENTINA
09.17/11	CCJ - CAE	CELSO AMORIM - MINISTRO DE ESTADO DAS RELACÕES EXTERIORES - FRANCISCO ALBERTO TEIXEIRA - PRESIDENTE DA ASSOCIAÇÃO DAS INDÚSTRIAS FARMACÊUTICAS NO BRASIL - DÉCIO LEAL ZAGOTTIS - SECRETÁRIO DE POLÍTICA INDUSTRIAL DO MINISTÉRIO DA INDÚSTRIA E COMÉRCIO E VÁRIOS OUTROS DEPOENTES	DISCUSSÃO SOBRE PROPRIEDADE INDUSTRIAL
27/10	-	OZIREZ LOPES DE AZEVEDO FILHO - SECRETÁRIO DA RECEITA FEDERAL	RECEITA FEDERAL
20/10	CAE	PEDRO MALAN - PRESIDENTE DO BACEN - ANDRÉ LARA REZENDE - NEGOCIADOR DA DÍVIDA EXTERNA	NEGOCIAÇÃO DA DÍVIDA EXTERNA
19,20/10	CCJ	DRª NADIR PRATES - PRES. DA ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE MÉDICAS ENFERMAGEM DA USP DRª MARIA JOSÉ ROSADO NUNES - GRUPO CATÓLICAS PELO DIREITO DE DECIDIR - DRª BEATRIZ MACDOWELL - PRES. DA ASSOCIAÇÃO MÉDICA DE BRASÍLIA RUY LAURENTI - REITOR DA USP SUELY CARNEIRO - INSTITUTO DA MULHER NEGRA - D. LÉLIS LARA - BISPO DA CNBB E VÁRIOS OUTROS DEPOENTES	SEMINÁRIO SOBRE A DESCRIMINA- LIZAÇÃO DO ABORTO
1,2,9,15,16, 23,28/09	CE	MURILIO HINGEL - MINISTRO DE EDUCAÇÃO, VÁRIOS SECRETÁRIOS ESTADUAIS DE EDUCAÇÃO E REPRESENTANTES DE ENTIDADES DE CLASSE	SEMINÁRIO SOBRE O PLC 101/93 - QUE FIXA DIRETRIZES E BASES DA EDUCAÇÃO NACIONAL
06/07	CAE	FERNANDO HENRIQUE CARDOSO - MINISTRO DA FAZENDA - VALTER BARELLI - MINISTRO DO TRABALHO ANTÔNIO BRITO - MINISTRO DA PREVIDÊNCIA	POLÍTICA ECONÔMICA DO GOVERNO
23/06	CCJ	ALEXANDRE DE PAULA DUPEYRAT MARTINS - ADVOGADO GERAL DA UNIÃO	ESCLARECIMENTOS SOBRE A ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO

12/05	PLENÁRIO	ELISEU RESENDE - MINISTRO DA FAZENDA	ESCLARECIMENTOS SOBRE OPERAÇÕES DO PROGRAMA DE FINANCIAMENTO ÀS EXPORTAÇÕES - PROEX
05/05	PLENÁRIO	ELISEU RESENDE - MINISTRO DA FAZENDA	ESCLARECIMENTO SOBRE O PLANO ECONÔMICO DIVULGADO PELO GOVERNO NO DIA 24 DE ABRIL
09/03	PLENÁRIO	ELISEU RESENDE	SISTEMA TRIBUTÁRIO NACIONAL - PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO N.º 2, DE 1993
04/02	CCJ	PAULO HADDAD - MINISTRO DA FAZENDA	ESCLARECIMENTO SOBRE A PEC N.º 02/93 - SISTEMA TRIBUTÁRIO NACIONAL

Fonte: Secretaria das Comissões, Secretaria Geral da Mesa. Elaborado pela SSATOP/SF.

NOTA: dois depoimentos realizados em 1993 não constam do quadro por ausência de datas dos mesmos, a saber:

Lázaro Barbosa - Ministro da Agricultura, convocado mediante Requerimento n.º 428, de 1993, que prestou esclarecimentos sobre o Plano Econômico do Governo, na parte pertinente às atribuições daquele ministério.

Fernando Henrique Cardoso - Ministro da Fazenda, convocado mediante Requerimento n.º 890, de 1993, para prestar esclarecimentos sobre a elaboração e condução da política econômica do Governo Itamar Franco.

QUADRO 5

TRAMITAÇÃO DO PARECER E RELATÓRIO SOBRE AS CONTAS DO GOVERNO - TCU 1988-1993

ANO	MENSAGEM (NA ORIGEM)	PROMUL- GAÇÃO	PLENÁRIO (1) DO CONGRESSO	APROVAÇÃO	ÚLTIMA AÇÃO
1988	MSG157/89	06/05/91 DL 101/91	30/06/89	27/06/90 (2)	
1989	MSG160/90	05/05/92 DL 18/92	19/03/92	04/05/92	
1990	MSG150/91	-	20/06/91		07/05/92 (3)
1991	MSG104/92	-	01/07/92		01/07/92 (4)
1992	MSG179/93	-	16/04/93		23/06/93 (5)
1993	MSG292/93	-	23/06/94		24/06/94 (6)

Fonte : Dados fornecidos pela Sinopse/SF e elaborado pela SSATOP/SF.

(1) Leitura em Plenário do Relatório e Projeto de Parecer do TCU.

(2) Em 1989, a tramitação foi distinta dos anos seguintes, sendo a mesma encaminhada à Comissão Mista de Orçamento constituída na sessão legislativa anterior, conforme instruções da Presidência. Em 3/5/89, o OF. CN 184 foi remetido ao Presidente do Tribunal de Contas da União solicitando parecer prévio para o disposto no inciso I, do art. 71 da Constituição. O referido parecer prévio foi lido no Plenário do Congresso Nacional em 30/06/89, tendo sido encaminhado à Comissão Mista de Orçamento, onde recebeu parecer favorável em 30/05/90, e aprovado pelo Plenário do Congresso em 27/06/90. Tanto na CMO quanto no Plenário não foram apresentadas emendas.

(3) Conforme informação da sinopse, o parecer do TCU lido no Plenário do Congresso em 20/06/91, foi encaminhado à Comissão Mista de Orçamento, onde se encontra desde 07/05/92 aguardando parecer.

(4) O relatório do TCU foi lido em Plenário-CN e remetido à Mesa Diretora com despacho à Comissão Mista de Orçamento. A última ação, de 01/07/92, indica que o relatório estava aguardando parecer.

(5) A última ação indicava que o processo estava esperando a indicação dos membros da Comissão Mista de Orçamento em 23/06/93.

(6) Encaminhado à Comissão Mista de Orçamento e aguardando parecer.

QUADRO 6
TRAMITAÇÃO DAS MENSAGENS SOBRE EMISSÃO DE MOEDA – 1984/90

E.º FDL	Ano	Montante em trilhões	Mensagem	Entrada Câmara	Aprovação Câmara	Entrada Senado	Aprovação Senado
09/86	1984	Cr\$ 1,9	259	16/7/84	10/6/86	19/6/86	15/6/93
08/86	1984	Cr\$ 0,4	5	16/1/85	10/6/86	19/6/86	15/6/93
10/86	1985	Cr\$ 10,0	341	4/7/85	10/6/86	19/6/86	15/6/93
19/92	1985	Cr\$ 14,0	624	28/11/85	12/3/92	17/3/92	15/6/93
05/88	1987	Cr\$ 0,095	338	13/10/87	16/3/88	18/3/88	15/6/93
15/92	1987	Cr\$ 0,052	5	1/11/88	12/3/92	17/3/92	15/6/93
03/93	1988	Cr\$ 1,543	229	21/6/88	4/4/93	16/3/93	15/6/93
18/92	1989	BCr\$ 0,0068	541	19/9/89	12/3/92	17/3/92	15/6/93
14/92	1989	BCr\$ 0,033	776	14/11/89	12/3/92	17/3/92	15/6/93
16/92	1989	BCr\$ 0,0012	139	21/2/90	12/3/92	17/3/92	15/6/93
17/92	1990	BCr\$ 0,0068	541	19/9/89	12/3/92	17/3/92	15/6/93

Fonte: Comissão de Assuntos Econômicos/Senado Federal.
Elaborado pela Assessoria Legislativa/Senado Federal.

QUADRO 7
DEMONSTRATIVO DAS AUTORIZAÇÕES PARA EMISSÃO DE MOEDA

EXERCÍ- CIO	VOTO DO CMN*	MENSAGEM DO PRESIDENTE	HOMOLOGAÇÃO DO CONGRESSO	VALOR AUTORIZADO Cr\$ MIL
1989	056/89, de 01.03.89	541/89, de 19.09.89	DL20/93 de 24.08.93	1.040
1989	105/89, de 12.04.89	541/89, de 19.09.89	DL20/93 de 24.08.93	1.106
1989	161/89, de 28.06.89	541/89, de 19.09.89	DL20/93 de 24.08.93	4.690
1989	242/89, de 28.06.89	776/89, de 14.11.89	DL18/93 de 11.08.93	991
1989	252/89, de 24.10.89	776/89, de 14.11.89	DL18/93 de 11.08.93	32.056
1989	346/89, de 28.12.89	139/90, de 21.02.90	DL21/93 de 24.08.93	1.200
1990	033/90, de 14.02.90	158/90, de 02.03.90	DL23/93 de 27.08.93	87.500
1990	068/90, de 27.03.90	460/90, de 06.06.90		160.000
1990	083/90, de 25.04.90			120.000
1990	108/90, de 29.05.90			344.000
1990	237/90, de 06.12.90	252/91, de 31.05.91		461.300
1991	038/91, de 27.03.91	199/91, de 07.05.91		2.075.000
1991	189/91, de 26.11.91	751/91, de 14.07.91		2.035.000
1992	042/92, de 28.02.92	106/92, de 14.04.92	DL20/94 de 18.05.94	5.320.000
1992	118/92, de 03.07.92	532/92, de 24.08.92	DL21/94 de 18.05.94	21.100.000
1992	206/92, de 02.12.92	955/92, de 29.12.92		22.700.000
1993	021/93, de 12.02.93			148.000.000
1993	082/93, de 07.07.93			350.000.000
1993	124/93, de 19.10.93			935.000.000

Fonte: Tribunal de Contas da União, Relatório, Conclusão e Projeto de Parecer Prévio sobre as Contas do Governo da República, Exercício de 1993, pp. 442 a 444.

* CMN - Conselho Monetário Nacional.

QUADRO 8

TRAMITAÇÃO DA LEI ORÇAMENTÁRIA ANUAL 1988 - 1995

PL Original	Leitura em Plenário	Proposta de Modificação	Votação em Plenário	Envio à Sanção	Publicação no DOU
PL nº 1, de 1988- CN	14/9/88	Mensagem 155/88-CN, 22/11/88 (retirada) Mensagem 156/88-CN, 29/11/88	9/12/88	15/12/88	4/1/89 Lei n.º 7.715 de 3/1/89
PL nº 54, de 1989- CN	4/10/89	Mensagem 236/89-CN, 21/11/89 Mensagem 237/89-CN, 21/11/89	13/12/89	13/12/89	1/2/90 Lei n.º 7.959 de 31/1/90
PL nº 19, de 1990- CN	4/9/90	-	17/12/90	17/12/90	1/2/91 Lei n.º 8.175 de 31/1/91
PL nº 26, de 1991- CN	3/9/91	-	19/12/91	7/2/92	4/3/92 Lei n.º 8.409 de 28/2/92
PL nº 44, de 1992- CN	1/9/92	Mensagem 132/92-CN, 12/11/92 Mensagem 138/92-CN, 19/11/92	31/03/93	6/4/93	30/4/93 Lei n.º 8.652 de 29/4/93
PL nº 23, de 1993- CN	2/9/93	Mensagem 105/93, 31/08/93 Mensagem 267/93 CN, 28/12/93 Mensagem 112/94-CN, 3/5/94 Mensagem 160/94-CN, 15/6/94 Mensagem 161/94-CN, 15/6/94 Mensagem 201/94-CN, 26/7/94	19/10/94	19/10/94	20/11/94 Lei nº 8.933 de 9/11/94
PL nº 3, de 1994- CN	1/9/94	Mensagem 238/94-CN, 2/9/94 Mensagem 356/94-CN, 9/11/94 Mensagem 389/94-CN, 30/11/94*	21/12/94	30/12/94	20/1/95, Lei nº 8.980 de 19/1/95

Fonte: Mensagens e Diários Oficiais da União, Secretaria Geral da Mesa (Banco de Dados AQUA -MALE) - MGS 105/93 de 31/08/93 e MSG 267/93, de 28/12/93.

(*) Encaminha dados complementares à proposta para 1995.

QUADRO 9

Questionário sobre utilização das informações institucionais pelos Senhores Senadores no exercício da atividade parlamentar/legislativa.

1 - Utiliza informações ou trabalhos do Tribunal de Contas da União?

Não ()

Sim () Em caso afirmativo, os trabalhos ou informações foram solicitados pelo parlamentar ou oriundos de publicação do TCU?

Neste caso qual trabalho do TCU foi utilizado e em que situação?

2 - Recebe alguma publicação do Executivo sobre matérias financeiras e econômicas ?

Não ()

Sim () Qual a publicação ou publicações?

Em que atividade foram utilizadas as informações?

3 - Recebeu alguma informação do Banco Central sobre rolagem da dívida dos estados e municípios, bem como o sobre o endividamento interno e externo?

Não ()

Sim ()

4 - Já consultou ou utilizou o Balanço Geral da União publicado pela Secretaria do Tesouro Nacional ?

Não ()

Sim ()

5 - Durante a elaboração do orçamento recebe informações do TCU ou do Executivo sobre o desempenho dos programas e projetos beneficiados no orçamento?

Não ()

Sim () Especifique, por favor, quais órgãos forneceram as informações.

Utilizou as informações acima mencionadas quando da apreciação do orçamento?

6 - Utiliza algum sistema informatizado para acompanhar a execução orçamentária?

Não ()

Sim () Qual o sistema?

Qual a periodicidade das consultas?

7 - Tem conhecimento do relatório bimestral publicado pelo Tesouro Nacional no Diário Oficial da União sobre a execução financeira da Administração Direta, Indireta e de Investimento das Estatais?

Não ()

Sim ()

8 - Já solicitou requerimentos de informação?

Não ()

Sim () Considera que estes foram respondidos em tempo hábil?

Acredita que tenham sido úteis à atividade parlamentar?

Alguma vez não recebeu a (s) resposta (s) solicitada (s)?

Qual (is) a(s) medida(s) adotada(s) face ao não-atendimento do pedido de informações ?

QUADRO 10
FONTES DE INFORMAÇÃO DOS PARLAMENTARES

INFORMAÇÕES	NÃO	SIM
CONHECIMENTO E UTILIZAÇÃO DOS RELATÓRIOS E/OU SERVIÇOS DO TCU	18	3
CONHECIMENTO DO BALANÇO GERAL DA UNIÃO	19	2
CONHECIMENTO DO RELATÓRIO BIMESTRAL PELO TESOUREIRO NACIONAL SOBRE A EXECUÇÃO FINANCEIRA	16	5
RECEBIMENTO DE INFORMAÇÕES DO BANCO CENTRAL SOBRE ROLAGEM DA DÍVIDA E OPERAÇÕES DE CRÉDITO	12	9
RECEBIMENTO DAS INFORMAÇÕES ECONÓMICAS DO EXECUTIVO	13	8
RECEBIMENTO DE SUBSÍDIOS DO EXECUTIVO E/OU TCU NA APRECIÇÃO DO ORÇAMENTO	19	2
ACOMPANHAMENTO DA EXECUÇÃO ORÇAMENTÁRIA - SISTEMAS INFORMATIZADOS	13	8
SOLICITAÇÃO DE REQUERIMENTOS DE INFORMAÇÃO	8	13
SATISFAÇÃO COM A RESPOSTA AOS REQUERIMENTOS DE INFORMAÇÃO EM TERMOS DE OPORTUNIDADE - TEMPO HÁBIL	9	12
SATISFAÇÃO COM A RESPOSTA AOS REQUERIMENTOS DE INFORMAÇÃO EM TERMOS DE UTILIDADE PARA A ATIVIDADE PARLAMENTAR	-	12

Fonte: Senado Federal. Elaborado pela SSATOP/SF.

Políticas do Ministério do Trabalho do Brasil

JOÃO DE LIMA TEIXEIRA FILHO E JOSÉ ALVES DE PAULA

SUMÁRIO

1. *Breve histórico.* 2. *Repensar o papel do Estado na área do trabalho.* 3. *A modernização do Estado e as relações coletivas de trabalho.* 4. *A modernização do Estado e as relações individuais de trabalho.* 5. *A política legislativa na área do trabalho.* 6. *O Estado e as condições ambientais de trabalho.* 7. *A política de emprego.* 8. *A formação profissional.* 9. *Participação e tripartismo.* 10. *Conclusão.*

1. *Breve histórico*

O Ministério do Trabalho do Brasil foi criado pelos ideólogos da Revolução de 30, grandemente influenciados pelo Positivismo de Augusto Comte, para o qual o sufrágio universal e a democracia tornavam os Estados ingovernáveis. Os positivistas acreditavam que a política era uma ciência sujeita a leis tão rígidas quanto as das ciências exatas. A política era nada mais que uma física social e por isso deveria ser conduzida por tecnocratas. O que importava não era a representatividade dos governantes nem a vontade popular, mas a competência dos tecnocratas e planejadores estatais.

O governo deveria ser centralizador, com planejamento efetuado por uma elite tecnocrata, assim como exercer o poder sem participação da sociedade, sem o controle das Câmaras e com o máximo de continuidade administrativa.

Não obstante, nesse modelo centralizador e autoritário, havia grande preocupação com a justiça social como condição da paz e da estabilidade. Mas essa justiça social deveria alcançar-se não pela organização e pela luta sindical dos trabalhadores, mas pela outorga do Estado, que, de um lado, impunha aos empregadores certas obrigações legais e sociais para com os trabalhadores e, de outro lado, proibia a gre-

João de Lima Teixeira Filho foi Secretário Nacional do Trabalho do Ministério do Trabalho e da Previdência Social. É membro da Academia Nacional de Direito do Trabalho. José Alves de Paula foi Diretor do Departamento de Inspeção e das Relações de Trabalho do MTPS. É também advogado.

Em dezembro de 1991, os Ministros do Trabalho do Brasil, Argentina, Chile, Paraguai e Uruguai celebraram o Convênio de Cooperação Técnica Horizontal, reconhecendo que as mudanças econômicas, tecnológicas e nas estruturas do Estado implicavam adequar e reaparelhar os Ministérios do Trabalho para atender às novas demandas e desempenhar suas funções em um novo contexto de relações individuais e coletivas de trabalho. Em decorrência disto, realizou-se, no Rio de Janeiro, nos dias 29 e 30 de abril de 1991, uma reunião de trabalho na qual os representantes de cada um dos citados países apresentaram breve reflexão, uma síntese mesmo, sobre o papel do seu Ministério do Trabalho, visando adequá-lo a essa nova realidade.

ve e colocava os sindicatos sob tutela e controle do Estado.

Este modelo prosperou e teve seu papel no cenário de um Brasil agrícola, com pequena concentração urbana e pouco desenvolvimento industrial. Em 1946, com a redemocratização do país, o modelo sofreu pequenas adaptações: a greve, por exemplo, tornou-se legítima. Mas a organização sindical não foi alterada em sua pirâmide confederativa, tutelada pelo Estado. Nas relações de trabalho, continuou-se a dar ênfase ao contrato individual de trabalho, a privilegiar o dissídio em vez da negociação e, por isso, a apoiar-se no poder normativo da Justiça do Trabalho. Esta Justiça especializada, por suas sentenças normativas, se substituiu quase invariavelmente à negociação direta das partes, gerando um instrumento normativo cujas condições de trabalho não são produto da vontade dos interessados. Este modelo superado sofreu mudanças com a Constituição de 1988, embora ainda mantenha a velha ordem sindical, de concepção fascista e consagradora do princípio da unicidade sindical imposta por categoria e por base territorial.

2. Repensar o papel do Estado na área do trabalho

Repensar as funções do Estado na área do trabalho, redefinir as políticas e funções do Estado nas relações de trabalho é uma tarefa constante. Mas repensar as relações de trabalho a partir de que parâmetros e com que objetivos? Redefinir as funções do Estado, na área do trabalho, a partir de que diretrizes?

Pelo menos três aspectos devem ser considerados neste repensar e redefinir: o aspecto econômico, o político e o jurídico-constitucional.

Economicamente, temos um país com pesada dívida externa, dando os primeiros sinais de que está saindo da estagnação, da recessão, reduzindo o desemprego e a inflação e lutando ainda contra o esgotamento financeiro do Estado — com limitadas condições para realizar obras de infra-estrutura ou para investir na área social.

Neste cenário é fundamental que os atores sociais, trabalhadores e empregadores, encontrem formas de convivência e de convergência, em vez de se esterilizarem na mútua desconfiança e no confronto.

Politicamente, o cenário que hoje vivemos é o de um país democrático, com total liberdade de expressão e de organização, inclusive na área

sindical, apesar da unicidade *meramente formal* que a Constituição consagra (art. 8.º). Tanto pela complexidade da economia como pelo desenvolvimento das forças sindicais e também pelo modelo constitucional vigente deste 1988, é indispensável hoje um sindicato domesticado e controlado pelo Estado.

Sob o aspecto jurídico-constitucional, a Constituição brasileira de 1988 declara que o *trabalho e a livre iniciativa* são dois dos *fundamentos* da República (art. 1.º, item IV).

Essa República, um de cujos fundamentos é o *trabalho*, tem como *objetivos fundamentais* construir uma sociedade *justa e solidária*, de onde se tenha erradicada a pobreza e reduzidas as desigualdades sociais (art. 3.º).

Por isto mesmo a organização social e a administração do trabalho deverá fundamentar-se na *valorização do trabalho humano* (art. 170), na *redução das desigualdades sociais* (art. 170, VII) e na *busca do pleno emprego* (art. 170, VIII). Além disso, a organização de suas estruturas econômicas deverá ter como *base o primado do trabalho e, como objetivo, a justiça social* (art. 193).

Por estas referências à Constituição de 1988 verifica-se que ela, fiel aos princípios da consciência ética universal, enfatiza repetidamente a importância do trabalho humano, que não pode ser considerado simples insumo ou apenas fator de custo, na produção de bens e serviços, mas, ao contrário, constitui-se em *fundamento* da República (art. 1º).

O trabalho é ainda considerado pela Constituição brasileira de 1988 como *instrumento* para erradicar a miséria e a marginalização, bem assim para reduzir as desigualdades sociais (art. 170).

Quando considerado fator de produção, diz a Constituição de 1988 que o trabalho não é simplesmente um insumo. Tem *primazia* sobre o capital (art. 193), já que a sociedade não deve basear-se na luta de classe, mas na solidariedade social (art. 3º), solidariedade esta que só pode existir se houver diálogo e justiça nas relações sociais, especialmente nas relações de trabalho (art. 193).

Se é este o papel do trabalho e se é com esta dimensão que a Constituição o insere na economia, isto não pode ser tomado pelo Ministério do Trabalho como uma simples exortação verbal desprovida de conseqüências. Para nós, trata-se de uma norma constitucional, certamente de eficácia contida, mas que está a apontar

em que direção devem orientar-se as políticas do Estado e do governo, na área do trabalho.

Dentro desta normativa constitucional, asume grande relevância o papel que o Estado e, por consequência, a Administração do Trabalho devem desempenhar nas relações do trabalho.

3. A modernização do Estado e as relações coletivas de trabalho

Esta ênfase dada ao fator trabalho não se choca, mas, ao contrário, está coerente com a preocupação do governo de modernizar o Estado.

Modernizar o Estado significa basicamente reduzir ou eliminar sua presença na atividade econômica, quer reduzindo os investimentos diretos, quer privatizando as empresas onde o Estado tenha participação no capital social e nas quais não haja razão para sua presença. Significa, ainda, frear a fúria intervencionista e regulamentadora do Estado, para permitir maior espaço à liberdade e à cidadania. Mas significa, também, liberar recursos e energias para que o Estado possa utilizá-los nas atividades que constituam sua função precípua: saúde, educação, polícia, justiça etc. Modernizar o Estado não quer dizer pura e simples retirada do Estado. Não quer dizer ausência ou omissão do Estado. Nas áreas que lhe são próprias, modernizar o Estado significa presença e atuação mais eficaz do Estado, mais produtividade e mais qualidade nos serviços que ele tem a obrigação de prestar.

Até 1988, as relações de trabalho no Brasil – seguindo um modelo que já vigorava há mais de meio século – baseavam-se na organização sindical confederativa tutelada pelo Estado, na ênfase dada ao contrato individual de trabalho e no exercício do poder normativo pela Justiça do Trabalho, retirando quase que integralmente o espaço reservado à negociação coletiva.

Podemos dizer que a evolução econômica e política do Brasil levou este modelo à estafa. Trata-se de um modelo que hoje está esgotado, não atendendo mais à necessidade da classe trabalhadora nem às demandas da sociedade.

No campo das relações coletivas de trabalho, o Estado não pode nem deve mais tutelar os sindicatos, seja arbitrando disputas de representatividade, seja concedendo ou retirando sua personalidade jurídica.

Anteriormente à Constituição de 1988, a criação e gestão dos sindicatos, bem assim o processo de reconhecimento para que pudessem

praticar atos da vida sindical, encontravam-se regulados em aparatosa malha legal, verdadeira peneira de microscópica granulometria, para ser administrada pelo Estado ao sabor de seus interesses de momento.

A tal ponto esse papel de controle agigantou e projetou o Ministério do Trabalho perante a sociedade que, com o advento da Constituição de 1988, a própria sociedade festeja as novas prerrogativas sindicais e, ao mesmo tempo, critica o que aparentava ser *omissão* do Ministério do Trabalho no campo coletivo, como se a antiga estrutura não tivesse sido, em boa parte, desmontada pela Constituição...

Deve o Ministério do Trabalho desenvolver a política de permanente *estímulo* a que os interlocutores sociais, sem a tutela do Estado, ocupem o espaço que lhes pertence, gerindo diretamente seus próprios conflitos coletivos na busca de soluções consensuais.

Esse processo negocial pressupõe a participação insubstituível e mediadora dos corpos intermediários, baseada no princípio da subsidiariedade. Segundo este princípio, o Estado tem apenas função supletiva e só deve centralizar e desempenhar aqueles papéis que não possam ser assumidos diretamente pelos cidadãos ou pelos corpos sociais intermédios: as empresas, os sindicatos e outras instituições que se interpõem entre os cidadãos e o Estado.¹

As razões para isto são óbvias: é para que haja uma ampla e saudável descentralização capaz de dar respostas e soluções mais justas e mais racionais às demandas; para que se estimule o senso de responsabilidade e de participação de cada cidadão, que, assim, assumirá o papel de artífice de seu próprio destino e não ficará esperando as soluções padronizadas do Estado; e para evitar que os cidadãos tenham de enfrentar-se sempre diretamente com o próprio Estado, sem os amortecedores dos corpos mediadores.

E a negociação coletiva constitui o processo mais adequado para se estruturar uma verdadeira rede de *regras privadas*, revistas e aprimoradas a cada exercício da autonomia coletiva, sempre objetivando reduzir a folga, o espaço faltante que existe na área do trabalho em relação à área do capital, distância essa que nem mesmo a mera intervenção legislativa se mostrou capaz de corrigir.

¹ V. "O Estado e a Justiça Social", de João de Lima Teixeira Filho, in *Revista LTR*, abr/92, pp. 402 e ss.

Isso não significa menosprezar a função reguladora que o Estado efetivamente tem a desempenhar. Significa, isto sim, reconhecer a existência de uma vertente autônoma voltada para a busca — cada vez mais ostensiva e mais autêntica — da realização da justiça social.

Dessa forma, é possível conjugar e sincronizar a intensidade da intervenção estatal com os avanços sociais indicadores da suficiência da ação sindical, visando tentar, de alguma forma, corrigir o desnível existente entre trabalhadores e empresários.

Essa pujança e maturidade sindicais representam um divisor de águas no sentido de que a presença do Estado no campo das relações de trabalho já não é exigida, como o foi no advento da Revolução Industrial, com a mesma intensidade e com os mesmos objetivos. O afastamento total do Estado, numa atitude omissiva, também não é a posição correta, já que a Constituição brasileira reconhece as desigualdades sociais e regionais (arts. 3.º, III, e 170, VII) e imputa ao Estado, basicamente, o dever de reduzi-las.

Na busca desse objetivo, cumpre ao Estado, sem prejuízo de valer-se do intervencionismo básico sempre que se fizer necessário, adotar a posição de *estímulo* e de *sustento* a que os sindicatos assumam o papel de protagonista da regulação do trabalho, deixando o de pálido coadjuvante ou de complacente espectador do cenário de desigualdades.

Desde que efetivamente atuem os corpos *intermediários situados entre o cidadão e o Estado*, a este último incumbe lançar o núcleo das relações de trabalho, editando as normas de ordem pública, em resguardo do interesse coletivo. Isso porque a intervenção estatal em dose excessiva reduz desejavelmente, de um lado, a autonomia individual, porém, por outro lado, ocupa indesejavelmente espaços dentro dos quais a negociação coletiva deveria estar evoluindo e se desenvolvendo.

O sistema jurídico brasileiro está, em tese, armado dentro desse molde de diferentes níveis de interesses: o público, o coletivo e o individual.

O interesse público encontra-se resguardado com a cláusula de irrenunciabilidade e com a cominação de nulidade dos atos que contra ele atentem (arts. 9.º e 444 da CLT). É ainda previsto que, mesmo na hipótese de lacuna legislativa, as autoridades judiciárias ou administrativas recorrerão aos meios usuais de supri-la, mas

decidirão sempre de modo que “nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público” (art. 8.º da CLT).

O interesse coletivo, de categorias profissionais (empregados) e econômicas (empregadores), é revelado através das negociações coletivas, de onde resultam condições de trabalho de eficácia restrita ao âmbito das respectivas representações, ajustadas no vazio ou por cima do mínimo da lei, embora seja constitucionalmente permitida a flexibilização de direitos, sempre sob tutela sindical (art. 7.º, incisos VI, XII e XIV da Constituição Federal). E contra a pactuação coletiva não cabe o acordo individual (art. 444 da CLT).

O interesse individual, exatamente por ser o mais frágil, quando isoladamente considerado, submete-se aos demais níveis de interesse e só produz eficácia jurídica se presentes os requisitos da bilateralidade da avença e, ainda assim, da ausência de prejuízos diretos ou indiretos para o trabalhador (art. 468 da CLT).

A proliferação de normas estatais que até poucos anos atrás se verificava no Brasil, ultrapassando o campo do interesse público, conquanto não comprometa a estrutura do modelo acima referido, direciona a convicção no sentido de que o sindicato ainda não vinha cumprindo, na intensidade e na medida do desejável, sua função distributiva, apesar do significativo e permanente robustecimento de sua ação, nos últimos quinze anos. Aliás, este revigoramento do sindicato explica por que o legislador constituinte de 1988 introduziu na Lei Maior a figura da flexibilização de direitos, sob estrito controle sindical (art. 7.º, VI).

Por fim, ainda no campo das relações coletivas, não deve o Estado continuar editando leis impositivas para aumentar o rol dos direitos individuais dos trabalhadores, de maneira uniforme para todas as empresas e para todas as regiões do país, sem consultar os interessados e sem avaliar o impacto desigual que isto terá sobre as situações concretas no âmbito de cada região e de cada empresa.

Isto não quer dizer que o Estado não tenha um papel a desempenhar nas relações de trabalho. Incumbe-lhe atuar como formulador de propostas que orientem e balizem os atores sociais, fomentando o exercício do diálogo social e da negociação coletiva de trabalho, sem nela interferir, promovendo a formação do autêntico sindicalismo, verdadeiramente representativo; estabelecendo leis dispositivas que priorizem o

regramento consensual a que chegaram empresas e sindicatos.

4. A modernização do Estado e as relações individuais de trabalho

No âmbito das relações individuais de trabalho, deve o Estado exercer eficaz ação fiscalizadora para assegurar ao trabalhador as garantias mínimas de formalidade do vínculo de emprego (carteira de trabalho assinada), ponto de partida para a fruição de direitos sociais, como jornada de trabalho, salário mínimo, repouso semanal remunerado, férias anuais remuneradas, indenização por despedida, condições ambientais de trabalho salubres e todas as demais conquistas históricas dos trabalhadores que constituem um patamar mínimo de legítima interferência estatal.

As condições de remuneração e de trabalho situadas acima desse patamar, considerado como o mínimo necessário para uma subsistência digna, deverão ser livremente buscadas e estabelecidas pelas partes, em acordos ou convenções coletivas, segundo a realidade regional e setorial de cada caso. Tanto o piso de garantias quanto o produto da autocomposição de interesses serão fiscalizados pelo Ministério do Trabalho. Isto porque o Estado tem de garantir o equilíbrio de poder entre as partes e para transmitir a certeza a todos de que o modelo econômico e trabalhista adotado pelo governo é para valer, não podendo ser desrespeitado pela parte mais forte.

Por isso que a modernização do Estado, também na esfera das relações individuais, não significa ausência ou afastamento, mas, ao contrário, melhoria dos serviços prestados, vale dizer, mais eficácia e melhor qualidade da fiscalização.

5. A política legislativa na área do trabalho

Dentro da linha filosófica de estimular e promover o entendimento direto entre as partes, cuidar-se-á para que, nas matérias que não envolvam as garantias mínimas legais, consideradas devidas por estrita justiça, o governo adote sempre, como política legislativa, a propositura de leis de natureza dispositiva, de preferência a leis impositivas.

6. O Estado e as condições ambientais de trabalho

As condições ambientais de trabalho deverão continuar a receber tratamento legislativo de forma impositiva, sem prejuízo do que os trabalhadores obtiverem a mais em convenções e acordos coletivos.

O Estado deve dar relevo ao aspecto prevencionista da segurança no trabalho, enfatizando que os gastos empresariais, neste setor, significam melhoria da produtividade e economia de gastos com o tratamento de acidentados pela previdência social, não bastassem as óbvias razões de higiene física e mental do trabalhador.

7. A política de emprego

Quanto ao emprego, o Estado não tem por função gerar postos de trabalho. Ele não atua diretamente sobre o nível de emprego. Contudo, compete ao Ministério do Trabalho desenvolver ferramenta adequada a radiografar o mercado de trabalho, retratando as suas realidades regionais, a fim de permitir que cada município tenha condições de executar suas políticas locais de emprego, evitando com isso intensos fluxos migratórios internos. Compete-lhe também administrar o Seguro-Desemprego de forma conjugada com a intermediação profissional e a reciclagem do trabalhador, objetivando fazer com que o tempo de busca do reemprego seja o menor possível.

8. A formação profissional

Mas é função do Ministério do Trabalho promover a formação profissional e estimular a qualificação da mão-de-obra, pelo menos por dois relevantes motivos:

a) por motivos estratégicos, porque uma boa formação profissional é condição essencial para facilitar a reconversão industrial e viabilizar os ajustes estruturais, para garantir a qualidade dos bens e serviços e, conseqüentemente, para aumentar o nível de qualidade e competitividade da economia nacional, assim como para ensejar a ascensão salarial e social do trabalhador à medida que mais se enriquece tecnicamente;

b) por motivo de justiça, já que, ao definir as políticas e as estratégias para o setor econômico, não pode o Estado ignorar as repercussões sociais dessas medidas, sobretudo zelando para que os efeitos sociais negativos das mudanças tecnológicas e dos ajustes estruturais sejam compensados por políticas de emprego, de formação e reciclagem profissional.

Por isso, cabe ao Ministério do Trabalho desenvolver políticas de emprego e de formação de mão-de-obra, para reduzir o impacto das

mudanças tecnológicas e dos ajustes estruturais sobre o nível de emprego, e como instrumento para preservar a paz social, promover socialmente o trabalhador e elevar as condições de produtividade do trabalho e de competitividade das empresas.

9. Participação e tripartismo

Outra política do Ministério, na área do trabalho, no sentido de incentivar a participação, é o tripartismo.

Nossa Constituição de 1988 assegura expressamente a participação dos trabalhadores e dos empregadores nos órgãos colegiados da Administração Pública Federal que tenham por atribuição estudar os assuntos relacionados às atividades de empresários e trabalhadores (art. 10).

Seguindo esta norma constitucional, existem vários conselhos ligados ao trabalho, em que vem ocorrendo a participação de representantes do governo, dos empresários e dos trabalhadores, num trabalho comum bastante produtivo. É o caso, dentre outros, do Conselho do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, do Conselho do Fundo de Amparo ao Trabalhador e do Conselho da Previdência Social.

Mas é necessário estimular também outras formas de diálogo, colaboração tripartite e bipartite, no campo das relações de trabalho.

A modernização do Estado significa ainda melhoria substancial de seus serviços de justiça. No caso específico da Justiça do Trabalho, uma das maneiras de dar-lhe mais eficiência é diminuir sua carga de trabalho. E isto se poderá obter de duas maneiras: reorganizando e automatizando seus procedimentos administrativos e cartoriais (tarefa que não compete ao Ministério) e, por ação do Ministério do Trabalho, criando-se mecanismos bipartites extrajudiciais², no âmbito das relações privadas ou dentro das próprias empresas, em que os próprios trabalhadores e empregadores procurarão conciliar, superar e resolver tanto os conflitos de direito individual quanto os de direito coletivo.

10. Conclusão

De todo o exposto, temos, em síntese, que:

a) no campo das relações coletivas de trabalho, as políticas do Ministério devem orientar-se no sentido da valorização da negociação coletiva e do fortalecimento da organização sindical, baseada em autêntica representatividade;

b) no campo das relações individuais de trabalho, a política a ser implementada é nitidamente intervencionista, no que se refere à inspeção do trabalho, à saúde e segurança do trabalhador, e promocional com relação a emprego e formação profissional.

² V. João de Lima Teixeira Filho, in *Instituições de Direito do Trabalho*, v. 2, 12.ª ed., 1992, LTr, p. 1148.

Denúncia espontânea e exclusão de responsabilidade penal

GERALDO ATALIBA

SUMÁRIO

1. Consulta. 2. Parecer. 2.1. Direito penal superposto. 2.2. a) relações entre o direito penal e o direito tributário. 2.1. b) condicionamento do aplicador da lei penal. 2.2. Caráter sistemático do direito. 2.3. Denúncia espontânea e ilícito penal. 2.4. Indiferenciação substancial entre sanção penal e sanção tributária. 2.5. Tratamento exegético do caso concreto. 2.5. a) exclusão de punibilidade e prudência na interpretação. 2.5. b) revogação do art. 14 da Lei n.º 8.137, de 1990. 2.5. c) contradição interpretativa (incompatibilidade entre o art. 138 do Código Tributário Nacional e a punição). 2.5. d) direito penal tributário. 2.5. e) confissão de crime - inversão da teleologia da lei? 2.5. f) proteção à confiança. 2.6. Desdobramentos. 2.6. a) crime de dano. 2.6. b) direito italiano. 2.6. c) direito alemão. 2.6. d) clima administrativo-fiscal brasileiro. 3. Síntese conclusiva.

Súmula

A lei penal tributária tem sua inteligência e aplicação dependentes da lei tributária. – A lei penal “reforça” as obrigações e deveres tributários. – O ilícito tributário, no caso, é ilícito penal; substancialmente são a mesma coisa. – O desaparecimento do ilícito tributário, pela espontaneidade, extinguiu a pretensão punitiva penal. – Lei ordinária não revoga lei complementar. – Persiste vigente e eficaz o art. 138 do CTN. – Interpretação que lhe retira a eficácia equivale a dá-lo por revogado. – Não é lícito ao aplicador esvaziar a eficácia do art. 138 do CTN. – A autodenúncia extingue a responsabilidade penal.

1. Consulta

1. A consulente expõe que: a) em face da repercussão na imprensa sobre procedimentos

Geraldo Ataliba é Advogado em São Paulo.

investigatórios contra a empresa "Pau Brasil Engenharia e Montagens Ltda.", com a qual manteve transações nos anos de 1990, 1991 e 1992; e b) diante de notícia sobre conseqüentes medidas fiscais contra a referida empresa, resolveu a

2. Diretoria consultar-nos sobre as providências adequadas a manter a imagem da empresa e sua absoluta regularidade fiscal, de modo a não dar margem a dúvidas sobre a lisura de seu comportamento relativamente a seus deveres tributários.

3. Os fatos que levam à questão suscitadora da consulta podem assim ser sumariados:

a) A Diretoria da consulente teve no passado despesas com pagamentos a empresa agora sob investigação fiscal, implicando redução da base de cálculo de seu imposto de renda. Diante das notícias de jornais, preocupada com seu renome e conceito, a consulente quer comunicar o fato ao fisco, mediante "denúncia espontânea", recolhendo a diferença devida, quitando-se de todo débito e sanando cabalmente a irregularidade (cf. art. 138 do CTN);

b) Teme, porém, que ulteriormente possa reabrir-se o caso, para apuração de responsabilidade penal por suposto ilícito em que não desejou incidir.

Em face disso, indaga se a denúncia espontânea, acompanhada do pagamento do tributo, tem o efeito de fazer desaparecer o ilícito, em que se traduziram seus comportamentos de pagar ditos serviços e, conseqüentemente, ter reduzido seu imposto sobre a renda;

c) No momento em que se escreve este estudo, não há nenhuma acusação formal contra a consulente. Não se sabe se esta sobrevirá, nem como e com que fundamentos legais, seria formulada. O estudo que se vai desenvolver, porém, será útil à meditação sobre o tema. Desde já é possível desenvolver algumas idéias básicas gerais – na ausência de acusações concretas e rigorosa tipificação – que poderão ser aprofundadas, ulteriormente, em função de melhor precisão do contraditório.

2. Parecer

2.1. Direito penal superposto

2.1. a) relações entre direito penal e direito tributário

A lei penal reporta-se à lei tributária. No caso, direito penal é direito de superposição: a lei penal não precisa nem circunscreve a materia-

lidade do fato. Limita-se a remeter o intérprete às categorias e elaborações do direito tributário. Só a correta interpretação das situações tributárias permite ter como configurado o fato penalmente referido.

Assim, a lei penal é como que completada pela lei tributária. Sem esta, a lei penal reputa-se incompleta na maioria dos casos. É insuficiente. Só com o texto penal, o aplicador fica impossibilitado de dar por configurada a figura delituosa, sempre que a lei penal reporte-se explicita ou implicitamente a situações reguladas pelo direito tributário.

Nos crimes tributários – ou "contra a ordem tributária" – coalescem lei penal e tributária, necessariamente. Entre elas há necessária vocação de recíproca integração. Os preceitos da segunda completam os da primeira. Sem aquela, esta é ininteligível, por falta de correta e acabada definição, seja dos pressupostos e condições do comportamento ilícito, seja de sua intrínseca materialidade.

Tomemos como exemplo a Lei n.º 8.137/90 que define crimes contra a "ordem tributária". Reporta-se à omissão de "informação" (art. 1.º, I). Ora, é a lei tributária que dirá que é "informação"; que forma deve revestir; que formalidades deve observar; quando é devida; se é obrigatória ou facultativa, se pode ser suprida; se sua ausência prejudica, e em que medida, o fisco; se é substancial ou formal etc.

Só o direito tributário, também, pode dizer quando há "tributo" devido; se há tributo, se já é devido, quando tornou-se devido e em que medida; quais as hipóteses de não-exigibilidade, suspensão, prorrogação, redução ou exclusão dos débitos tributários. Da mesma forma, só a lei tributária – interpretada por jurista afeiçoado às técnicas próprias desse ramo – poderá dizer que são "rendas" (art. 2.º, I); que é "documento ou livro exigido pela lei fiscal" (art. 1.º, II), quando o é, em que condições e com quais efeitos.

Enfim, é impossível a correta aplicação da lei penal, sem prévia e rigorosa interpretação da lei tributária. A operatividade da lei penal depende de correta, segura e firme compreensão do conteúdo, sentido e alcance da lei fiscal, bem como de rigorosa – e acuradamente técnica – verificação de sua incidência sobre determinado fato, precisamente colocado.

O intérprete e aplicador da lei penal não poderá dar por ocorrido o fato criminoso sem determinar com precisão e rigor a obrigação tri-

butária, suas características e peculiaridades estruturais e funcionais, em suas perspectivas estáticas e dinâmicas. Mais que isso, requer-se especialização acurada, para verificação da subsunção do fato questionado às hipóteses legais: a adequação rigorosa do fato concreto à sua hipotética e genérica descrição legal.

Porque – a despeito de todas as aparências indutoras do leigo – se a obrigação tributária não existir (o que leva à impossibilidade do débito) ou o dever acessório não for exigível, torna-se impossível cogitar-se de crime.

Esse é um caso – certamente não original – em que a configuração concreta do delito está em total, absoluta e irremissível dependência não só da compreensão, mas da concreta e efetiva aplicação da lei tributária, que é feita pelo fisco com a colaboração (em variada medida, conforme o caso) do contribuinte, mas sempre sujeita a controle jurisdicional. Quei dicit, não definitiva, por passível de sofrer interpretação autoritária, esta sim definitiva, do Judiciário.

Destarte, enquanto não delineada uma situação concreta, à luz do direito tributário, de modo a tornar inquestionáveis as circunstâncias de fato e sua qualificação legal, é impossível dar-se por configurado o crime fiscal.

Isso deixa claro e inquestionável que é total, absoluta e insuperável a dependência em que o aplicador da lei penal fica, diante da lei tributária, e demonstra, cabalmente, o cunho de *direito de superposição*, da lei penal. Esta não se aplica a fatos imediatamente apreensíveis pelo seu aplicador, mas a fatos só qualificáveis, previamente (antecedência lógica e cronológica) pela lei tributária.

Assim, se a lei tributária exclui o tributo, ou difere o surgimento da obrigação ou modifica os deveres acessórios etc., isso altera, posterga, reduz ou exclui a aplicação da lei penal.

2.1. b) *condicionamento do aplicador da lei penal*

O fato penalmente punível é qualificado por lei tributária anterior. Só esta poderá dizer que é tributo, quando surge, quando extingue-se. Só esta pode estabelecer quando há dever de informação ou declaração; definir “autoridade fazendária”; “elementos inexatos”; “operação”; que livros fiscais, com quais formalidades, podem ser exigidos; que é “nota fiscal” etc.

Também só a lei tributária pode estabelecer o dever de recolher “tributo descontado” e o que se entende por “recolhimento” (compra de

selo ou estampilha, débito em conta, lançamento contábil etc.).

A exata determinação do alcance da lei penal – para ser corretamente aplicada – depende de boa compreensão do exato significado dos termos referidos pelo legislador, o que só é possível, mediante adequada interpretação da lei tributária.

Esta consideração – que não parece passível de contestação – demonstra cabalmente a dependência em que fica o intérprete da lei penal, diante da legislação tributária. E reforça o argumento da sobreposição do direito penal relativamente ao tributário.

Ora, se o art. 138 do CTN faz desaparecer toda irregularidade de comportamentos concorrentes a tudo isso, não é jurídico entender-se cada fato desses como autônomo, para efeito penal. Se a lei tributária – no caso, o CTN – faz, retroativamente, desaparecer situações e altera os efeitos de atos e fatos tributários pretéritos, não parece coerente entender-se persistentes seus efeitos penais.

Se a lei tributária qualifica o arrependimento de modo a atribuir-lhe o forçar a retroação de seus efeitos a momento anterior, sanando irregularidades, cassando a pretensão sancionatória que favorecia o fisco e dispendo de modo a ter-se como não ocorrido o ilícito, não parece possível – sem grave incoerência – pretender-se inalcançadas as conseqüências penais do fato, quando estas eram meramente sancionadoras precisamente do interesse fiscal que o legislador tributário reputou satisfeito, dando por plenamente quite o contribuinte faltoso.

Tudo isso não causa espanto, nem surpresa, para quem, sendo jurista, conhece a unidade fundamental do direito (Ruy Cirne Lima) e o caráter sistemático de que se reveste sua estruturação.

Deveras, se a lei penal – no caso dos crimes contra a ordem tributária – é lei de superposição, mais saliente fica o cunho reciprocamente integrador dela e da lei penal.

As normas tributárias são *presupposte da quelle penali*¹, havendo dissenso, na doutrina e na jurisprudência italianas, sobre se são *integratici di quelle penali*. O bem jurídico protegido é o “poder tributário do Estado”², ou

¹ TESAURO, Francesco. *Istituzioni di diritto tributario*, v. I, p. 250

² HENSEL, Albert. *Diritto Tributario*, trad. D. Jarach, Ed. Giuffrè, 1956, p. 311.

*l'interesse fiscale del ente pubblico ou il bene protetto ... é soltanto l'interesse alla trasparenza fiscale*³. Em toda e qualquer hipótese, o ilícito (agressão a tal bem jurídico) delinea-se, define-se, confina-se ao setor tributário, para ter repercussão, no campo penal, com total dependência das qualificações legais e respectivas categorizações jurídicas anteriores. A alternativa – até mais favorável à tese que aqui vem sendo exposta – seria aceitar a unidade substancial do ilícito, para dá-lo por “absolvido”, integralmente, *ex vi* do art. 138 do CTN. Basta recordar lição do mestre Cernicchiaro:

“Aceita a colocação, facilita extrair a conclusão, de que a lei repressiva fiscal se situa no âmbito do Direito Penal. Esta ilação não deve ser recebida com reservas; o Direito é um todo indivisível, não apresenta contradições; ao contrário, as normas se completam e se interpenetram, não sendo de estranhar que o rigor penal seja trazido à colação para reforço do bem juridicamente tutelado, ainda que de interesse imediato do Tesouro” (Vicente Cernicchiaro, *Estudos em Homenagem a Aliomar Baleeiro*, Universidade de Brasília, 1976, p. 300).

Cernicchiaro é coerente e categórico:

“A visão deve ser global, porque o ilícito (também o lícito), substancialmente, é um só” (p. 300).

Assim, se a denúncia espontânea (art. 138 do CTN) suprimiu do mundo jurídico o ilícito, não cabe – do abstrato discernimento entre o caráter penal ou tributário – sustentar sua persistência, contra a letra e o espírito da lei (art. 138, CTN). À perplexidade que tal postura coloca, voltaremos oportunamente.

2.2. Caráter sistemático do direito

Tudo isso decorre da unidade fundamental do sistema jurídico, atribuindo-lhe necessária harmonia interna. Quem – como os juristas – percebe o cunho sistemático do direito, sabe que suas diversas “partes” são solidárias e que os preceitos que o compõem são harmônicos entre si. Daí que o sistema jurídico não abrigue contradições. Pelos princípios gerais da lógica jurídica (positivados pela Lei de Introdução ao Código Civil) o intérprete sabe encontrar a coerência, harmonia e, pois, sistematicidade no “aparente” caos (aos olhos do leigo) do direito positivo (Lourival Villanova). E sabe que não

coexistem no sistema normas conflitantes, preceitos reciprocamente excludentes (Tércio Sam-paio Ferraz). As normas de um sistema não brigam umas com as outras (Carlos Maximiliano). O que o direito dá com a mão esquerda não retira com a direita (Rui Barbosa). Daí ser correto dizer que, em direito, uma coisa ou é ou não é. Não pode ser e não ser ao mesmo tempo sob a mesma perspectiva. A norma é eficaz ou ineficaz; vigente ou não; existente ou inexistente; e, pois, aplicável ou não. De tudo isso depende a subsunção do fato à norma. Dada a subsunção, a norma incide. E, incidindo, produz os efeitos para que foi “posta” (direito *positivo*) no sistema.

Paulo Barros Carvalho formula a propósito, síntese rigorosa:

“... as normas jurídicas formam um sistema, na medida em que se relacionam de várias maneiras, segundo um princípio unificador. Trata-se do direito posto que aparece no mundo integrado numa camada de linguagem prescritiva. Produto do homem para disciplinar a convivência social, o direito pertence à região ôntica dos objetos culturais, dirigindo-se, finalisticamente, ao campo material da conduta... Examinando o sistema de baixo para cima, cada unidade normativa se encontra fundada, *material e formalmente*, em normas superiores. Invertendo-se o prisma de observação, verifica-se que das regras superiores derivam, *material e formalmente*, regras de menor hierarquia.

Todas as normas do sistema convergem para um único ponto – a norma fundamental – que dá fundamento de validade à constituição positiva. Sua existência imprime, decisivamente, caráter unitário ao conjunto e a multiplicidade de normas, como entidades da mesma índole, lhe confere o timbre da homogeneidade. Isso autoriza dizermos que o sistema também empírico do direito é unitário e homogêneo, afirmação que vale para referência ao direito nacional de um país ou para aludirmos ao direito internacional, composto pela conjunção do pluralismo dos sistemas nacionais” (*Curso de Direito Tributário*, Ed. Saraiva, 5.^a edição atualizada, p. 84).

2.3. Denúncia espontânea e ilícito penal

Se aceitamos estas premissas, fica mais fácil introduzir o raciocínio conducente à solução

³ *Op. cit.*, p. 249.

da questão posta pela consulta e que se resumiria à indagação de cunho teórico: *é efeito da espontaneidade suprimir do universo jurídico o ilícito? Supresso este, pode-se sustentar que produza efeitos no campo da responsabilidade penal?*

Ora, o desaparecimento de um implica a preempção de outro, mormente se este outro é reforçador daquele.

“O Direito Tributário visa ao recolhimento de contribuições do indivíduo para a receita do Estado. As suas sanções não são mais do que conseqüências jurídicas destinadas a criar coação geral e individual para o contribuinte cumprir sua obrigação; em outras palavras, buscam garantir e efetivar as respectivas normas” (Vicente Cernicchiaro, *op. cit.*, p. 298).

Se a lei tributária – com o fito de estimular a regularidade do fluxo de recursos para o Tesouro Público (Albert Hensel) – cria instituto que implica o desaparecimento de delito, já se vê que as sanções previstas (penais ou meramente administrativas) devem ser compreendidas e aplicadas em consonância com esse *desideratum*, inspirador da lei tributária.

Aproveitando a lição do insigne magistrado Cernicchiaro, vê-se que não tem sentido cogitar-se de “coação geral e individual”, num caso em que o próprio comportamento visado foi tornado lícito pela lei tributária (art. 138 do CTN), tornando perempta toda pretensão punitiva. Seja qual for a teoria que se adote, não cabe reforço penal de obrigação que a lei dispensou ou extinguiu:

“A pena, mesmo aceitando-se o Direito Penal – constitutivo, originário e autônomo, no sentido de reelaborar conceitos – em virtude de sanções menos severas se mostrarem insuficientes, comparece para *reforçar* o cumprimento das determinações jurídicas” (*op. cit.*, p. 298).

A “determinação” legal que a Lei n.º 8.137/90 “reforçava” desapareceu, *ex vi* do art. 138 do CTN, no caso.

Ora, se a denúncia espontânea, em virtude de expressa disposição legislativa (art. 138, do CTN), coalesce com as demais normas integrantes do sistema e é com elas harmônica; se ela torna lícito o ilícito; se “apaga” o erro; se reverte as situações; se faz desaparecer a pretensão punitiva; e se, sobretudo, a lei penal simplesmente sanciona a lei tributária para reforçar-lhe

a eficácia, é fácil de ver-se que, *no caso de denúncia espontânea, o ilícito desaparece, acarretando a extinção da punibilidade.*

Gritante contradição – não abrigada pelo sistema – seria desaparecer o ilícito fiscal consistente no não-recolhimento do tributo e permanecerem os instrumentos acessórios estabelecidos em seu *reforço*. Isso agride o princípio segundo o qual o acessório segue o principal. A sanção é norma de segundo grau (Villanova), destinada a dar eficácia à norma de primeiro grau. Satisfeita esta, não tem propósito pretender-se incidente a outra.

Seria, mesmo, inteiramente despropositado pretender a manutenção do instituto da espontaneidade, sem atribuir-lhe o efeito de tornar peremptas todas as pretensões estatais referentes à obrigação que ela, espontaneidade, visa a absolver. Ora, tal contradição não se abriga em nenhum sistema jurídico. Admitir que o fisco possa manter e exercer pretensão penal, diante de comportamento induzido pela lei (art. 138 do CTN) é vislumbrar norma chocando-se com norma; norma brigando com norma, todas vigentes e eficazes ao mesmo tempo. Instituto jurídico anulando instituto jurídico.

A forma normal que o nosso sistema consagra para a eliminação de um instituto completo, acabado e definido, como o é a *denúncia espontânea*, é a revogação. No dia em que o legislador complementar decidir tirar do sistema a espontaneidade, deverá editar lei complementar revogando o art. 138 do CTN.

Enquanto o legislador complementar não introduza explícito preceito revogando o art. 138 do CTN, este persistirá. E continuará irradiando sua especial eficácia sobre as situações que foi chamado a cobrir. Vigente este, a lei ordinária – penal ou tributária – terá sua interpretação e aplicação subordinada a seus preceitos.

Pretender aplicar lei penal com abstração das impostergáveis exigências sistemáticas concernentes ao instituto da espontaneidade – modelado por lei tida pela jurisprudência e pela maioria da doutrina como complementar – é desprestigiar os mais básicos princípios conformadores de nossa ordenação jurídica e desacatar os mais elementares postulados da coerência que tornam viável a exclusão do arbítrio e da álea, timbres do direito nos estados civilizados.

Nenhuma das figuras penais previstas na Lei n.º 8.137/90 pode ter existência ou qualificação, independentemente da legislação tributária

ria. Não é possível, assim, ao intérprete da lei penal desconhecer os institutos tributários e a disciplina que tal legislação estabelece. Mais do que isso: a relação, no caso, é de dependência. A solução penal depende da solução tributária. *Se a lei tributária dispõe ser inexistente ou inexigível uma obrigação ou um dever, não pode o aplicador da lei penal entender diversamente.*

No caso da consulta, se a lei tributária – art. 138 do CTN – preceitua que os encargos decorrentes de uma situação desaparecem e não são mais exigíveis, não se pode entender aplicável a sanção que a protege. Se a lei tributária expressamente “apaga” o ilícito, não se pode entender persista ele para efeitos penais.

Conseqüentemente, não pode o fisco ver mantido seu interesse jurídico na punição do ilícito, se norma jurídica válida (art. 138 do CTN) o fez desaparecer apagando-o. Com a denúncia espontânea, a nosso ver, feneceu a legitimidade da perseguição punitiva.

2.4. Indiferenciação substancial entre sanção penal e tributária

É corrente, entre os mais autorizados professores de direito tributário, a afirmação de que não há diferença entre infração e sanção penal e infração e sanção tributária, o que leva à lógica conseqüência de que o desaparecimento de uma – por força de um fato legalmente qualificado para produzir tal efeito – leva ao inexorável desaparecimento da outra.

Deveras, o ilícito tributário é também penal, em alguns casos, definidos discricionariamente pelo legislador. Porém, *ontologicamente, os ilícitos não se distinguem. A distinção é dogmática, residindo unicamente nas sanções – conseqüências da não-prestação⁴.*

É da melhor doutrina espanhola:

“Infracciones y sanciones penales e infracciones y sanciones administrativas son, creemos, con una gran parte de la doctrina, esencialmente, ontológicamente, iguales. El legislador califica la conducta ilícita en ambos casos de igual forma: de tal manera que la hace merecedora de una sanción penal, de una sanción que tiene como finalidad el castigo y la intimidación” (Jose Juan Ferreiro Lapatza, *Curso de Derecho Financiero Español*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 13.^a

edición, 1991, p. 432).

Sublinha o insigne professor de Barcelona:

“La diferencia entre sanciones e infracciones penales e infracciones administrativas es puramente formal. Se basa fundamentalmente en el órgano llamado a apreciarlas y aplicarlas. Si es un órgano judicial, la infracción y la sanción son penales. Si es un órgano administrativo, la infracción y la sanción son administrativas” (pp. 432/433).

Tal tese sustenta-se, solidamente, no postulado da unidade do sistema jurídico. Diz Ferreiro:

“Las normas penales (propias o impropias, es decir, penales o administrativas) conforman un único ordenamiento jurídico. Tal unidad postula, junto a otras razones que en él inciden, el mantenimiento del principio non bis in idem en todos los casos” (p. 437).

Assim, expõe, com vigor, a conseqüência do postulado:

“El principio general del derecho conocido por non bis in idem – ha declarado el Tribunal Constitucional (S. de 30 de enero de 1981) – supone en una de sus más conocidas manifestaciones, que no recaiga duplicidad de sanciones – administrativa y penal – en los casos en los que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento sin existencia de una relación de supremacía especial de la Administración – relación de funcionario, servicio público, concesionario, etc. – que justifique el ejercicio del ius puniendi por los Tribunales y a su vez de la potestad sancionadora de la Administración” (p. 437).

Esta argumentação deduz, como se vê, as corretas e adequadas conseqüências do postulado. E reforça substancialmente a concepção – a que nos arraigamos – de que a extinção da pretensão punitiva é total e absoluta, não comportando inteligência cuja conseqüência implique desconsideração das exigências do sagrado princípio *non bis in idem*, seja em seus aspectos positivos, seja negativos. Porque esse princípio só pode ser lembrado na inteireza de sua eficácia e somente aplica-se na hipótese de identidade substancial de comportamentos e normas que o qualifiquem.

2.5. Tratamento exegético do caso concreto

2.5. a) Exclusão de punibilidade e prudên-

⁴CERNICCHIARO, Vicente. *Estudos em homenagem a Aliomar Baleeiro*, p. 297.

cia na interpretação

Ninguém pode ser punido por exercer um direito. Principalmente quando o exercício do direito é instrumento do cumprimento de um dever. Deveras, o art. 138 do CTN dá ao contribuinte um direito, que, por sua vez, é instrumento (estímulo, veículo) do cumprimento do dever de pagar tributo.

Ora, se alguém exerce o direito, exatamente na forma (e para a finalidade) prescrita na lei tributária, não poderá incidir em sanção penal. Tal contradição não se abriga em nenhum sistema jurídico.

2.5. b) revogação do art. 14 da Lei n.º 8.137/90

A Lei n.º 8.383/91 (art. 98) revogou o art. 14 da Lei n.º 8.137/90. Deve-se perquirir o alcance dessa decisão legislativa à luz dos preceitos constitucionais sobre a matéria.

Por acaso o dito art. 14 suprimiu a eficácia do art. 138 do CTN? Parece que não. É implicação clara e necessária desse preceito (art. 138) que a pretensão punitiva desaparece, com o desaparecimento do ilícito tributário. O art. 14 da Lei n.º 8.137/90 tinha a virtude de dispensar esforços de interpretação e agilizar, no campo penal, as conseqüências do art. 138. Por outro lado, perturbava sua eficácia, enquanto induzia muitos contribuintes a aguardarem a iminência da denúncia penal, para recolherem o débito tributário.

Daí que sua revogação (do art. 14) não possa ser reputada como tendo o efeito de esvaziar – retirando-lhe toda eficácia – o art. 138 do CTN. Pelo contrário. Veio tornar mais rápida a resposta do contribuinte faltoso ao seu estímulo (já não aguardará a iminência da denúncia; pelo contrário, antecipar-se-á a qualquer ação fiscal, ainda na esfera administrativa).

Enquanto não sobrevier lei complementar que o retire do sistema, o art. 138 há de produzir os efeitos que lhe são próprios (aqui estudados). Estes efeitos supõem, necessariamente, o desaparecimento do ilícito anterior, que só chegou a ser conhecido pelo fisco, pela autodenúncia do contribuinte.

Não se pode atribuir à revogação do art. 14 da Lei n.º 8.137/90 significado que implique desconsiderar o quadro geral – dentro do qual movimentar-se-á o intérprete – que condiciona, envolve e dá substância e eficácia ao art. 138 do CTN.

É que, se desaparece a legitimidade para o

fisco argüir o não-pagamento, com seus consectários, forçosamente desaparece a pretensão punitiva penal, indissociável da teleologia do art. 138 do CTN. Seria superficial – para não dizer primária – a visão fragmentária das normas aglutinadas em torno do art. 138.

2.5. c) contradição interpretativa (incompatibilidade entre o art. 138 do CTN e punição)

Ou o art. 138 do CTN apaga os fatos ilícitos passados, ou não apaga. Não há meio termo. É que: a) o ilícito é um só (não ter pago tributo oportunamente); e b) a espontaneidade perde razão de existir, se o contribuinte arriscar-se a ser submetido a processo penal.

Todo o concerto da doutrina – secundado pela jurisprudência – entende que o comportamento do contribuinte, nos termos do art. 138 do CTN, torna lícito o ilícito; desfaz a ilicitude e “dá o dito por não dito”. Para que a lei complementar tributária não seja tida como ineficaz pelo intérprete, deve ter seus efeitos integralmente respeitados. Isso, no caso, implica necessariamente o afastamento da sanção penal.

Entender doutra forma é afirmar a superioridade da lei ordinária sobre a complementar e atribuir grave incoerência ao sistema. Pretender aplicar sanção penal, para proteger obrigação tributária extinta e desaparecida – *ex vi* do art. 138 do CTN – é ignorar a lei tributária e sobrepor a sanção ao próprio bem jurídico tutelado, subvertendo a lógica do sistema e invertendo seus desígnios.

Há invencível e evidente incompatibilidade entre o preceituado no art. 138 do CTN e qualquer punição. A esta imprime a ordem jurídica um sentido negativo incompatível com a nota positiva, característica do CTN.

Admitir, assim, punição – em razão de fatos que se abrigam no art. 138 do CTN – é dá-lo por revogado. Ora, não se tem por revogado um instituto jurídico por implicação, por infêrência. Havia necessidade de explícita manifestação legislativa nesse sentido, o que não houve. Além do mais, se o CTN contém normas gerais, só lei complementar poderia revogá-lo.

Todo resultado de esforços exegéticos que levem à inutilização, redução à ineficácia ou preempção do instituto da espontaneidade – tal como timbrado pelo preceito do art. 138 do CTN – deve ser repellido, por repugnante ao nosso sistema. Deveras, assim entender é dar por preempta essa disposição. É entender que houve sua revogação tácita.

Ora, isso seria rotundo equívoco. Um insti-

tuto jurídico com tão clara inspiração e contornos tão nítidos, exercendo função tão bem estabelecida no nosso sistema e harmonicamente articulado com todos os demais institutos tributários não se pode reputar expelido do sistema por implicação, revogado tacitamente, como se se tratasse de preceito secundário, sem significação maior.

Se o art. 138 é norma geral de direito tributário – como o entendem doutrina e jurisprudência – não pode a interpretação da lei penal levar a conclusão pela sua revogação (ou esvaziamento) por obra de lei ordinária, como o é a lei penal.

2.5. d) *Direito penal tributário*

O mais influente doutrinador espanhol, o Prof. Sainz de Bujanda, enquadrando o direito penal tributário no direito penal, àquele designa *derecho tributario sancionador*.⁵

Crítica a expressão “penas penais” (o mesmo que “penas criminais”) a que é levada a fórmula italiana pedestremente positivista (que *deja ... al jurista en vacaciones: ya no tiene que pensar. Para que ?*), após repudiar sua posição científica:

“Vuelvo, pues, a lo que apuntaba hace unos instantes. No voy a seguir – decía – el método adoptado por un amplio sector de la literatura italiana, sino otro que toma en consideración ciertos conceptos generales para explicar, desde ellos, la peculiar situación en que se encuentra, dentro de la ciencia del Derecho, el tema de la infracción tributaria y el del Derecho penal tributario.

Para que mi modo de razonar no parezca estéril, por irreal, me veo precisado a ampliar algo estas consideraciones metodológicas, de tipo preliminar, con las que trataré, de paso, de poner de relieve que la quimera se aloja más bien en la construcción que se opone a la que postulo, es decir, en aquella que pretende convertir la voz imperativa del legislador en creadora de todo Derecho y, lo que es más inconcebible, en artifice de la ciencia que lo explica” (p. 544).

E, após resistir a que *el pensamiento jurídico haya quedado paralizado o prisionero en las mallas del dispositivo legal*⁶, distingue o

⁵ BUJANDA, Sainz de. *Hacienda y Derecho*, v. V, p. 540.

⁶ *Op. cit.*, p. 347.

conceito jurídico do conceito legal⁷, examina as sanções sob o critério do conteúdo, fundamento e finalidade⁸, para – à semelhança de Juan Manuel Teran – distinguir conceitos jurídicos *puros* de decisões autoritárias do legislador criando *conceitos legais*.

Ao cabo de acurado encadeamento de *raciocínios críticos, elegantemente expostos, sublinha o desígnio de “segurança” que perpassa o sistema jurídico e considera que as infrações são – mais que ameaça a esse valor (segurança jurídica) – uma ruptura transitória dele, cujo remédio é a sanção*⁹. Prossegue mostrando que a infração torna a sociedade – titular do bem ultimamente protegido: a ordem jurídica – vítima, ao lado daqueles seus membros, que têm diretamente lesada sua esfera jurídica de modo especialmente intenso¹⁰.

*Desenvolve sua fecunda elaboração, para sustentar que a sanção tributária é sempre pena intimidatória, exemplar e repressiva*¹¹, seja qual for o *nomen iuris* que lhe atribua o legislador. Daí o excluir qualquer cunho indenizatório, para repisar seu caráter expiatório, com finalidade intimidatória¹².

Daí extrair a conclusão de que substancialmente são idênticas as sanções chamadas tributárias e as penais, não confundindo o jurista a natureza das normas, em função das denominações adotadas pelo legislador¹³, que não conseguirá jamais superar sua “identidade substancial”.

*Presente – por razões que não importa agora discutir – a sanção, num corpo legislativo designado “código penal” ou “código tributário”, com o nome de pena, ou sanções pecuniárias, ou multas, a “identidade substancial” persiste. Daí a inexorável incidência dos princípios constitucionais retores do exercício do ius puniendi em todos os casos, a despeito*¹⁴ de qualquer manobra legislativa ou locubração doutrinária. Com base nisso, pode afirmar, magistralmente:

“Pues bien, supuesto todo lo que

⁷ *Op. cit.*, p. 548.

⁸ *Op. cit.*, p. 550.

⁹ *Op. cit.*, p. 551.

¹⁰ *Op. cit.*, p. 552.

¹¹ *Op. cit.*, p. 562.

¹² *Op. cit.*, p. 563.

¹³ *Op. cit.*, p. 568.

¹⁴ *Op. cit.*, p. 571.

antecede, como negar que el Derecho que regula las infracciones tributarias y las penas que a ellas se aplican es una *parte del Derecho penal*? Se trata, sin duda, de un sector del Derecho penal que no ha emigrado del campo de la legislación tributaria, pero que por ello *no deja de ser constitutivamente Derecho penal*" (p. 572).

E Sainz de Bujanda, com sua admirável verve, reproduz a explicação (ou justificação) doutrinária prevalecente, tal como formulada pelo incluíto Dino Jarach:

"... se trata de una parcela del derecho penal que aún no se ha emancipado del cuerpo del Derecho positivo tributario, que sigue viviendo en el marco de los textos positivos tributarios, por lo que la denominación de Derecho tributario penal es orientadora para el profesional del Derecho y permite, además, en el plano didáctico, seguir comprendiéndolo dentro de un Curso de explicaciones del derecho tributario" (p. 573).

De tudo (que esta pálida síntese seja estímulo à releitura detida das lições desse grande mestre) resulta, a nosso ver, demonstrada a *impossibilidade de discernir infração tributária de infração penal* e, sobretudo, a inviabilidade de pretender-se que uma lei exclua *ex tunc* um ilícito para efeitos de responsabilidade tributária, sem ter o mesmo efeito no setor penal.

2.5. e) *confissão de crime – inversão da teleologia da lei?*

Parece rotundamente equivocada toda interpretação que conclua que a espontaneidade possa ser entendida como confissão de crime. Pior, como requerimento que o contribuinte faz de abertura de inquérito para apurar crime por ele mesmo cometido. *Nemo venire in se*. Admiti-lo é jogar por terra toda a doutrina que a civilização ocidental veio construindo nos últimos séculos. Daí o impor-se categórica repulsa a toda interpretação que caminhe nesse sentido.

É razoável a interpretação que afirma que a revogação do art. 14 da Lei n.º 8.137/90 teve o condão de *transformar uma causa extintiva de punibilidade em confissão e prova material de crime*?

A prevalecer tal orientação, criar-se-á estímulo a que todos os contribuintes escondam seus ilícitos e tratem de dissimular seus traços, empenhadamente. Enfim, estar-se-á afirmando a revogação ou – o que dá no mesmo – total perda de eficácia do art. 138 do CTN.

Na verdade, parece mais jurídico entender que a lei revogadora teve o fito de retirar o aparente estímulo a que os contribuintes optassem por só pagar tributo às vésperas da denúncia.

Deveras, o caráter sistemático do direito postula conclusões exegéticas opostas: induz claramente o intérprete a entender que a revogação do dito art. 14 – ao contrário de esvaziar – veio reforçar a eficácia do art. 138 do CTN, restabelecendo a cristalinidade do desígnio prescrito e afastando toda perturbação à realização de seu desiderato.

Com a revogação do art. 14, superou-se a situação de dúvida do contribuinte e afastou-se o aparente incentivo a que só recolhesse o tributo já devido, mas não declarado nem recolhido, às vésperas da denúncia penal.

Com a dita revogação, nenhum fator normativo transtorna a denúncia espontânea, desde o primeiro momento, após a prática do ilícito. Não há mais o dado normativo perturbador que induzia o contribuinte faltoso a aguardar a iminência da denúncia penal, para, só então, quitar-se perante o fisco. A revogação do art. 14 aprimorou substancialmente o sistema.

2.5. f) *proteção à confiança*

Doutrina e jurisprudência alemãs preocupam-se com "proteção da confiança". Autores espanhóis refletem o cuidado com esse valor. Alberto Xavier dedica belas páginas ao tema¹⁵. De nada vale a Constituição, se o clima que a jurisprudência vier a propiciar não resguardar esse dado republicano elementar.

A vista disso, vê-se que o fisco não pode "aproveitar" soezmente o art. 138 do CTN, para punir o contribuinte que adere a seu espírito. No instante em que isso fosse tolerado, etc (art. 138) seria inutilizado e teria perdido toda sua significação e eficácia. A lei tributária deixaria de servir à sua natural teleologia (abastecer os cofres públicos) e empobrecer-se-ia como instrumento de indução de comportamentos corretivos dos contribuintes.

Ora, tal deliberação política tão grave – e de tão importantes efeitos – não poderia ser adotada pelo intérprete, mas só pelo legislador complementar.

2.6. *Desdobramentos*

2.6. a) *crime de dano*

Os crimes previstos na Lei n.º 8.137/90 de-

¹⁵ XAVIER, Alberto. *Princípios da legalidade e tipicidade da tributação*, Ed. RT, SP, 1978, pp. 43 e ss.

vem ser tratados como crimes de dano, ainda que algumas figuras aparentem crime de "mera conduta". É que o bem jurídico tutelado é, sempre e principalmente, a eficácia e regularidade da arrecadação (Francesco Tesauro). Mesmo porque todos os comportamentos previstos nessa lei só têm explicação – e só podem ser compreendidos – em função do interesse da arrecadação tributária.

Nessa perspectiva, parece evidente que a decisão normativa do legislador tributário, incentivando a denúncia espontânea, há de ser entendida como satisfatória do interesse tributário posto à sua cura. Dai também que o saneamento do ilícito (substancialmente detrimento do Tesouro) exclui peremptoriamente o dano. Não cabe cogitar de dano, se a lei (art. 138 do CTN) faz presumir plenamente quite o contribuinte devedor.

2.6. b) *Direito italiano*

Também a lei italiana exclui a punibilidade em casos de auto denúncia:

"Non è punibile chi – entro novanta giorni dal termine stabilito per la presentazione della dichiarazione – porta specificamente a conoscenza degli uffici competenti i redditi non indicati nella dichiarazione infedele, sempreché la violazione non sia stata constatata e non siano iniziate ispezioni o verifiche. Trattasi del c.d. ravvedimento operoso, che richiede chi si porti a conoscenza dell'ufficio, in qualsiasi modo, il reddito non dichiarato. Deve trattarsi di una comunicazione precisa del dato non dichiarato: tale comunicazione ha efficacia esclusivamente penale, e non impedisce l'applicazione delle sanzioni amministrative per l'illecito di infedele dichiarazione" (Francesco Tesauro, *Istituzioni di Diritto Tributario*, UTET Editore, pp. 254/255).

A diferença entre o direito italiano e o nosso está em que, lá, a autodenúncia só exclui a responsabilidade penal e não – como aqui – também a tributária (ou administrativa tributária).

Sublinha Tesauro a condição legal – como no direito brasileiro – da espontaneidade:

"Vediamo, ora, l'esimente. 'Non è punibile chi specificamente indica nella (relativa) dichiarazione i corrispettivi non fatturati o non annotati, a condizioni che ne sia stata effettuata apposita annotazione nelle scritture contabili, che la vio-

lazione non sia stata constatata e che non siano iniziate ispezioni o verifiche'. L'esimente, quindi, è accordata a chi – omessa l'annotazione o la fatturazione – vi ponga poi rimedio, provvendo all'annotazione e dichiarando i corrispettivi originariamente non fatturati o non annotati; il revvedimento deve essere spontaneo: tutti sono disposti a pentirsi, quando temono di essere scoperti (deve precedere, quindi, l'accertamento)" (op. cit., p. 256).

Não é originalidade nossa a inspiração do art. 138 do CTN. Apenas nossa disciplina é mais moderna. E mais abrangente.

2.6. c) *direito alemão*

Já no direito alemão da década de 20 era certo que *depois de cometida uma fraude fiscal ... quem retifica sua declaração inexata – sem que tenha havido (objetivamente) uma denúncia ou seja iniciada uma inspeção e sem que um imediato perigo de ser descoberto o haja induzido (subjetivamente) à retificação – remanesce impune*¹⁶.

Na redação atual do código de impostos alemão (R.A.O.) o tema é tratado pelo § 153, que prevê a retificação (1.1.) que, combinado com os §§ 168 e 169¹⁷, dá a feição atual do instituto, da retificação por autodenúncia.

Do teor do preceito e dos comentários do autorizado H. Paulick se vê que nem passa pelas cogitações dos aplicadores, atualmente, a pretensão de punir o contribuinte que se autodenuncia, colaborando (ainda que serodidamente) com o fisco e atendendo a um induzimento ilegal.

2.6. d) *clima administrativo-fiscal brasileiro*

O não-pagamento de tributo não é necessariamente inspirado em má-fé. Várias são as razões que podem a isso conduzir, como didaticamente o expõe Aires Barreto:

"Não raras vezes, contribuintes, mal informados ou assessorados, descumprem dispositivos legais, regulamentares ou administrativos" (*Suplemento tributário*, LTR, n.º 49/79, p. 259).

No tumulto dos regulamentos e normas menores, na instabilidade legislativa e na de-

¹⁶ HENSEL, Albert. *Diritto Tributario*, trad. D. Jarach, p. 313.

¹⁷ V. *Ordenanza tributaria alemana*, trad. Carlos Palao, estudo preliminar de Heinz Paulick, Ed. Instituto Estudios Fiscales, Madri, 1980, p. 153.

sorganização administrativa em que vimos vivendo, não estranha que haja equívocos e erros de fato e de direito involuntariamente praticados, por ação ou omissão.

As próprias divergências entre órgãos administrativos, e até mesmo judiciais, alimentam esse clima e dão ensejo a todo tipo de perplexidades e dúvidas, que explicam muitos erros e, pois, muitas aparentes sonegações e inadimplências.

Isso é que contribui para explicar a postura legislativa de criar um tão forte estímulo a que os contribuintes – ao contrário de esconderem seus erros (voluntários ou não) – procurem o fisco e os relatem, recolhendo os tributos devidos, cuja existência era ignorada pelo fisco e tinham muita probabilidade de assim persistirem.

3. *Síntese conclusiva*

Todo o aqui longamente exposto pode assim ser – a título de conclusão – sintetizado:

1. A inteligência da lei penal – na maioria dos casos de crimes contra a ordem tributária – depende de prévia determinação dos conceitos tributários, todos estritamente legais.

2. Conseqüentemente, a aplicação da lei penal é condicionada à exata interpretação da lei tributária que, no caso, é “pressuposto” daquela.

3. Só a compreensão global da ordenação jurídica – necessariamente una e sistemática – permite adequada solução dos casos concretos postos à decisão dos aplicadores. Essa *compreensão* é que enseja ver a interrelação específica entre lei penal e lei tributária.

4. A denúncia espontânea de ilícito tributário – acompanhada, como foi o caso, do recolhimento do tributo devido – apaga, expungindo do universo jurídico, a infração. Desaparece, conseqüentemente, a responsabilidade do contribuinte. Extinguem-se, pois, quaisquer pretensões punitivas do Estado.

5. As infrações e sanções penais são ontologicamente iguais às infrações e sanções tributárias. O bem jurídico tutelado é o mesmo.

Desaparecida a infração não cabe a sanção. Se o art. 138 do CTN cancela, anula, extingue a infração tributária, não pode persistir sanção que a reprima.

6. Se a finalidade da espontaneidade (art. 138, CTN) é incentivar a autodenúncia, punir penalmente quem a faça implica retirar toda eficácia ao instituto. Isso é contradição que o sistema não abriga.

7. Interpretar desta forma é afirmar a revogação – implícita, por inferência, por construção interpretativa – do art. 138 do CTN. Ora, isso é impossível, porque: a) lei complementar não se revoga por lei ordinária; e b) instituto jurídico definido, típico, sistematicamente localizado e cabalmente delineado não se entende revogado por indireta implicação.

8. A denúncia espontânea é direito do contribuinte. Ninguém pode ser punido por exercer direito. O exercício desse direito é instrumental do dever de pagar tributo. Punir o exercício do direito é impedir o cumprimento de dever, cujo beneficiário (*pretensor*, na linguagem do incluído Lourival Villanova) é o próprio Estado (Fisco).

9. O art. 14 da Lei n.º 8.137/90 excluía a punibilidade, no caso de pagamento do tributo antes da denúncia penal. Revogado esse preceito (pela Lei n.º 8.383/91), não se pode entender a) revogado o art. 138 do CTN, nem b) esvaziada sua eficácia. É que este – lei complementar que é – persiste vigente, não sendo perturbado em seu conteúdo, sentido e alcance por regras de lei ordinária. Ainda que assim não fosse, a convergência de duas leis para o mesmo objetivo não induz que a revogação de uma (art. 14) implique revogação da outra.

10. O art. 138 do CTN é incompatível com qualquer punição. Se são indiscerníveis as sanções punitivas, tornam-se peremptas todas as pretensões à sua aplicação.

Por tudo isso, sentimos-nos autorizados a afirmar que a autodenúncia de que cuida o art. 138 do CTN extingue a punibilidade de infrações (chamadas penais administrativas ou tributárias).

Análise das propostas de reforma tributária

HARRY CONRADO SCHÜLER

SUMÁRIO

1. *Competências para instituir tributos.* 2. *Impostos disfarçados da União.* 3. *Impostos disfarçados dos Estados e do Distrito Federal.* 4. *Impostos disfarçados de Municípios.* 5. *Estimativas da sonegação de impostos no Brasil.* 6. *Principais causas da sonegação tributária no Brasil.* 7. *Proposta tributária do Governo Collor (elaborada pela Comissão Ary Oswaldo Mattos Filho).* 8. *Proposta tributária do Governo Itamar (com base na proposta da Comissão Oswaldo Mattos).* 9. *Proposta de Emenda à Constituição n.º 17/91 do Deputado Flávio Rocha (imposto único).* 10. *Proposta de Emenda à Constituição n.º 48/91 do Deputado Luiz Carlos Hauly (base para emendas).* 11. *Emendas n.ºs 1 e 2/92 dos Deputados Munhoz Rocha e Carlos Santana, à PEC 48/91.* 12. *Emenda n.º 3/92 do Deputado Renato Johnsson, à PEC 48/91.* 13. *Emendas n.ºs 4 e 5/92 do Deputado Fernando Diniz, à PEC 48/91.* 14. *Emenda n.º 6/92 do Deputado Luis Roberto Ponte, à PEC 48/91.* 15. *Proposta tributária do Professor Ives Gandra da Silva Martins.* 16. *2.º Substitutivo do Relator, Deputado Benito Gama, de que resultou a Emenda Constitucional n.º 3.* 17. *Conclusões.*

1. *Competências para instituir tributos*

Na conformidade da Constituição de 1988, os poderes para instituir tributos são cumulativos ou específicos às pessoas constitucionais a seguir explicitadas, conforme a espécie de tributo (sendo aplicáveis ao Distrito Federal as competências atribuídas aos Estados e aos Municípios):

1. *Impostos, que são imposições pecuniárias não punitivas e independentes de contraprestação direta de serviços (arts. 145-I, 153, 154, 155 e 156): União, Estados e Municípios;*

2. *Taxas, imposições pecuniárias causadas pela prestação de serviço público específico e*

Harry Conrado Schüller é Assessor Legislativo do Senado Federal.

divisível ao pagante ou pelo exercício do chamado poder de polícia da administração, no trato de assunto relacionado ao pagante (CF/88, art. 145-II, que exageradamente admite também a cobrança por serviço disponível, impedindo alternativa para o tributado): União, Estados e Municípios;

3. Contribuição de melhoria, imposição pecuniária decorrente de obra pública (art. 145-III): União, Estados e Municípios (devendo a obra ter valorizado imóvel da pessoa tributada, motivo pelo qual, logicamente, a contribuição não pode superar o benefício adicionado pela obra. Quanto ao limite cumulativo da parcela proporcional do custo da obra pública, que estava explicitado na legislação, esse passou a ser juridicamente duvidoso em consequência da omissão da Constituição de 1988.

4. Contribuições parafiscais, para encargos públicos descentralizados, muitas distorcendo impostos vinculados (arts. 149 e 195), literalmente qualificadas de:

4.1. Contribuições Sociais (predominantemente para a previdência ou seguridade social aos empregados): só a União;

4.2. Contribuições de Previdência e Assistência aos servidores públicos respectivos: União, Estados e Municípios;

4.3. Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico (sem conceito seguro, na maioria com as características de imposto, havendo até contribuição em proveito de entidades privadas, como as para o SENAI/SESI, SENAC/SESC): só a União;

4.4. Contribuições de Interesse de Categorias Profissionais (na verdade no interesse de autarquias de fiscalização profissional e sindicatos de empregados): só a União;

4.5. Contribuições de Interesse de Categorias Econômicas (na realidade no interesse de sindicatos empresariais): só a União;

5. Empréstimos compulsórios (art. 148, que deixou de repetir os destinados à absorção temporária de poder aquisitivo), sendo a competência restrita à União e devendo os empréstimos ser motivados por:

5.1. guerra externa ou sua iminência;

5.2. despesas extraordinárias decorrentes de calamidade pública;

5.3. investimento urgente e de relevante interesse nacional (hipótese acrescida).

Dos impostos, a Constituição Federal dis-

tribui sete para a União, os mais produtivos, e ainda todos os impostos não previstos; quatro para os Estados e com várias limitações federais; e três para os Municípios, também com várias restrições federais.

A perceptível concentração do poder tributário na União resulta, por certo, da origem imperial de Estado unitário, mas foi reforçada por ditaduras republicanas durante mais de 35 anos, só entre 1930 e 1984. Essa concentração tributária tolheu a autonomia real dos Estados Federados e polarizou na União o maior vulto das fraudes e dos desperdícios.

O Código Tributário Nacional, genialmente, transpôs para a lei formal o ensinamento da doutrina de que na qualificação da natureza jurídica do tributo são irrelevantes a denominação e as demais características formais, assim como a destinação da receita (Lei n.º 5.172/66, art. 4.º). Confusamente, esse correto preceito está sendo violentado mediante contribuições para a seguridade social, para o que foi necessário autorizar na Constituição fatos geradores iguais aos de impostos (art. 195). Algumas contribuições constituem, funcionalmente, impostos vinculados. Mas não é inerente ao conceito de imposto a proibição da vinculação de sua receita a órgão, fundo ou despesa; essa proibição está relacionada à administração financeira (art. 167-IV).

A lei não estabelece os requisitos para configuração das contribuições parafiscais, mas a Constituição Federal condiciona todas à atuação da União nas respectivas áreas (art. 149). Fazem falta principalmente os requisitos atinentes às de intervenção no domínio econômico.

As contribuições ditas "no interesse de categorias profissionais ou econômicas" referem-se às contribuições compulsórias em benefício das autarquias de fiscalização profissional, embora inexistam autarquias para categorias empresariais e sequer tenham sido consultados os integrantes das respectivas categorias se as contribuições atendem a seus interesses. O fascista imposto sindical é considerado incluso naquelas contribuições no interesse de categorias profissionais ou econômicas, apesar de não se relacionar à qualquer atividade estatal e a Constituição ter passado a proibir qualquer intromissão governamental na organização sindical (art. 8.º). Esse imposto distorcido na verdade favorece sindicatos profissionais e empresariais, em geral sem apoio das respectivas categorias.

Qualquer tributo só pode ser instituído em lei formal, de forma que são inconstitucionais os tributos estabelecidos em decretos do Poder Executivo e atos de autarquias e organismos autônomos da União, dos Estados e dos Municípios (algumas encobrendo impostos camuflados).

2. Impostos disfarçados da União (mínimo de 44)

Se forem examinados os balanços financeiros ou os orçamentos da União e de suas autarquias e outros organismos autônomos, ver-se-á que são cobradas inúmeras taxas, contribuições e outras receitas cujos fatos geradores as identificam como impostos, pois são imposições pecuniárias não punitivas, cuja exigência independe de retribuição específica pelo Estado (CTN, arts. 3.º e 16). A seguir são relacionadas algumas dezenas desses impostos camuflados, sob os títulos em que foram escriturados nos balanços contábeis dos exercícios de 1990 a 1993:

1. Classificados em *taxas*, como se fossem prestados serviços às empresas e aos profissionais fiscalizados (mínimo de 3):

1.1. Taxas de Fiscalização das Telecomunicações (havia também "sobretarifas" em contribuições econômicas);

1.2. Taxa de Fiscalização dos Mercados de Títulos e Valores Mobiliários (CVM);

1.3. Taxa de Fiscalização dos Mercados de Seguros, de Capitalização e da Previdência Privada Aberta (SUSEP).

2. Classificados em *contribuições sociais* (mínimo de 16):

2.1. Contribuição para Financiamento da Seguridade Social (cumulativa ao IR, IPI e ICMS);

2.2. Contribuição do Salário-Educação;

2.3. Contribuição ao Programa de Ensino Fundamental;

2.4. Contribuição para o Ensino Aeroviário;

2.5. Contribuição para o Desenvolvimento do Ensino Profissional Marítimo;

2.6. Cota de Previdência (para custeio administrativo da previdência social e cuja vigência é duvidosa em face da não-repetição no artigo 11 da Lei n.º 8.212/91, tributo que compreendia imposto adicional sobre importação, imposto sobre renda bruta da loteria esportiva federal, imposto sobre valor da venda dos bilhetes da

loteria federal, imposto sobre preço na refinaria da gasolina tipo "A" e imposto sobre movimento das apostas hípicas);

2.7. Contribuição sobre a Receita de Concursos de Prognósticos (a própria renda líquida, 100%, pertence à seguridade, conforme art. 26 da Lei n.º 8.212/91, absorvendo parte da cota de previdência);

2.8. Contribuição sobre os Prêmios de Concursos de Prognósticos (portanto imposto de renda paralelo);

2.9. Contribuição sobre o Lucro das Pessoas Jurídicas (só das empresas, bitributação com o imposto de renda);

2.10. Cota-Parte da Contribuição Sindical;

2.11. Contribuição para o Fundo de Saúde;

2.12. Contribuição sobre a Arrecadação dos Fundos de Investimentos Regionais;

2.13. Contribuição Industrial Rural;

2.14. Contribuição sobre a Propriedade Rural (além do Imposto Territorial Rural);

2.15. Contribuição para o Programa de Integração Social (que não integrou o empregado à sociedade, mas cuja receita se presta a favorecer beneficiários de empréstimos);

2.16. Contribuição para o Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público (individualmente insignificante, mas que serve para emprestar vultosas quantias em condições privilegiadas).

3. Classificados em *contribuições econômicas* (mínimo de 13):

3.1. Contribuição para o Programa de Integração Nacional - PIN - (destaque do Imposto de Renda de Pessoas Jurídicas, resultante da diminuição de incentivos fiscais para o Nordeste e a Amazônia);

3.2. Contribuição para o Programa de Redistribuição de Terras e de Estímulo à Agroindústria do Norte e do Nordeste - PROTERRA - (parcela também destacada do IR-PJ, quando foram diminuídos os incentivos fiscais para o Nordeste e a Amazônia);

3.3. Contribuições para o Desenvolvimento e Aperfeiçoamento das Atividades de Fiscalização (compreendendo o selo especial de controle de produtos sujeitos ao IPI e imposto sobre importação por lojas francas, entrepostos aduaneiros e depósitos alfandegados);

3.4. Taxa de organização e regulamentação do mercado da borracha;

3.5. Contribuição sobre Apostas em Competições Hípicas (o art. 26 da Lei n.º 8.212/91 incluiu este tributo na contribuição social sobre concursos de prognósticos);

3.6. Contribuição para o Desenvolvimento da Indústria Cinematográfica Nacional (que não a desenvolveu, como se bastasse dinheiro para o êxito empresarial);

3.7. Adicional sobre as Tarifas de Passagens Aéreas Domésticas (diferente do preço da passagem);

3.8. Adicional de Tarifa Portuária (não se confunde com frete);

3.9. Contribuição sobre o Consumo do Alcool e Adicional (anteriormente também incidia sobre o açúcar);

3.10. Cota-Parte da Margem de Revenda de Combustíveis (usada para artificiosa uniformização de preços);

3.11. Cota-Parte do Adicional ao Frete para Renovação da Marinha Mercante;

3.12. Cotas-Partes de Compensações Financeiras da Utilização de Recursos Hídricos, da Exploração de Recursos Minerais, da Extração de Óleo Bruto, Xisto Betuminoso e Gás, e da Utilização de Recursos Hídricos do Tratado de Itaipu;

3.13. Cotas de Contribuição sobre Exportação de Café e Cacau (Balanço Financeiro de 1990), confundindo-se a contribuição com o Imposto de Exportação ou autêntico confisco.

4. Classificados em receita de serviços, mas não há individualização destes (mínimo de 2):

4.1. Tarifa de Utilização de Faróis;

4.2. Tarifas Aeroportuárias.

5. Classificados em operações de crédito (mínimo de 1):

5.1. Empréstimos Compulsórios (a CF os inclui no Sistema Tributário Nacional e a doutrina os considera impostos restituíveis).

6. Apropriados diretamente por autarquias federais (mínimo de 3, erradamente não computadas na carga tributária):

6.1. Contribuições para Autarquias de Fiscalização do Exercício Profissional (administração, advogados, biblioteconomia, contabilidade, economistas profissionais, enfermagem, engenharia-arquitetura-agronomia, estatística, farmácia, fisioterapia-terapia ocupacional, medicina, medicina-veterinária, nutricionistas, odontologia, psicologia, química; relações pú-

blicas etc.);

6.2. Adicional a Custas dos Processos Judiciais (em favor da Ordem dos Advogados do Brasil, constituindo um privilégio corporativista pago por pessoas que nenhum relacionamento possuem com a OAB);

6.3. Taxas de Registro e sua Renovação no Ibama;

6.4. Outras a pesquisar em cada autarquia.

7. Destinados diretamente a *particulares*, configurando ilegítimas imposições, inadvertidamente não computadas na carga tributária (mínimo de 5):

7.1. Contribuição sindical de empregados e empresas;

7.2. Contribuições aos sistemas SESI/SENAI, SESC/SENAC e similares;

7.3. Contribuições às entidades de assistência a microempresas (essa receita gratuita sobre gastos vultosos em propaganda, publicidade, administração etc.);

7.4. Contribuições das empresas aos empregados (PIS), com incidências mistas;

7.5. Contribuições dos entes estatais a seus servidores (PASEP), com inconstitucional imposição pela União sobre as receitas dos Estados e Municípios;

7.6. Outras a identificar.

3. *Impostos disfarçados dos estados*

Alguns Estados, ou autarquias suas, tentaram cobrar um imposto adicional sobre veículos automotores, sob o disfarçado título de "Taxa ou Encargo de Cadastramento de Veículos", tendo o Judiciário, acertadamente, podado os casos que lhe foram submetidos.

Uma pesquisa em seus balanços contábeis evidenciará outros abusos do gênero.

4. *Impostos disfarçados municipais*

Municípios também recorreram ao artifício de cobrar impostos ilegais sob denominações impróprias, como Taxa de Iluminação Pública (de utilidade geral e não divisível, beneficiando mais os transeuntes do que os proprietários ou locatários de imóveis).

5. *Estimativas da sonegação de impostos no Brasil*

Quando se cogita de reformular o sistema tributário brasileiro – apesar de não demonstrada sua relação causal com os males que se lhe imputam – não se pode ignorar o alto índice de descumprimento da legislação em vigor. A seguir são referidas algumas estimativas de sone-

gação de impostos no Brasil, por fonte de informação, colhidas em 1992:

1. Ex-Diretores de Fiscalização da Secretaria da Receita Federal: 30% do PIB ou 50% dos impostos devidos;

2. Ex-Secretário da Fazenda do Estado de São Paulo: 33% da incidência;

3. Ex-Secretário da Fazenda do Estado do Rio Grande do Sul: 40% dos impostos;

4. Ex-Secretário da Fazenda do Estado do Espírito Santo: 45% dos impostos devidos (informação ao Senador João Calmon);

5. Ex-Diretor de Arrecadação e Fiscalização do Instituto Nacional de Seguridade Social: 50% das contribuições devidas;

6. Ex-Presidente da Confederação Nacional do Comércio: 30% do PIB;

7. IBGE: 13% do PIB;

8. CPI do Congresso Nacional sobre a Evasão Fiscal: em torno de 50% do PIB;

9. Banco da Inglaterra: US\$ 34,7 bilhões em 1988, só em remessas ilegais ao exterior.

6. *Principais causas da sonegação tributária no Brasil*

Qualquer reforma tributária – para ser exitosa, justa e democrática – precisa remover substancialmente as causas do descumprimento do dever tributário e que, no Brasil, podem ser resumidas nas seguintes:

1. *Tributação pelo Poder Executivo*, quer dizer, mediante decreto-lei, medida provisória ou decreto-executivo, sem efetiva participação dos tributados na decisão, incluindo aumento de tributos (prática inovada nas ditaduras republicanas de 1930 a 1945 e de 1964 a 1984 mas repetida na Constituição de 1988!);

2. *Alíquotas (percentuais ou quotas) demasiado altas* (desestimulando o pagamento e estimulando a apropriação do valor);

3. *Excesso de impostos, taxas e contribuições* (inclusive 44 impostos disfarçados federais e inúmeros estaduais e municipais);

4. *Má aplicação de receita*, especialmente os vultosos e generalizados desvios em proveito particular, em parte comprovados por Comissões Parlamentares de Inquérito mas que só poderão ser minimizadas quando cada Poder Legislativo federal e estadual dispuser de auditoria geral subordinada diretamente a ele e que possua autonomia de trabalho, sob autoridade

de profissional investido por tempo superior ao da legislatura;

5. *Repetidas anistias e facilidades aos sonegadores*, realimentando sucessivas expectativas no mesmo sentido;

6. *Imunidade fiscalizadora a pessoas importantes*, que autoridades superiores não permitem sejam fiscalizadas (apesar da impessoalidade administrativa estabelecida no artigo 37 da Constituição);

7. *Não-aplicação das penas criminais*, com o que as próprias autoridades descumprem as leis decretadas para coibir as fraudes;

8. *Tolerância cultural com a sonegação*, pela população em geral (nos EUA os crimes tributários também são julgados por júri, composto por pagantes de impostos);

9. *Insuficiência de fiscais*;

10. *Remuneração baixa ou instável dos fiscais*;

11. *Desaparelhamento tecnológico das repartições fazendárias*;

12. *Demora na cobrança dos créditos*, na Administração e no Judiciário;

13. *Prevaricação e corrupção de administradores e fiscais*;

14. *Dificuldade de acesso a informações financeiras*;

15. *Deslealdade da administração* para com os contribuintes (retardamento na devolução de créditos, subavaliação da inflação, confiscos patrimoniais etc.).

7. *Proposta tributária do Governo Fernando Collor*

Emenda n.º 7/92, da Comissão coordenada pelo Dr. Ary Oswaldo Mattos Filho, à Proposta de Emenda à Constituição n.º 48/91.

1. *Tributos federais* (arts. 153 e 195):

1.1. *Substitui o IPI*—Imposto sobre Produtos Industrializados pelo imposto sobre produção, circulação, distribuição ou consumo de bebidas, veículos automotores, energia, tabaco, combustíveis líquidos e gasosos e seus derivados, serviços de telecomunicações e, ainda, quando definidos em lei como ativo financeiro ou instrumento cambial, sobre ouro e outros metais preciosos, pedras preciosas e semipreciosas (desvirtuamento jurídico desses minerais), incidindo uma única vez sobre qualquer daquelas operações.

1.2. *Acrescenta o imposto sobre ativos*, a

serem especificados em lei, compensável no imposto de renda.

1.3. *Suprime* o IOF – Imposto sobre Crédito, Câmbio, Seguro e Valores Mobiliários.

1.4. *Institui* na seguridade social a *contribuição sobre movimentação ou transmissão de titularidade de numerário, créditos ou direitos* (sem referir estabelecimentos bancários e atingindo, pois, quaisquer pagamentos e cessões de dinheiro!). Substituiria a contribuição dos empregadores sobre a folha de salários, o faturamento e o lucro, assim como a contribuição dos trabalhadores. Fixa a alíquota máxima em 0,3%. Inconvenientemente, usa nos fatos geradores um fenômeno físico – a movimentação – e tributa multiplamente o mesmo dinheiro. Trata-se de um *imposto vinculado*, tanto que na proposta do Governo *Itamar Franco* é previsto como tal na competência da União.

1.5. *Mantém* na seguridade social a contribuição sobre a receita de concursos de prognósticos.

2. *Impostos estaduais* (art. 155):

2.1. *Troca* o ICMS – Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços pelo imposto sobre *valor adicionado* nas operações relativas à produção, circulação, distribuição ou consumo de bens e serviços. O ICMS já é sobre valor adicionado. Teria barateado os controles se incidisse apenas sobre o consumo. Acrescenta nas incidências a produção, a distribuição e o consumo.

2.2. *Mantém* o imposto sobre propriedade de veículos automotores.

2.3. *Suprime* o adicional ao imposto sobre renda e proventos da União e o imposto sobre transmissão *causa mortis* e doações.

3. *Impostos municipais* (art. 156):

3.1. *Atribui* aos Municípios unicamente o imposto sobre *propriedade imobiliária*, absorvendo o vigente imposto municipal sobre propriedade predial e territorial urbana, mais o atual imposto federal sobre propriedade territorial rural. Na realidade seriam dois impostos, pois diferentes haveriam de ser as incidências sobre imóveis urbanos e rurais. A proposta intromete-se na autonomia municipal ao limitar a progressividade da incidência aos imóveis urbanos não edificadas.

3.2. *Suprime* o imposto sobre transmissão *inter vivos* e onerosa de bens imóveis, o imposto sobre vendas a varejo de combustíveis líqui-

dos e gasosos e o imposto sobre serviços não sujeitos ao imposto estadual.

4. *Partilha de receita de impostos* (arts. 157 a 159):

4.1. *Preserva* a apropriação pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, do Imposto de Renda retido na fonte pelos mesmos e suas autarquias e fundações.

4.2. *Mantém* a destinação aos Estados e ao Distrito Federal de 20% da receita de *imposto novo* que a União instituir.

4.3. *Repete* aos Municípios a propriedade de 25% da receita do IVA que sucederia ao ICMS, bem como 50% do produto do imposto sobre a propriedade de veículos automotores licenciados em seus territórios.

4.4. Os fundos federais de participação dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios passariam a ser formados com 23,95% da receita de todos os impostos federais, em vez de 47% do IR e do IPI, com a seguinte distribuição:

11,52% (em vez de 21,5%) aos Estados e ao DF;

10,72% (em vez de 22,5%) aos Municípios; e

1,71% (em vez de 3%) ao financiamento do setor produtivo das Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, suprimida a destinação de 50% ao semi-árido do Nordeste.

4.5. Afigura-se evidente que os percentuais não apresentam requisitos para perdurarem em tempo mínimo compatível com uma Constituição, quanto mais os critérios para o rateio!

A primeira proposta do Executivo federal abarca matéria vasta, alterando 37 artigos da Constituição e dezenas de parágrafos, sendo que grande parte caberia melhor em lei comum ou complementar e nem se refere ao ajuste fiscal da União, incluindo até representação por sindicatos e associações, julgamento de inconstitucionalidades, política urbana, saúde humana, educação, estabilização de servidores não concursados e endividamento dos Estados e Municípios.

8. *Proposta tributária do Governo Itamar Franco*

Emenda n.º 8/92 do Deputado *Roberto Freire*, Líder do Governo, à Proposta de Emenda à Constituição n.º 48/91.

A maior parte da proposta foi repetida do projeto da Comissão coordenada pelo Dr. Ary Oswaldo Mattos Filho e encampada pelo Governo Fernando Collor.

1. *Tributos federais* (arts. 153 e 195 da CF e art. 3.º da emenda):

1.1. *Troca* o IPI por *imposto seletivo* sobre produção, circulação, distribuição ou consumo de bebidas, veículos (aqui sem limitar aos automotores!), energia, tabaco, combustíveis e seus derivados nacionais ou estrangeiros, serviços de telecomunicações, bem como *outros* produtos e serviços especificados em lei complementar (esses "outros" permite tributar qualquer produto!). Esse imposto incidiria uma única vez sobre qualquer daquelas operações. Inspirado que foi no Imposto sobre Bebidas Alcoólicas, Tabaco e alguns importantes produtos industrializados, dos EUA, mais adequado seria fazê-lo incidir apenas na produção, principalmente para minimizar o custo da fiscalização e dos fiscalizados. Inócuo dispor que *pode* ser seletivo, pois então tem a alternativa de não ser (§ 6.º, I).

1.2. *Acrescenta*, para vigorar até 1994, o *imposto sobre movimentação ou transmissão de numerário e de créditos e de direitos de natureza financeira* (art. 3.º). Mas incidiria inclusive sobre *ouro* fictamente considerado ativo financeiro, desvirtuando a natureza do produto. Ao incluir nos fatos geradores o *fenômeno físico da movimentação* de dinheiro, abre campo demasiado amplo para a cobrança e também para controvérsias jurídicas! A *receita* ficaria toda com a União, ao contrário da regra constitucional, que manda distribuir aos Estados e ao DF 20% da receita de impostos novos (art. 157, II). A alíquota seria de até 0,3%, *incidindo multiplicitamente*. A cobrança poderia ser feita no próprio ano da decretação, excepcionando a garantia declarada ao contribuinte no artigo 150, III, b, da Constituição. Para *esse imposto*, absurdamente, seria *suprimida*. A *imunidade* que a Constituição institui no artigo 150, inciso VI, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios; aos templos; aos partidos políticos e suas fundações; às entidades sindicais dos trabalhadores; às instituições de educação e de assistência social sem fins lucrativos; e aos livros, jornais, periódicos e ao papel destinado à sua impressão. Seria obrigatória a *aplicação* de 50% no resgate da dívida mobiliária federal, mas não prevê punição em caso de *descumprimento*. Quem puder tenderá a substituir o dinheiro nacional por *moedas estrangeiras* ou a troca entre bens não monetários ou, ainda, por *cheques em branco*, factível principalmente por empresários e pessoas ricas. Mereceriam exclusão os rendimentos de *assalariados*, porquan-

to já rigorosamente tributados nas fontes pagadoras. Acertadamente, o Supremo Tribunal Federal já decretou a inconstitucionalidade da cobrança para o ano em que foi criado, sendo de esperar que também decreta sua inconstitucionalidade em razão da absurda incidência sobre bens ou rendimentos já submetidos a outros impostos.

1.3. *Adita* o *imposto sobre ativos*, a ser especificados em lei, compensável com o Imposto sobre Renda e Proventos (art. 153, VII). Não explicita se o sujeito passivo seria apenas pessoa jurídica ou também pessoa física. Mas já são objeto de *impostos específicos* os ativos constituídos por imóveis, veículos automotores, produtos industrializados, mercadorias e bens transmissíveis *causa mortis*, os quais, salvo *bitributação*, estariam excluídos das incidências. Sobrariam os bens móveis, os valores mobiliários e os bens numerários que não participarem de espólios. De qualquer forma, se a empresa ou a pessoa física encontrar-se em *situação deficitária*, a incidência do imposto conduziria a primeira à *talencia* e a segunda à *insolvência*.

1.4. *Substitui* as incidências sobre o faturamento e o lucro, nas fontes impositivas dos empregadores para a *seguridade social*, pelas incidências sobre o valor adicionado ou sobre rendas e receitas operacionais e patrimoniais ou orçamentárias (art. 195, I). A referência a *receitas orçamentárias está tecnicamente errada* porque estas constituem estimativas por definição, afigurando-se injurídico seu uso para tributação. Mas encobre o implícito objetivo de tributar a *receita corrente e de capital dos Estados e dos Municípios*, descabidamente porquanto essas pessoas constitucionais mantêm sistemas próprios de seguridade para seus servidores (art. 149, parágrafo único) e precisam prestar serviços de saúde e de assistência social a suas populações (arts. 194 e 204). Outro erro jurídico consiste em subentender o poder público entre os empregadores, o que só vale com referência aos regidos pela legislação trabalhista (CLT). De qualquer forma, a especificação das incidências é *inconveniente* a nível de carta magna. A incidência sobre o *valor agregado* aumentará os custos dos bens e serviços, inclusive para sua apuração, a serem transferidos aos consumidores. Trata-se de *imposto vinculado*, em face da correta regra contida no artigo 4.º do Código Tributário Nacional.

1.5. Escondidamente, ainda *autoriza* para a *seguridade* uma *nebulosa contribuição adi-*

cional para o seguro-desemprego, em função da rotatividade da força de trabalho (no acrescido § 12) Impertinente para o nível constitucional a especificação desse critério de rotatividade para a tributação.

1.6. *Suprime* o Imposto sobre Grandes Fortunas, que nem chegou a ser decretado.

1.7. *Mantém* os Impostos sobre Importação; Exportação (este antifederativo porque pode prejudicar Estados produtores, cujo interesse nas vendas ao exterior é até maior do que o da União); Rendas e Proventos; Crédito, Câmbio, Seguro e Valores Mobiliários; e Propriedade Territorial Rural.

2. *Impostos estaduais* (art. 155):

2.1. *Extingue* o Adicional ao Imposto Federal sobre Renda (fulminado por inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, em outubro de 1993, enquanto lei complementar não o regule).

2.2. *Mantém* o Imposto sobre Transmissão *Causa Mortis* e Doação de Bens ou Direitos. Portanto repete a exagerada tributabilidade de qualquer doação, o que permite cobrar o imposto sobre todos os presentes em coisas ou dinheiro.

2.3. *Preserva* o antifederativo ICMS, que dificulta a fiscalização nas operações entre Estados e onera o custo do controle pelas empresas e pelo Fisco. Seria mais prático substituí-lo pela incidência apenas na venda ao consumidor. Cabe lembrar que no Mercado Comum Europeu o IVA é cobrado como imposto sobre produção no país exportador e como imposto sobre consumo no país importador.

2.4. *Mantém*, ainda, o Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores.

3. *Impostos municipais* (art. 156):

3.1. *Suprime* o Imposto sobre Vendas a Varejo de Combustíveis Líquidos e Gasosos (dos quais já estava excluído o óleo diesel).

3.2. *Mantém* o IPTU – Imposto sobre Propriedade Predial e Territorial Urbana. Mas, *sem correlação com as finanças da União* pretende impedir a progressividade das incidências nos terrenos edificados (matéria que sequer é de nível constitucional).

3.3. *Preserva*, outrossim, o Imposto sobre Transmissão *inter vivos* e onerosa de bens imóveis, mais o Imposto sobre Serviços não compreendidos no ICMS.

4. *Repartição de receita federal* (cujos percentuais e critérios nem deveriam figurar na

Constituição, pois mutáveis):

4.1. *Exclui* da destinação aos Estados e ao Distrito Federal os 20% previstos para qualquer imposto novo que a União instituir (art. 157, II).

4.2. *Retira* da destinação aos Municípios os 50% do Imposto Territorial Rural (art. 158, II).

4.3. *Inclui* nos Fundos de Participação dos Estados, Distrito Federal e Municípios o produto de todos os impostos federais, salvo o de imposto novo e do Imposto de Renda-fonte não pertencente à União, com a seguinte distribuição (art. 159):

19% para os Estados e o Distrito Federal, em substituição a 21,5% do IR e do IPI;

21% para os Municípios, em substituição a 22,5% do IR e do IPI;

2,3% para financiamento ao setor produtivo do Norte, Nordeste e Centro-Oeste, em vez de 3% do IR e do IPI, sendo eliminada a destinação de 50% ao semi-árido do Nordeste.

4.4. *Amplia* do IPI para seu sucedâneo Imposto Seletivo a transferência de 10% aos Estados e ao DF, na proporção das respectivas exportações de produtos industrializados (art. 159, II, que passaria a ser regido no § 2.º).

5. *Disposições antidemocráticas*

5.1. *Estende* ao imposto sucedâneo do IPI a possibilidade de cobrá-lo no ano da instituição ou do aumento, ao lado dos impostos sobre importação, exportação e operações de crédito-câmbio-seguro-valores mobiliários (art. 150, § 1.º). A conquista mundial contra aquele *arbitrio* ficaria, na órbita federal do Brasil, reduzido a três impostos: renda e proventos, propriedade territorial rural; e ativos (este se for aprovado). *Estende*, ao mesmo imposto, a faculdade de o Poder Executivo modificar as alíquotas (art. 153, § 1.º). Os reis absolutistas do passado provavelmente estarão rindo em suas sepulturas à vista do absolutismo tributário de muitas repúblicas.

5.2. *Amplia* a contribuição sobre a receita de concursos de prognósticos a faculdade de o Poder Executivo alterar as alíquotas (art. 195, § 6.º).

5.3. *Preserva* a mesma faculdade com relação ao Imposto sobre Exportação, com risco de prejudicar os Estados e Municípios produtores e dificultar o planejamento empresarial (art. 153, § 1.º).

5.4. *Dispensa* lei complementar para insti-

tuir o imposto sobre produtos selecionados (sucédâneo do IPI), o imposto sobre ativos, o imposto sobre movimentação e transmissão de dinheiro e as novas contribuições para seguridade social (art. 7.º da emenda).

6. Disposições antifederativas

6.1. Tributação da receita dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios mediante o imposto sobre valor adicionado ou rendas e receitas operacionais e patrimoniais ou orçamentárias, vinculado à seguridade social (art. 195, I, b).

6.2. Manutenção da faculdade do Senado para fixar alíquotas máximas do ICMS nas operações internas (art. 155, § 2.º, V, b).

6.3. Restrição da progressividade do IPTU aos terrenos não edificados, atendendo interesses de proprietários com construções pequenas em terrenos grandes (art. 156, I).

6.4. Repetição da reserva para lei complementar da União, da competência para fixar alíquotas máximas para o ISS dos Municípios e excluir de sua incidência exportações ao exterior (art. 156, § 3.º).

6.5. Proibição aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios para emitirem títulos de dívida pública além da necessidade de seu refinanciamento (art. 2.º da emenda). Basta que a União não avalize dívidas daqueles. Incoerentemente, a União, que é a grande causadora da inflação e das altas taxas de juros, não se inclui na proibição!

7. Disposições infraconstitucionais

7.1. Artigo 37, XVIII: requisição de informações sobre cartão de crédito e outras do sistema financeiro, para a fiscalização tributária. Comete a impropriedade de invocar ao fisco autoridade jurisdicional, que é exclusiva do Poder Judiciário. O artigo 145, § 1.º, já estabelece a base constitucional para que lei disponha sobre as investigações fiscais pela União, pelos Estados e pelos Municípios.

7.2. Artigo 40, § 6.º, e artigo 42, § 10: custeio das aposentadorias e pensões referentes aos servidores federais.

7.3. Artigo 150, § 6.º: regulação de isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito, anistia, remissão, subsídio e outros benefícios. São matérias próprias do Código Tributário Nacional.

7.4. Artigo 159 e seus §§: percentuais de partilha de receita, pois serão modificados para serem ajustados às futuras situações

7.5. Artigo 160, parágrafo único: retenção de créditos sobre Estados e Municípios em débito. Em vez de transferir tudo para lei complementar, acrescenta as autarquias da União, além de explicitar desnecessariamente as de seguridade social.

7.6. Artigo 166, §§ 7.º, 8.º e 9.º: detalhes do processo legislativo referente ao plano plurianual, à lei de diretrizes orçamentárias, ao orçamento anual e aos créditos adicionais.

7.7. Artigo 167, IV e § 4.º: vinculação de receita de impostos, proibição a que introduz ressalva. Essa matéria cabe no Código Tributário Nacional.

7.8. Artigo 195, §§ 6.º a 12: interstício para cobrança de contribuições à seguridade; isenção das mesmas; contribuição do produtor agrícola; seguro-desemprego e abono; gestor de recursos e critérios para sua aplicação. No § 10 chega a mencionar o BNDES. incompatível em uma Constituição! No § 11, em erro de linguagem, manda pagar um salário mínimo anual em vez de, anualmente, um salário mínimo mensal, aos empregados que percebam remuneração mensal de até dois salários mínimos. São assuntos de lei ordinária.

7.9. Artigo 239: preserva os patrimônios do PIS e PASEP, acumulados nas contas dos participantes e os critérios de saque. Além de não merecer nível constitucional, os valores são ínfimos para configurá-los como patrimônios.

7.10. Artigo 3.º, §§ 3.º e 4.º, da emenda: alíquota do novo imposto sobre movimentação e transmissão financeira e sua destinação parcial à amortização de dívida (sem punibilidade na hipótese de descumprimento).

7.11. Artigo 4.º, § 1.º, da emenda: proibição de distribuir a receita do PIS e do PASEP para depósito nas contas individuais dos participantes. Além de configurar uma violenta desapropriação sobre os cidadãos, aligera-se constituinte com a redação proposta para o artigo 239.

7.12. Artigo 6.º da emenda: provisão para instituir incentivo fiscal até 1994. Se o Congresso Nacional oferecer quorum para essa vedação, basta desaprová-lo qualquer projeto de lei no mesmo conteúdo.

8. Observação: A Emenda do Deputado Roberto Freire contém numerosas outras impropriedades, até conflitos com sua justificativa.

9. Proposta de emenda à Constituição n.º 17, de 1991

Do Deputado Flávio Rocha (proponente do

imposto único, antifederativo por natureza).

1. *Composição do sistema tributário brasileiro* (art. A):

1.1. Imposto sobre *transações financeiras* (universo vasto, cuja tributabilidade exitosa depende da manutenção de altos índices inflacionários), devido por pessoas jurídicas de direito público e privado e por pessoas físicas (§ 2.º);

1.2. Imposto sobre *comércio exterior* (portanto compreende dois impostos: sobre importação e sobre exportação, com fatos geradores e alíquotas diferentes);

1.3. Imposto sobre *propriedade territorial rural* (excluindo, pois, a tributabilidade de imóveis urbanos).

1.4. *Empréstimos compulsórios* (são impostos restituíveis), para atender a despesas extraordinárias decorrentes de calamidade pública, de guerra externa ou de sua iminência (a Constituição Federal de 1988 contempla também para investimento público urgente e de relevante interesse nacional).

2. *Competência antifederativa* (art. A, § 1.º):

2.1. *Invalida* a imunidade tributária dos Estados e Municípios para o imposto sobre transações financeiras, que seria o quase-único imposto.

2.2. *Concentra* na União a responsabilidade (ou competência?) para arrecadar os impostos, embora estabeleça imediata transferência das parcelas correspondentes aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, assim como aos fundos de participação, nos termos da lei complementar (onde deveria também ser prevista a punibilidade nas hipóteses de descumprimento).

2.3. *A fiscalização* da União é a menos eficaz e dinâmica, inclusive a que mais sofre interferências políticas para não cumprir sua função. Por esse motivo e por perderem suas competências tributárias, os Estados e os Municípios seriam os grandes prejudicados e ficariam na total dependência da União.

3. *Racionalização jurídica*:

Vantajosamente, transfere tudo para lei complementar.

4. *Dúvidas sobre taxas e contribuições*:

A omissão a respeito dessas espécies de tributos, inclusive as contribuições para a *seguridade social*, tornaria inconstitucional a cobrança de qualquer taxa ou contribuição, inviabilizando a prestação de importantes servi-

ços públicos.

5. *Observações*:

5.1. A justificação contém várias afirmações equivocadas sobre a carga tributária na aquisição de qualquer aparelho eletrodoméstico, embora realmente existam os numerosos impostos elencados.

5.2. Equivoca-se, outrossim, em supor que o Imposto sobre Transações Financeiras seria "à prova de qualquer forma de evasão, fraude ou corrupção". Tal assertiva só poderia partir de pessoa que não vivencia o fenômeno tributário nem auditorial. As maiores sonegações ocorrem, mundialmente, nas maiores incidências e empresas e o sistema bancário não é infenso a elas, como a outras fraudes que os fatos já demonstraram, inclusive com relação à arrecadação e aos pagamentos da previdência social. Além disso, o nome do tributo está confundindo o conceito de "transação", que deveria respeitar o CTN (arts. 109 e 110). É segundo a própria proposta, não é imposto único, procurado sem sucesso há séculos pelos financistas, eis que mantém mais dois do comércio exterior, outro para as terras e mais dois para calamidade pública e guerra. De resto, não encerra preocupação com justiça fiscal.

5.3. A justificação faz, ainda, diversas outras suposições sem apoio em dados concretos, inclusive a perspectiva de receita.

10. *Proposta de Emenda à Constituição n.º 48, de 1991*

Do Deputado Luiz Carlos Hauly.

1. *Impostos da União* (arts. 149 e 153):

1.1. *Agrupa* como imposto sobre comércio exterior os impostos de importação e exportação (como já os classifica o Código Tributário Nacional). Na realidade continuarão sendo dois impostos, pois são diferentes os fatos geradores e as alíquotas.

1.2. *Acréscena* o imposto sobre *transações financeiras* (contra o conceito desse instituto de direito), inclusive retiradas de numerário, pagamentos e recebimentos através de instituições financeiras (configurando, portanto, instrumento meramente arrecadatório e desprovido de senso de justiça fiscal). Absorve o IOF. Alcança também o *ouro*, quando definido como ativo financeiro ou instrumento cambial (ficção jurídica inadequadamente inscrita na Constituição de 1988). Estende a esse imposto a antidemocrática faculdade para o Poder Executivo alterar as alíquotas (o que faziam os reis absolutistas).

1.3. *Mantém* o imposto sobre renda e proventos.

1.4. *Transfere* aos Estados o IPI (absorvido no novo IVA).

1.5. *Transfere* aos Municípios o imposto sobre propriedade territorial rural.

1.6. *Suprime* o imposto sobre grandes fortunas (ao não repeti-lo, embora o tributo seja mais induzido por preconceitos contra pessoas muito ricas do que como instrumento de equidade tributária ou de produção de receita).

2. *Impostos estaduais* (art. 155):

2.1. *Atribui* aos Estados e ao Distrito Federal *unicamente* o imposto sobre a produção industrial e a circulação de mercadorias e a prestação de serviços, com o que funde os vigentes IPI e ICMS, respectivamente de competência da União e dos Estados na Constituição de 1988.

2.2. *Repete* a antifederativa competência ao Senado para estabelecer as alíquotas aplicáveis nas exportações (apesar de acertadamente a suprimir para as operações interestaduais).

2.3. *Mantém* a também antifederativa faculdade do Senado para estabelecer alíquotas mínimas nas operações internas.

3. *Impostos municipais* (art. 156):

3.1. *Transfere* da União para os Municípios o imposto sobre a propriedade territorial rural (de cuja receita a Constituição de 1988 distribui 50% aos Municípios).

3.2. *Traslada* dos Estados para os Municípios o imposto sobre a propriedade de *veículos automotores* (de cuja receita a Constituição de 1988 destina 50% aos Municípios), e, outrossim, o imposto sobre transmissão *causa mortis* e doação de bens e direitos (aqui podendo alcançar até dávivas).

3.3. *Preserva* aos Municípios o imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana e o imposto sobre transmissão *inter vivos* e onerosa de bens imóveis.

4. *Contribuições parafiscais* (art. 149):

4.1. *Não altera* as contribuições para a seguridade social, preservando, pois, as explicitadas no artigo 195 da Constituição e que são:

4.1.1. dos empregadores, incidente sobre os salários, o lucro e o faturamento (aqui usa, inconvenientemente, fatos geradores iguais aos de impostos e preserva o erro de linguagem que exclui da incidência a receita empresarial não objeto de emissão de fatura e duplicata);

4.1.2. dos trabalhadores;

4.1.3. sobre a receita de concursos de prognósticos.

4.2. *Restringe* a finalidade das contribuições sociais ao financiamento da seguridade social, do programa do seguro-desemprego e do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (sem prejuízo da faculdade de os Estados, o Distrito Federal e os Municípios cobrarem contribuição de seus servidores para seus sistemas de previdência e assistência social).

4.3. *Preserva* para a União as contribuições chamadas de interesse das categorias profissionais ou econômicas

4.4. *Suprime*, muito oportunamente, a anômala e nebulosa contribuição de intervenção no domínio econômico

5. *Partilha de receita de impostos* (arts. 158 e 159):

5.1. *Apropria* aos Municípios 30% do produto do imposto estadual sobre produção industrial e circulação de mercadorias e prestação de serviços, no lugar dos 25% do ICMS.

5.2. *Deixa* aos Estados o Imposto de Renda-Fonte e 20% dos impostos novos, e aos Municípios o IR-Fonte.

5.3. *Compõe os fundos federais de participação* dos Estados e Municípios com 30% da receita do imposto sobre renda e proventos (pois o IPI seria transferido aos Estados), com a seguinte distribuição:

12% aos Estados e ao Distrito Federal (em vez de 21,5%);

13% aos Municípios (no lugar de 22,5%); e

5% para financiamento ao setor produtivo do Norte, Nordeste e Centro-Oeste (e não 3%)

6. *Observações*

6.1. A PEC n.º 48/91 altera ainda outras disposições. A ela foram apresentadas emendas por congressistas, inclusive as duas do Poder Executivo.

6.2. Agasalha inclusive *pretensões antifederativas*, como a unificação da administração tributária, a qual, de resto, deixaria duas pessoas tributantes na dependência da improdutividade e da politicagem da pessoa constitucional que ficasse com a competência fiscalizadora.

11. *Emendas n.º 1 e 2/92 dos Deputados Munhoz Rocha e Carlos Santana, à PEC n.º 48, de 1991.*

1. *Impostos federais* (art. 154):

1.1. *Permite* à União instituir imposto único

sobre a distribuição de *combustíveis líquidos e gasosos*, cuja receita deveria ser aplicada exclusivamente na construção, conservação e melhoria de rodovias (70%) e de ferrovias (30%).

1.2. Manda repassar 21% do produto desse imposto sobre combustíveis aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, mediante celebração de convênios (com o que a obtenção de recursos dependeria de articulação política).

1.3. A Emenda n.º 2/92 insere na competência normal da União o imposto sobre combustíveis e lubrificantes, incidente uma única vez sobre o preço de venda do produto, destinado exclusivamente à manutenção, melhoramento, operação, gerenciamento e adequação da capacidade da infra-estrutura dos sistemas rodoviário, ferroviário, de cabotagem e de navegação interior.

1.4. *Preserva os demais impostos atribuídos à União na Constituição de 1988.*

2. *Impostos estaduais (art. 155):*

2.1. Atribui aos Estados e ao Distrito Federal o imposto sobre a produção industrial, a circulação de mercadorias e a prestação de serviços, exceto sobre a distribuição de combustíveis líquidos e gasosos.

2.2. Portanto, preserva para os Estados as incidências objeto do ICMS e lhes agrega as do IPI (federal atualmente).

3. *Impostos municipais (art. 156):*

3.1. *Suprime* o imposto sobre vendas a varejo de combustíveis líquidos e gasosos, como consequência da tributabilidade exclusiva da União.

3.2. *Preserva* os demais impostos municipais da Constituição de 1988.

12. *Emenda n.º 3/92 do Deputado Renato Jonhsson, à PEC n.º 48/91.*

1. *Tributos que integrariam o sistema tributário (art. 145):*

1.1. *De competência da União (§ 1.º):*

1.1.1. Imposto sobre *transações financeiras* (ignorando o conceito jurídico de transação), devido por pessoas físicas e pessoas jurídicas de direito público e privado, não podendo os recursos ser destinados a empresas parastatais (*sic!*).

1.1.2. Imposto sobre o *vício*, incidente sobre o consumo de bebidas alcoólicas, fumo e sobre os jogos (não especifica quais, mas presume os viciosos), destinando a receita a pro-

gramas públicos de saúde, de assistência a idosos e de educação.

1.1.3. Imposto sobre *comércio exterior* (portanto dois impostos, os de importação e exportação, com fatos geradores e alíquotas diferentes).

1.1.4. Empréstimos compulsórios iguais aos autorizados no artigo 148 da Constituição de 1988 mas passados ao artigo 147, para atender a:

a) despesas extraordinárias decorrentes de calamidade pública, de guerra externa ou sua iminência;

b) investimento público de caráter urgente e de relevante interesse nacional.

1.1.5. Para a seguridade social, as contribuições *dos empregados* e a contribuição sobre a receita de *concursos de prognósticos* (extinguído as demais, conforme artigo 2.º, parágrafo único, da emenda, apesar do que haveria bitributação sobre os jogos de prognósticos).

1.2. *De competência dos Estados: nenhum tributo.*

1.3. *De competência dos Distrito Federal e dos Municípios (§ 2.º):*

1.3.1. Imposto *ativo (sic)* sobre a *propriedade urbana*, só podendo ser instituído e arrecadado para fazer face às despesas decorrentes de obras públicas, previamente definidas e orçadas em lei municipal (substituindo a contribuição de melhoria).

1.3.2. Imposto sobre a *propriedade rural* (portanto incidindo sobre terras e prédios).

2. *Desapareceriam* da tributação brasileira, *implicitamente*:

2.1. os impostos não mencionados;

2.2. as taxas;

2.3. a contribuição de melhoria (substituída pelo denominado imposto ativo);

2.4. as contribuições sociais *do empregador*, que deveria incorporar aos salários metade dos valores correspondentes àqueles encargos (art. 2.º, parágrafo único, da emenda);

2.5. as contribuições de interesse de categorias profissionais ou empresariais (herança fascista);

2.6. as contribuições de intervenção no domínio econômico (de conceito impreciso, materializando formas de espoliar cidadãos e empresas);

2.7. demais imposições da União, dos Estados e dos Municípios.

3. *Repartição de receita de impostos* (art. 145, § 1.º):

A União transfere, de imediato, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios as partes correspondentes aos percentuais a serem fixados em lei complementar.

4. *Observações:*

4.1. Erradamente, no artigo 4.º *revoga* o capítulo Do Sistema Tributário Nacional (arts. 145 a 162 da CF/88), apesar de substituir apenas a redação do artigo 150.

4.2. Tecnicamente, mais adequado seria *suprimir* na Constituição os dispositivos que não mais devem vigorar.

13. *Emendas n.º 4 e 5/92 do Deputado Fernando Diniz à PEC n.º 48/91.*

1. *Impostos federais* (art. 153):

Acrésceta na competência da União o imposto sobre a produção, circulação, distribuição ou consumo de *combustíveis líquidos e gasosos* e seus derivados, cuja receita deveria ser aplicada exclusivamente na construção, conservação e melhoria de rodovias.

2. *Repartição de receita* (art. 159):

Destina 30% da receita do proposto imposto sobre combustíveis aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, mediante convênios. Portanto, se as autoridades federais postergarem a celebração dos convênios, ficarão com toda a receita.

3. *Contribuições à seguridade social* (art. 195) – *Emenda n.º 5:*

3.1. *Substitui* a contribuição dos empregadores, incidente sobre a folha de salários, o faturamento e o lucro, assim como a contribuição dos trabalhadores, pela contribuição sobre a movimentação ou transmissão de titularidade de numerário, crédito ou direitos. Fixa em 0,3% a alíquota máxima desse imposto vinculado e destina 75% da receita ao setor *saúde* (percentuais que sequer deveriam figurar em Constituição Política).

3.2. *Mantém* a contribuição sobre a receita de concursos de prognósticos.

14. *Emenda n.º 6/92 do Deputado Luís Roberto Pontes à PEC n.º 48/91.*

1. *Impostos do sistema tributário nacional* (art. 153):

1.1. *Da competência da União* (art. 153, § 3.º):

1.1.1. Imposto sobre movimentação ou

transmissão de titularidade, de numerário, créditos ou direitos, através de instituições financeiras, destinada a receita à *seguridade social* (art. 156).

1.1.2. Imposto sobre a produção, circulação, distribuição ou consumo de bebidas, veículos (sem restringir aos automotores!), energia, tabaco, petróleo e combustíveis líquidos e gasosos e seus derivados, serviços de telecomunicações e, quando definidos em lei como ativo financeiro ou instrumento cambial, de ouro e outros metais preciosos, pedras preciosas e semipreciosas, imposto que incidiria uma única vez sobre os bens e serviços (acrescentou na incidência em vigor os outros metais e as pedras).

1.1.3. Imposto sobre o comércio exterior (portanto sobre importações e exportações, representando, na realidade, dois impostos).

1.1.4. Imposto sobre o lucro da pessoa jurídica.

1.2. *Competência adicional da União* (art. 154).

1.2.1. Impostos extraordinários na iminência ou no caso de guerra externa (suprimida a errônea referência na Constituição de que esses tributos podem ou não estar na competência tributária da União).

1.2.2. *Suprime*, por falta de repetição, a competência para instituir outros impostos.

1.3. *De competência a definir em lei complementar: Imposto sobre a propriedade imobiliária* (portanto tanto urbana quanto rural).

2. *Empréstimos compulsórios* (art. 148, não colocados, erroneamente, no Sistema Tributário Nacional, pois são impostos restituíveis).

2.1. *Preserva* à União a competência para instituir empréstimos compulsórios para atender despesas extraordinárias decorrentes de calamidade pública, de guerra externa ou de sua iminência (inciso I, devendo a iminência referir-se apenas à hipótese de guerra).

2.2. *Suprime*, por falta de repetição, a hipótese de investimento público (inciso II).

3. *Contribuições paraíscais* (arts. 149 e 150, também não referidos no Sistema Tributário Nacional, apesar de serem imposições com todas as características de tributos):

3.1. *Mantém*, implicitamente, na competência da União, as seguintes contribuições sociais estabelecidas nos artigos 195–II–III e 240 (porquanto o art. 3.º da emenda revoga apenas

o inciso I do art. 195, que estipula as contribuições dos empregadores):

3.1.1. dos trabalhadores;

3.1.2. sobre a receita de concursos de prognósticos;

3.1.3. das empresas em benefício das entidades privadas do sistema SENAI/SENAC, SESI/SESC e similares (deformação tributária mantida no art. 240).

3.2. *Proíbe* expressamente as contribuições seguintes (com muito acerto, inclusive para extinguir os numerosos impostos disfarçados):

3.2.1. de intervenção no domínio econômico;

3.2.2. de interesse de categorias profissionais ou econômicas (na realidade no interesse de entidades estatais e sindicais);

3.2.3. outras contribuições não confirmadas.

3.3. *Permite* aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios instituir contribuição de seus servidores para custeio dos respectivos sistemas de previdência e assistência social (igual ao art. 149, parágrafo único, da Constituição de 1988).

4. *Princípios gerais para os tributos* (art. 145):

4.1. Limita as taxas ao custo da prestação (este teria que ser conhecido antecipadamente e com precisão!).

4.2. Limita a contribuição de melhoria ao custo da obra pública (como era anteriormente à Constituição de 1988, como alternativa à valorização do imóvel).

5. *Partilha da receita* (art. 155):

O montante da arrecadação dos impostos da União, excluído o imposto sobre movimentação e transmissão de dinheiro, seria distribuído na seguinte proporção (que não se reveste da perenidade esperada de uma Constituição Política):

34% para a União;

40% para o Fundo de Participação dos Estados e DF;

25% para o Fundo de Participação dos Municípios;

1% para financiamento do setor produtivo das Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, assegurada ao semi-árido metade dos recursos destinados à Região.

6. *Observação*: A emenda do Deputado Ponte ainda contém numerosas regências afins.

15. *Proposta do Professor Ives Gandra da*

Silva Martins

1. *Impostos da União* (art. 153):

1.1. Imposto sobre a *importação e exportação* de produtos (portanto exclui serviços e compreende dois impostos, necessariamente com fatos geradores e alíquotas diferentes).

1.2. Imposto sobre a *renda e proventos*.

1.3. Impostos, extraordinários em caso de *guerra* (externa ou interna, por falta de especificação, enquanto que a Constituição de 1988 e as anteriores só permitem na guerra externa).

2. *Impostos dos Estados e do Distrito Federal* (art. 155):

Imposto sobre operações relativas à *circulação* (na realidade negociação) de *mercadorias* e à prestação de *serviços* (o mesmo ICMS da Constituição de 1988).

3. *Impostos dos Municípios* (art. 156):

Imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana e rural (por conseguinte o IPTU mais o ITR, cujas alíquotas e finalidades continuarão sendo diferentes).

4. *Empréstimos compulsórios* (art. 148):

4.1. *Resguarda* para a União a faculdade de instituir empréstimos compulsórios para atender despesas extraordinárias decorrentes de calamidade pública ou de guerra externa.

4.2. *Suprime* empréstimos nas hipóteses de iminência de guerra e de investimento público urgente e de relevante interesse nacional.

5. *Contribuições parasfiscais* (art. 149):

5.1. *Reserva* à União competência para instituir uma contribuição social sobre *pagamentos e recebimentos bancários*, para atender à seguridade social (portanto um imposto vinculado e injusto, porquanto sua base de incidência nenhuma relação tem com a previdência e a assistência social).

5.2. *Extirpa* as demais espécies de contribuições.

6. *Partilha de receita de impostos* (arts. 157 a 160):

6.1. *Atribui* à União 40% do imposto estadual e do imposto municipal (art. 157).

6.2. *Atribui* aos Estados 35% do imposto de renda e proventos (da União) e do imposto municipal sobre a propriedade predial e territorial urbana e rural (art. 158).

6.3. *Atribui* aos Municípios 25% dos impostos federais sobre importação, exportação e renda, assim como do ICMS dos Estados (art. 159).

6.4. *Atribui* ao Distrito Federal, separada-

mente, 35% do imposto sobre importação e exportação, bem como do imposto de renda e proventos (art. 160).

6.5. Por falha de técnica legislativa, *erra na partilha de impostos da União*, ao distribuir duas parcelas de 35% do Imposto de Renda (uma aos Estados e outra ao DF, em vez de incluir a parcela deste naquela), mais 25% aos Municípios, com o que a União estaria transferindo 95% de sua receita de Imposto de Renda e ficaria com apenas 5%. O erro resultou do fato de a partilha ser determinada em artigos distintos (158, 159 e 160)

16.2: *Substitutivo do Relator Deputado Benito da Gama*

(Origem da Emenda n.º 3, de 1993, à Constituição de 1988.)

1. *Impostos Federais* (art. 153):

1.1. Tentou *incluir* apenas nas incidências do IPI os *derivados de petróleo e combustíveis*, retirando-os das incidências do ICMS. Porém, os derivados de petróleo formam uma variedade imensa de produtos petroquímicos, incluindo plásticos e até pomadas medicamentosas, então já alcançados pelo IPI, tendo sido *rejeitada* aquela incongruente extensão. Entretanto, absurdamente a Emenda Constitucional n.º 3, de 17.3.93, acrescentou todos aqueles derivados do petróleo, mais os serviços de telecomunicações, no dispositivo constitucional que restringe ao ICMS e aos impostos de importação e exportação a tributabilidade da energia elétrica, dos combustíveis líquidos e gasosos, dos lubrificantes e dos minerais (art. 155, § 3.º). Com isso, inversamente, passou a impedir a tributabilidade mediante o IPI do vasto universo de produtos derivados do petróleo, apesar de industrializados e de função igual à dos produtos feitos com outras matérias-primas. Quanto aos combustíveis, a mesma Emenda n.º 3 acolheu seu destaque e suprimiu a explicitação aos líquidos e gasosos, com o que limitou aos três citados impostos também a tributabilidade do carvão vegetal e mineral e qualquer outro combustível, o que não parece ter relevância para o ajuste fiscal reivindicado pelo Governo Federal.

1.2. *Transferia* aos Estados e ao Distrito Federal o imposto sobre a propriedade territorial rural.

1.3. *Facultava a diferenciação de alíquotas do IPI* conforme a região ou o setor (produtivo), sob o pretexto inatingível de assegurar

equilíbrio sócio-econômico (§ 3.º, inciso IV)! Introduziria odiosa desigualdade entre os consumidores e as indústrias, além de tornar mais complexa a legislação e mais onerosa a fiscalização. Acertadamente foi *rejeitado* o citado inciso IV que, de resto, nem figurava nas emendas.

1.4. *Repetia* a ficção jurídica de considerar o *ouro* um ativo financeiro ou instrumento cambial, favorecendo especuladores do metal (§ 4.º). A seguiu o mau exemplo introduzido pela Constituição de 1988, nessa negação de mineral ao ouro, futuramente poderiam ser tratados dessa maneira *outras mercadorias* que pudessem representar reserva de valor ou instrumento para troca por moedas estrangeiras ou para pagamento de importações (apesar de a lei não autorizar o uso de ouro em tais operações). Essa extensão, aliás, já foi tentada para pedras preciosas e semipreciosas.

2. *Impostos Estaduais* (art. 155):

2.1. *Suprimia* o adicional ao imposto federal sobre rendas e proventos (que estava no inciso II). Essa pretensão foi acolhida na Emenda Constitucional n.º 3, porém com efeitos só a partir de 1.1.96, com diminuição da alíquota (atual de 3%) para, no máximo, 2,5% em 1995.

2.2. *Transferia* da União para os Estados o imposto sobre propriedade territorial rural. Mas mantinha a distribuição de 50% da receita para os Municípios.

2.3. *Reiterava* para os Estados o imposto sobre transmissão *causa mortis* e doação, de quaisquer bens ou direitos. A *doação* deveria ser explicitada, pois enquanto não restringida, abrange até os presentes ou mimos!

2.4. *Mantinha*, outrossim, o antifederativo ICMS, inclusive repetindo nos fatos geradores a imprópria "circulação" em vez de corrigir a incidência para "venda" de mercadorias. Mas transferia para a incidência do IPI os combustíveis.

2.5. *Preservava* para os Estados, ainda, o imposto sobre propriedade de veículos automotores, inclusive o rateio de 50% entre os Municípios.

17. *Conclusões*

Indubitavelmente, falido está qualquer sistema tributário em que a receita arrecadada corresponde a menos da metade dos impostos que deveriam ser pagos.

Embora essa seja a realidade brasileira, isso não significa que o sistema tributário seja causa do desequilíbrio das finanças públicas. Esse

diagnóstico não é prejudicado pelas deformações contidas nas espécies tributárias nem na gravocidade das alíquotas.

Para reformular o sistema tributário, deveria primeiro perquirir as causas do descumprimento ao dever tributário no Brasil, das quais foram listadas 15 principais no título VI. Delas merecem destaque as seguintes, que predominam na situação presente:

1.ª) o peso exagerado dos encargos tributários com que as Fazendas federal, estaduais e municipais – inclusive suas autarquias e outros organismos autônomos – exploram os cidadãos e as empresas, até disfarçando impostos sob os nomes de taxas, contribuições e serviços, inclusive sem criação em lei formal e cometendo também outras inconstitucionalidades, mais as deslealdades e desonestidades contra os contribuintes, confiando em que a maioria não recorra ao Judiciário;

2.ª) os vultosos desvios de dinheiros públicos, para os quais sempre houve recursos disponíveis, parecendo razoável inferir que seus valores totais devam ser muito superiores aos das fraudes comprovadas pelas duas Comissões Parlamentares de Inquérito – contra o Governo Collor em 1991 e contra membros da Comissão de Orçamento do Congresso Nacional em 1993 – porque resultantes de denúncias públicas e não de descobertas pelos órgãos de auditoria interna e externa;

3.ª) má-aplicação de outras parcelas significativas da receita, quer mediante desperdícios de toda sorte, quer dando prioridade eleitoreira ou corporativa na destinação de verbas, quer, ainda, mantendo órgãos, fundações ou empresas de custo muito superior ao benefício produzido.

No que concerne à quantidade imensa de tributos – ostensivos e camuflados – cobrem despesas com serviços necessários mas também alimentam parasitismos estatais. Nos últimos anos cresceram e se disseminaram os gastos com publicidade, em geral para autopromoções ou granjear simpatias dos meios noticiosos e até ajudar empresas de *marketing*, divergindo do passado em que tais divulgações ocorriam sob a forma de notícias gratuitas.

O exagero tributário pode também ser exemplificado na taxa de licenciamento de veículos cobrada pelos Estados e pelo Distrito Federal, a cada ano, cumulativamente ao Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores (CF, art.

155, III). Ora, aquela taxa só deveria ser admitida quando do registro do veículo ou quando mudar suas características ou seu proprietário, pois no curso posterior a administração de trânsito não presta ao proprietário do veículo nenhum serviço específico nem é onerada por este com a provocação de outro serviço que pudesse justificar a cobrança em razão do poder de polícia. Outro exemplo de cobrança exorbitante de tributo reside nas chamadas anuidades lançadas pelos Conselhos e Ordens de fiscalização do exercício de profissões regulamentadas, no desempenho descentralizado da competência da União para “organizar, manter e executar a inspeção do trabalho” (CF, art. 21, XXIV). Tais autarquias, a partir de 1990, passaram a desprestigiar os limites máximos prudentemente estabelecidos pela Lei n.º 6.994, de 26.5.82, impelindo espoliados a impetrem mandados de segurança, felizmente acolhidos pelo Judiciário, apesar do que aquelas instituições federais vêm renovando a arbitrária cobrança nos anos seguintes. Além dessa contribuição, a Ordem dos Advogados conseguiu inscrever em lei o privilégio de receber um adicional de 10% sobre as custas judiciais, pago por qualquer pessoa que peça a proteção judicial! Hodiernamente seria aconselhável reavaliar a necessidade de tais autarquias brasileiras, exceção no mundo e remanescentes das medievais corporações de ofício. Outras autarquias federais, estaduais e municipais cobram taxas por elas mesmas criadas à revelia do respectivo Poder Legislativo. No sentido de abolir de vez todos esses abusos, a emenda do Deputado Luís Roberto Pontes encontrou um caminho, decretando a extinção total de todos os impostos e contribuições não expressamente mantidos na emenda (art. 2.º).

Para a prevenção e a repressão das fraudes e outras lesões patrimoniais e financeiras das instituições estatais, os fatos evidenciam a ineficácia do tradicional sistema brasileiro de tribunais de contas, que contraproducentemente acumulam a função judicante-administrativa sobre gestores e a função auditorial. Os Poderes Legislativos – da União e dos Estados Federados – estão desprovidos de órgão de auditoria externa para assisti-los na fiscalização permanente que devem exercer sobre o patrimônio e as finanças nos Três Poderes. O Senador Jutahy Magalhães teve a iniciativa lúcida de apresentar sucessivas emendas ao Projeto de Constituição, em 1987 e 1988, no sentido de criar no Congresso Nacional a Auditoria Geral da União, semelhante aos modelos adotados na Grã-Bre-

tanha, Estados Unidos da América, México, Venezuela, Chile, Peru e mesmo na China. Mas os interesses contrariados com a perda de posições e com a perspectiva de efetivo controle legislativo, mais o desconhecimento da matéria, fizeram com que a Comissão Temática rejeitasse em cada fase aquelas emendas. Coincidentemente, aquela Comissão Temática era presidida pelo principal denunciado do tráfico de emendas orçamentárias objeto de investigação pela CPI criada mediante o Requerimento n.º 151/93-CN! Contraditoriamente, o Governo Itamar Franco dificultou mais a materialização da proposta, ao criar, mediante a Medida Provisória n.º 309, de 16.10.92, a Auditoria Geral da União no Ministério da Fazenda, acertadamente diminuída para Secretaria de Controle Interno na conversão para a Lei n.º 8.490, de 19.11.93, pois não teria condições para fiscalizar sequer os atos dos dirigentes dos Ministérios, quanto mais os atos das autoridades dos Poderes Legislativo e Judiciário. Perdulariamente, citada Medida Provisória criou a desnecessária Ouvidoria-Geral da República, apenas para receber, encaminhar e responder denúncias, erigindo-se mais em órgão corporativo cujo custo supera em muito seus benefícios. Contrário senso, faltam auditores e recursos materiais nas Secretarias de Controle Interno de cada Poder, além de adequado posicionamento debaixo da maior autoridade, para serem eficazes no cumprimento de sua função auditorial sobre os controles do patrimônio e da gestão financeira.

Nos desperdícios destacam-se as obras inconclusas ou abandonadas, muitas delas ainda superfaturadas. Há que considerar, outrossim, as deteriorações e os furtos de estoques reguladores adquiridos pelo Governo Federal, cujos custos para os contribuintes passam a ser superiores aos acréscimos de preços que pagariam sem aqueles estoques, acabando por suportar ambos os encargos. Muitos desperdícios também ocorrem com desnecessários ou superpostos órgãos públicos, especialmente sob artificiosas fundações e empresas que não produzem receitas suficientes para se manterem e se transformaram mais em centros de corporativismo ou de empreguismo, com cabeças gigantes na Capital da República para fazerem muito pouco nas ramificações geográficas. Nos desperdícios ainda podem ser incluídos os altos custos causados pela contínua tomada de empréstimos externos, porquanto a conversão das divisas estrangeiras para a moeda nacional compete a União a emitir títulos bem remun-

nerados para recolher dinheiro equivalente, a fim de não agravar a inflação, podendo ainda ocorrer fraudes sem possibilidade de fiscalização fora do País. Aliás, merece estranheza essa ânsia de contrair dívidas nos países ricos, sendo oportuno lembrar o lúcido alertamento de Abraham Lincoln, o grande presidente da unificação dos EUA, de que não se faz desenvolvimento estável mediante endividamento.

Certamente necessita de aperfeiçoamentos o sistema tributário brasileiro, principalmente para harmonizá-lo com o princípio federativo de autonomia dos Estados para administrarem suas finanças. Então, a União precisa limitar-se a cuidar de seus assuntos financeiros, sem intrometer-se com os impostos que a Constituição atribui às unidades federadas, como limitação de alíquotas, isenções, forçar convênios entre os Estados etc. Inicialmente, nos Estados não poderia haver imposto sobre valor agregado, como o ICMS, porque além de ser de alto custo administrativo, não pode ser inteiramente fiscalizado quando a venda é indicada para comprador situado em outro Estado, ensejando vultosas sonegações. Outrossim, não poderia haver no Governo Federal órgão como o Conselho Fazendário Interestadual, em que Secretários estaduais acordam alíquotas tributárias antecipando-se e mesmo superpondo-se às respectivas Assembléias Legislativas. Por outro lado, os fundos de participação teriam que ser reduzidos ao mínimo, pois é preferível para alguns Estados e muitos Municípios deixarem de tributar habitantes e empresas situados em seus espaços geográficos e receberem transferências de receitas produzidas por outros. A autonomia implica auto-suficiência, cabendo a cada Estado e Município prover os recursos para suas necessidades, salvo exceções transitórias. Fosse atendido esse princípio federativo, o Ministério da Fazenda, que alegava necessidade de podar US\$20 bilhões no Orçamento de 1992, poderia ter suprimido doações no valor de US\$13,7 bilhões, referentes a renúncias de receitas, subvenções a entidades supostamente filantrópicas e educacionais e, ainda, a transferências voluntárias para governos estaduais e municipais e que encobrem privilégios ou tráficos políticos (*Gazeta Mercantil* de 6.11.93). Só as transferências negociadas de verbas federais para obras municipais equivaleram a US\$6 bilhões em 1993 (*Gazeta Mercantil* de 5.11.93), prestando-se a malversações de difícil fiscalização.

Por herança imperial e ditatorial, a União

procurou aniquilar a Federação e, por efeito, tolher a auto-suficiência tributária dos Estados e a liberdade produtiva, regulando quase tudo. A Constituição de 1988 seguiu a mesma trilha e ampliou a competência da União até para instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes municipais, como se fossem semelhantes as situações e os problemas de todas as cidades brasileiras (art. 21, XX). Mas os próprios Estados brasileiros, reciprocamente, habituaram-se a suprir suas necessidades financeiras dos cofres federais e, implicitamente, dos cofres dos Estados mais produtivos, por meio dos fundos de participação e das transferências negociadas. Isso gerou uma espécie de parasitismo interestadual e uma cultura de difícil transformação.

Nenhuma das propostas tributárias incentiva o federalismo, que pulveriza os riscos de corrupção, incentiva a criatividade descentralizada e induz os contribuintes a fiscalizar o destino dos impostos que pagam. A proposta do imposto único sequer poderia ser examinada à vista da proibição contida no artigo 60, § 4.º, inciso I, da Constituição, porque não só tende a abolir a forma federativa de Estado mas a suprime de fato, pois Estado Federado sem poder de tributar não possui autonomia. O atropelamento do princípio federativo também se materializou na tributação, pela União, das receitas dos Estados e Municípios, mediante a chamada contribuição para o PASEP, instituída no tempo da ditadura militar, mas também agora, em 1993, em pleno Estado democrático de direito (CF, art. 1.º), mediante o monstruoso Imposto sobre Movimentação Financeira, além do que suprimindo em relação a ele a garantia constitucional contra a cobrança no ano da decretação!

Por conseguinte, é necessário ampliar o campo de tributação dos Estados e dos Muni-

cípios e diminuir, acentuadamente, o repasse de receitas da União para eles. E atribuir aos Estados e Municípios a responsabilidade de administrar os assuntos de interesse de suas populações, reservando à União a incumbência de administrar os problemas interestaduais, regionais e nacionais.

Nos ataques ao sistema tributário nacional chegou-se a propagar a inverdade de que nos Estados Unidos da América não eram transferidos impostos na exportação de produtos e serviços. Isso é falácia, pois naquela plena República Federativa o imposto sobre exportação é da competência dos Estados Federados e eles não abrem mão desse seu direito até nas exportações entre eles, sem possibilidade de intromissão federal.

Na formulação e distribuição dos impostos convém evitar a necessidade de fiscalização cumulativa dos mesmos fatos geradores, por diferentes pessoas tributantes, a fim de minimizar os custos de controle das obrigações tributárias, tanto das empresas quanto dos fiscos.

Mas a solução dos problemas financeiros enfrentados pelas Fazendas Públicas, há numerosos anos, é predominantemente de gerência, fiscalizando bem o cumprimento do dever tributário e melhor ainda a aplicação da receita pública. Se forem impedidas vultosas fraudes e desperdícios, sobriariam recursos, não havendo necessidade efetiva de aumento de impostos, podendo, ao contrário, ser diminuídas as gravosas alíquotas que atualmente sacrificam os contribuintes brasileiros. Conquistada a credibilidade dos cidadãos e das empresas – com boa administração financeira – crescerá a receita tributária e será mais fácil corrigir deformações existentes no sistema tributário em vigor, o que, prudentemente, deveria ser realizado paulatinamente após pleno convencimento da necessidade de cada modificação.

O artigo 4º da Lei nº 4.384/64: observações sobre sua aplicabilidade às pessoas de direito privado

RUBEM RODRIGUES NOGUEIRA JR.

O primeiro mandado de segurança de que dão notícia os arquivos do Setor Jurídico da Bahia data de janeiro de 1991. Posso dizer, portanto, que nos meus primeiros quinze anos como advogado da Petrobrás não acompanhei, nem tive conhecimento de que nenhum dos meus colegas acompanhasse um só caso desses. Até então nos parecia remota e improvável a possibilidade de alguém impetrar segurança contra ato de nossos gerentes e ainda mais remota e mais improvável a de ser concedida.

Assim pensávamos por inspiração da própria Lei n.º 1.533/51, de cujo art. 2.º consta que o ato ilegal passível de cassação pelo mandado de segurança deve provir de *autoridade*. Essa índole de remédio jurídico contra excessos de autoridade e desvios de poder foi realçada na Carta de 1988, segundo a qual o mandado de segurança objetiva a proteção de direito líquido e certo, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuição do poder público. Nossa convicção era portanto a de que não caberia mandado de segurança contra atos de dirigentes da Companhia, visto não serem eles autoridades, nem exercerem atribuições do poder público, como a Constituição e a lei expressamente mencionam.

Aliás, este segue sendo o nosso ponto de vista, porquanto não enxergamos na atuação dos dirigentes da Petrobrás senão atos de mera gestão, despidos de qualquer traço de autoridade ou império e sem isso não se pode falar em mandado de segurança. O ato ensejador do mandado de segurança é exclusivamente aquele praticado por agente ou representante do Estado, no desempenho de função pública. Cre-tella Jr. encampa a definição de ato de autoridade

Rubem Rodrigues Nogueira Jr. é advogado –
Membro do Instituto dos Advogados da Bahia.

Texto revisto de palestra proferida no 1.º Encontro de Advogados da Petrobrás, Bahia, 4 de janeiro de 1995.

de formulada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo:

“é toda manifestação do poder público ou de seus delegados, no desempenho de suas funções ou a pretexto de exercê-las”.

Portanto, o ato contra o qual em princípio se concederá mandado de segurança para a proteção de direito líquido e certo é *ato de poder*, seja do poder legalmente deferido a agente público, seja daquele decorrente de delegação para desempenho de funções ou prestação de serviços públicos.

Evidentemente não é possível abranger na categoria de *agentes do poder público* os administradores e gerentes da Petrobrás, que são meros empregados de pessoa jurídica de direito privado.

A partir de 1991, porém, tornou-se comum a impetração de mandado de segurança contra atos de dirigentes da Companhia: hoje, é frequente a suspensão de licitações, concursos, tomadas de preços, etc. por medidas liminares concedidas em mandado de segurança. Elas provêm tanto da justiça comum quanto da federal e é raro o magistrado, de uma ou de outra, não deferir de plano a tutela antecipada. Não obstante o elevado número de mandados de segurança impetrados e concedidos contra atos de nossos administradores, ainda não colhemos nenhum pronunciamento do Judiciário sobre o cabimento dessa medida contra atos praticados por gerentes da Petrobrás. Contam-se até aqui medidas liminares, que conduziram a acordos e transações, outras que foram suspensas por decisão da Presidência do Tribunal e ainda outras que se mostraram inócuas, levando o impetrante à desistência, mas em nenhum caso chegou-se a decidir a preliminar de inadmissibilidade do *writ*, que invariavelmente suscitamos. Valerá a pena insistir nessa tese, que até aqui a justiça não se dignou de analisar nem sequer para rejeitar fundamentadamente?

Entendo que sim, porque estou convencido de que prevalecerá perante os tribunais. Observem que a melhor doutrina indica esse caminho. J. M. Othon Sidou esclarece que quanto às pessoas jurídicas de direito privado “a garantia tem cabimento somente no que se relaciona com as funções atribuídas”. Assim, avança o acatado doutrinador, “se ao Estado é lícito transferir tanto a organismos autonomizados (autarquias, empresas públicas, fundações, sociedades de economia mista) como também a entidade privada, tarefas cuja execução lhe in-

cumbe, o ato que seria primitivamente reservado ao Estado e que foi objeto de delegação ou contrato, é vulnerável pelo remédio de garantia se produto de ilegalidade ou abuso de poder”.

Nessa ordem de idéias, visto que os únicos atos *primitivamente reservados ao Estado* praticados pela Petrobrás por delegação são as desapropriações e a imposição de servidões sobre a propriedade particular, apenas o que se vinculasse a estes ficaria sujeito à ação de mandado de segurança, porque somente nessas hipóteses agiria a Petrobrás com parcela do poder, do império estatal.

Quanto aos demais atos de seus órgãos ou administradores, situam-se no âmbito de incidência das regras do Direito Civil e do Direito Comercial, já que, no curso do seu funcionamento, os entes paraestatais não gozam de nenhum privilégio relativamente aos particulares, por força do que dispõe a Constituição no parágrafo 1.º do art. 173:

“A empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias.”

Esse preceito traduz *norma de equiparação*, de acordo com a interpretação do STF (cf. MS 21322-1-DF. Rel. Min. Paulo Brossard. in *Revista LTr.*, vol. 57, n.º 9, pp. 1092/1099), e veda a atribuição de prerrogativas exclusivas aos órgãos da administração descentralizada com personalidade jurídica de direito privado. É esclarecedora a lição de Celso Bastos em seus comentários à Constituição, aliás transcritos no voto do Min. Celso de Mello (ac. cit., p. 1097):

“...o que se procura é que a empresa pública, a sociedade de economia mista e outra entidade que explore atividade econômica submetam-se ao regime jurídico previsto para as empresas privadas. Com que finalidade? Na verdade, com o propósito de impedir que o Estado, exercendo atividade econômica, se valha de um regime jurídico privilegiado, que torne a sua competição com a empresa privada desastrosa para esta. Em outras palavras: o Estado quer abstrair-se da sua condição de poder público para atuar no meio dos particulares, com eles competindo em condições isonômicas”.

Embora a doutrina e a jurisprudência, como se vê, recusem às sociedades de economia mis-

ta a parcela de poder público que poderia legitimar a impetração de segurança contra atos de seus administradores, tal não se tem refletido nos pronunciamentos jurisdicionais do primeiro grau, instância que persevera na admissão de ações mandamentais para cassação de atos comuns da gestão dessas pessoas jurídicas.

Isso contribui para agitar o debate em torno da recorribilidade das decisões interlocutórias proferidas em mandado de segurança. Esse questionamento não é recente e suscita acesa controvérsia tanto em doutrina quanto na jurisprudência.

A vertente doutrinária mais enfática, embora ainda minoritária, é liderada por Calmon de Passos e Barbosa Moreira. Malgrado a enorme autoridade intelectual desses dois juristas e a incontestável coerência técnica das demonstrações racionais por eles desenvolvidas no sentido de evidenciar a recorribilidade dos proventos em foco, não reuniram em torno de si, ao que parece, a maioria das opiniões.

Segundo Calmon,

"a decisão sobre liminar em mandado de segurança é concessão ou denegação de medida cautelar, e medida cautelar que se traduz em antecipação da tutela, decisão que envolve, necessariamente, o exame da lide, em seus aspectos de fato e de direito, portanto decisão recorível. E hoje mais do que nunca recorível, por força de mandamento constitucional (art. 5.º, LV) que de uma vez por todas afasta o risco das decisões insuscetíveis de controle, mesmo do controle interno pelo próprio Poder Judiciário" (Mandado de Segurança Coletivo Mandado de Injunção Habeas Data [Constituição e Processo], Forense, Rio, 1989, p. 52).

Não obstante Barbosa Moreira, por seu turno, demonstre, com rigor técnico implacável, o cabimento dos recursos disciplinados no CPC contra as decisões proferidas em mandado de segurança, não é esta a doutrina que vem prevalecendo nos tribunais superiores.

Ao argumento de preservar a celeridade, a presteza e a efetividade do *mandamus*, a tese vitoriosa no STF e no STJ é a da irrecorribilidade da decisão judicial sobre liminar em mandado de segurança. A esse respeito, Othon Sidou sustenta que da medida liminar não há recurso:

"Malgrado a imprecisão terminológica do Código de Processo Civil brasileiro, com respeito a 'despacho' e a 'sentença', os atos judiciais por ele disciplinados classificam-se em: a) despachos, os do mencionado art. 504 ('de mero expediente'); b) decisões interlocutórias", as tratadas nos arts. 162, parágrafo 2.º e 522, ao disciplinar o cabimento do agravo de instrumento, recurso típico das questões controversas relativas à marcha do processo; c) sentenças, as terminativas, quando extinguem o processo sem julgamento do mérito (...), e as definitivas, quando extinguem o processo com julgamento do mérito (...). Não há, em primeiro grau de jurisdição, outro ato do juiz, quanto à classificação.

Do exposto observa-se que se a medida liminar concessiva da segurança não é sentença, terminativa ou definitiva, cujo recurso seria a apelação, e se não é decisão interlocutória, porque não decide questão controversa relativa à regularidade ou à marcha do processo, e cujo recurso seria o agravo de instrumento, então, por princípio excludente, é 'despacho de mero expediente', a que se refere o art. 504, para inadmitir recurso". (in *As garantias Ativas dos Direitos Coletivos Segundo a Nova Constituição*, 4.ª ed., Forense, Rio, 1992, pp. 262/263).

Prevalece no STJ o entendimento de que "o CPC não é subsidiário ao procedimento do mandado de segurança", a este se aplicando apenas, "como proposições basilares e diretoras, os princípios gerais do Processo Civil". Sob tal fundamento, conclui ser "incabível agravo de instrumento, em processo de ação de segurança, interposto com base no artigo 522 do Código de Processo Civil, porquanto os recursos cabíveis, em primeira instância, são apenas aqueles previstos nos artigos 8.º e 12 da Lei n.º 1.533, de 1951" (Resp. n.º 9.206-0-AM, RSTJ-47/85). Nesse julgamento manifestou dissenso o Min. Milton Pereira, mas foi acompanhado apenas pelo Min. Cesar Rocha, vencendo aí ainda uma vez a tese da irrecorribilidade da decisão sobre liminar em mandado de segurança.

Não existiria então meio processual de reformar, antes da sentença, a decisão concessiva de liminar em mandado de segurança? A Lei n.º 4.384, de 26.6.64, abre no art. 4.º a possibili-

dade de o Presidente do Tribunal competente para conhecer do recurso cabível suspender a execução da liminar e da sentença, mediante decisão fundamentada, em atenção a requerimento "de pessoa jurídica de direito público interessada" diante do risco de lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

Hely Lopes Meirelles (*Mandado de Segurança*, 14.^a ed., atualizada por Arnaldo Wald, Malheiros Ed., São Paulo, 1992) observa que

"a redação desse dispositivo é evidentemente defeituosa, porque não só a entidade pública como, também, o órgão interessado têm legitimidade para pleitear a suspensão da liminar, como, ainda, as pessoas e órgãos de direito privado passíveis da segurança e que suportarem os efeitos da liminar podem pedir sua cassação" (ob. cit., p. 61).

A doutrina do saudoso Mestre, sem embargo de sua extrema concentração, exprime ensino irreprochável. De fato, uma vez que se considere passível de segurança ou de suportar os efeitos da liminar uma entidade de direito privado, haverá ela de poder também dirigir-se ao Presidente do Tribunal para obter a suspensão de que trata o art. 4.^o da Lei n.^o 4.384. Trazendo o raciocínio para a nossa experiência particular, ou a Petrobrás, não é autoridade pública e assim não serão os seus agentes suscetíveis de sofrer ação mandamental, ou essa autoridade pública efetivamente se configura e então não se poderá negar-lhe a possibilidade de apelar ao Presidente.

O STF, em memorável julgado, assentou que a medida judicial adequada para obter a suspensão de liminar concedida em mandado de segurança é o requerimento dirigido à autoridade judiciária competente para conhecer do recurso contra a decisão definitiva do *mandamus*. Esse procedimento – diz o STF (RTJ-114/448) –

"não pode, evidentemente, ser substituído por mandado de segurança que visa à suspensão da liminar concedida em outro *writ*. O Supremo conclui, nesse aresto, que a suspensão da liminar "só é possível na hipótese excepcional admitida em nossa legislação: se requerida por pessoa jurídica de direito público ou pelo Procurador-Geral da República ao Presidente do Tribunal a que couber recurso contra a decisão final no mandado de

segurança e se houver grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas" (id., p. 455).

O STF, analisando outro caso à luz do art. 275 do seu Regimento Interno – regra análoga à do citado art. 4.^o –, pelo Min. Antonio Neder, se faz a seguinte indagação: "pode o requerente, pessoa natural ou privada, requerer a suspensão da segurança, quando é certo que o art. 275 do Reg. Interno do STF concede tal direito ao Procurador-Geral da República ou a pessoa de direito público interessada?" Respondendo-a, o Ministro chancela a doutrina que estende essa possibilidade às pessoas, independentemente de sua natureza jurídica, que tiverem de arcar com os ônus da liminar. Eis os termos da decisão, tal como se acha publicada na RTJ-92 (Suspensão de Segurança n.^o 114-SP, j. em 19.12.79, reqte. Wilhem Cossemelli, rqdo. o 1.^o TA-Civ.-SP, p. 939):

"O direito de pedir a suspensão da segurança deve ser concedido não só ao Procurador-Geral da República e à pessoa jurídica de direito público interessada, senão também às pessoas e às entidades que tenham de suportar os efeitos da medida" (p. 943). E assevera, conclusivo: "A todos aqueles que figurarem na ação de segurança, e que forem alcançados pela sentença concessiva do *writ*, deve conferir-se o direito de pedir a suspensão da medida" (id., ib.).

Ainda nesse julgamento, o Min. Antonio Neder, sublinhando a íntima analogia entre os artigos 275 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e o 4.^o da Lei n.^o 4.384/64, remete ao magistério de H. L. Meirelles, segundo o qual

"não só a pessoa jurídica, como também o órgão interessado tem legitimidade para pleitear a suspensão da liminar, como ainda as pessoas e órgãos de direito privado passíveis da segurança e que suportarem os efeitos da liminar podem pedir a sua cassação" (p. 943).

Portanto, a jurisprudência e a doutrina, majoritariamente, reputam irrecurável a decisão sobre liminar em mandado de segurança. Além disso, consideram inadmissível a impetração de mandado de segurança para cassar liminar concedida em outro *writ*.

Que pode fazer a pessoa jurídica de direito privado, então, para sustar medida liminar em

ação mandamental? O caminho único será o requerimento ao Presidente do Tribunal competente para julgar o recurso oponível à decisão do mandado de segurança .

Esse direito não pertence apenas à *pessoa de direito público interessada*, mas a todos os

que tiverem ostentado qualidade para figurar no pólo passivo da ação.

Esta é a tendência orientada pelo Supremo Tribunal Federal, interpretando a lei, como ensinava Hely Lopes Meirelles: *racionalmente, para a consecução dos fins a que se destina.*

O direito moral do autor e do inventor no quadro dos direitos da personalidade

MARCELO ROCHA SABOIA

SUMÁRIO

1. *Introdução.* 2. *Os direitos da personalidade.* 3. *Os direitos intelectuais.* 4. *A tutela judicial dos direitos intelectuais.* 5. *Conclusão.*

1. *Introdução*

O presente trabalho tem por objetivo explorar o mesmo tema em seus aspectos principais, tendo em vista sua inserção no quadro mais amplo dos chamados "direitos da personalidade", entendidos como os *direitos essenciais* emanados da personalidade humana.

Por outro lado, é de se frisar que, num certo sentido, o presente trabalho se enriquece com o fato prático que é a nossa experiência profissional na área da *propriedade industrial*, e também com a modesta monografia que escrevemos acerca do mesmo tema¹. É que, além das normas (constitucionais, civis e penais) comuns no que toca ao aspecto mais propriamente moral dos direitos de autor e de inventor, é na Lei n.º 5.772/71 (o chamado *Código da Propriedade Industrial*, em vias de ser reformado pelo Congresso Nacional) que vai o *direito do inventor* encontrar sua legislação específica, ao lado dos criadores das expressões de propaganda e das marcas de indústria, comércio e serviços.

Assim, iniciar-se-á por enumerar as principais características dos chamados "direitos de personalidade" em geral. Após, se delimitará os aspectos mais expressivos do "direito moral do autor e do inventor" no quadro daqueles direitos referidos - seu objeto, suas caracterís-

Marcelo Rocha Saboia é engenheiro civil, ex-diretor do I.R.B., tradutor público juramentado (patentes) no Rio de Janeiro. Pós-graduado em Direito pela UERJ, Assessor Legislativo da Câmara dos Deputados e colaborador de Alcoforado Advogados Associados S/C.

¹ Cf., SABOIA, Marcelo R. *A Tutela jurídica da propriedade industrial no direito brasileiro*, Rio de Janeiro, mimeo, ago. 1991.

ticas particulares, a tutela existente no que toca às violações de direitos autorais e da propriedade industrial (de forma sucinta naturalmente), bem como as normas (constitucionais, civis, penais e processuais) mais importantes, relativas à tutela de tais direitos no ordenamento pátrio, procurando-se delimitar o ténue limite existente (e que não gera pouca confusão, teórica e prática...) entre o direito do *autor* e o do *inventor*. Finalmente esboçaremos algumas conclusões genéricas acerca do tema.

2. Os direitos da personalidade

Os chamados "direitos da personalidade" ocupam posição singular no quadro mais amplo dos direitos privados. É a "tese prevalecente", que lhes garante autonomia e posição distinta no direito civil².

A personalidade, não se identificando nem com os direitos nem com as obrigações, é a essência de uma simples qualidade jurídica, constituindo um produto do direito positivo. É o que assegura De Cupis³, que utiliza a metáfora da "ossatura" para a personalidade. Esta assim "reveste-se" de direitos⁴, e mais especificamente de direitos subjetivos.

Pressionado pela realidade social, o ordenamento jurídico foi aos poucos (a questão do "objetivismo jurídico") acolhendo os anseios da consciência social que clamava pela tutela dos "direitos essenciais". Positivam-se então os "direitos da personalidade" em suas diversas formas: direito à vida e à integridade física; direito à integridade psicológica; direito à liberdade; direito à honra e à privacidade; o controvertido direito à imagem; o direito ao nome e, *last but not least*, o direito moral do autor e do inventor. Neste sentido, mencione-se a "Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão" francesa de 1789 e a de 1793 (também na França), como verdadeiros marcos da tutela aos direitos "essenciais", englobados então sob o problemático (a nosso ver) conceito de "direitos humanos". Foi o triunfo da "Escola do Direito Natural" sobre a "Escola Histórica"⁵. Não acolhidos pelo Código Napoleão, os "direitos da personalidade" vão paulatinamente ganhando

do espaço nas codificações, chegando afinal a serem mencionados no artigo XXVII, 2 da "Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão" de 10.12.48. Dai espalharam-se pelas Constituições e Códigos contemporâneos,

Outrossim, caracterizam o objeto dos "direitos da personalidade" um nexó "orgânico" com a pessoa e a identificação com bens de maior valor suscetíveis de domínio jurídico. Tal objetivo, entretanto, não é nem exterior ao sujeito, nem se confunde com o mesmo, o que garante a polémica doutrinária a respeito do quê da notícia De Cupis⁶, ao criticar a doutrina do "direito sobre si mesmo"⁷, que teria um "defeito de construção".

Caracterizam os "direitos da personalidade": a) seu caráter eminentemente privado. Há, entretanto, direitos públicos da personalidade, como os de "liberdade civil";

- b) são não-patrimoniais *absolutos*;
- c) são intransmissíveis;
- d) são imprescritíveis;
- e) são irrenunciáveis, o que acarreta sua indisponibilidade.

Tais características extraem-se, entre outros, das lições de De Cupis⁸, Carlos A. Bitar⁹, Arnoldo Wald, Maria Helena Diniz¹⁰ e Paulo D. Gusmão¹¹.

No plano da tutela judicial dos "direitos da personalidade", em que releva a *tutela penal* no particular (em que aquela vai depender da conexão, na norma penal, de um preceito e de uma sanção), avulta o problema de não se poder deduzir *direitos subjetivos* da personalidade da tutela penal. No plano civil, o processo visará assegurar, a pedido do interessado, a quantia que representa o *id quod interest*, já que não se pode obrigar a generalidade das pessoas a uma obrigação de não-fazer (não violar os direitos da personalidade). É a lição, mais uma vez, de De Cupis¹². Gera a ofensa a tais

⁶ *Ibidem*

⁷ *Ibidem*.

⁸ *Ob cit.*

⁹ Cf. WALD, Arnoldo. *Curso de direito civil brasileiro*, "Parte geral", São Paulo, Sugestões literárias, 1975.

¹⁰ Cf. DINIZ, Maria H. *Curso de direito civil brasileiro*. v. I, São Paulo, Saraiva, 1987.

¹¹ Cf. GUSMÃO, Paulo D. de. *Elementos de direito civil*, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1969.

¹² *Ibidem*.

² Cf. BITTAR, Carlos A. *Os direitos da personalidade*, Rio de Janeiro, Forense - Universitária, 1988.

³ DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*, Lisboa, Moraes, 1961.

⁴ *Ibidem*.

⁵ *Ibidem*.

direitos uma responsabilidade extra-contratual, que gera por sua vez um direito derivado e "novo" à indenização. Não se sujeitam, outrossim, em nenhuma hipótese, à "execução forçada"¹³.

Passemos ao direito moral do autor e do inventor.

3. Os direitos intelectuais

Os "direitos intelectuais" compõem-se de propriedade artística, científica e literária e da chamada "propriedade industrial" – mas sucintamente, integram os chamados "direitos autorais" e a propriedade industrial daquele gênero, cuja importância pode se ter idéia pela criação da OMPI – Organização Mundial da Propriedade Intelectual, integrante da ONU e com sede em Genebra, na Suíça, e pela acentuação do *elemento material* (pecuniário) característico destes direitos e que, no tocante à propriedade industrial, tem seu exemplo mais marcante. Algumas marcas são avaliadas atualmente em bilhões de dólares¹⁴.

Integram os direitos intelectuais o direito moral do autor/inventor e o material¹⁵, consistindo tal espécie de direito (cujo gênero, como já vimos, é o dos "direitos da personalidade") num direito que não é essencial mas que, *revelado, torna-se essencial. É o problema do corpus mechanicum* (expressão da obra no caso dos direitos autorais, e invento na propriedade industrial¹⁶).

Explicados por várias teorias no que respeita à sua natureza jurídica¹⁷, constitui tal espécie de "direito de personalidade" direito de *base ética* segundo Carlos A. Bittar¹⁸, incidindo sobre os produtos do intelecto, inseridos na realidade fática. Protegidos na Inglaterra desde 1862, após o Japão (1889) o Brasil foi, segundo Henry Jessen, a primeira nação na América Latina a inserir preceitos de caráter ético em sua legislação sobre direitos autorais¹⁹ (1898). Seguem-se as Convenções: Berna (1886); Berlim (1908);

Roma (1928), que consagra a *incidibilidade* dos direitos autorais, e ainda a Convenção Internacional de direitos autorais de 1952.

No Direito brasileiro, a Constituição Federal de 1988 dedicou os incisos XXVII, XXVIII e XXIX do artigo 5.º aos direitos intelectuais.

Os direitos autorais são objeto da Lei n.º 5.988/73 e considerados *MÓVEIS* para efeitos legais pelo Código Civil (art. 48, III), o que se pode estender, por analogia, aos direitos de propriedade industrial, objetos, como já referido, da Lei n.º 5.772/71-CPI e, quanto aos crimes contra a propriedade industrial, DL n.º 7.903/45 (mantidos certos dispositivos em vigor pelo art. 128 da Lei n.º 5.772/71)²⁰. Secundariamente, é de se mencionar ainda os artigos 1517 e 1566, VII do Código Civil, o Decreto n.º 4857/39 (registro das obras intelectuais) e ainda o artigo 5.º, p, do DL n.º 3.365/41 (desapropriação por utilidade pública de obra ou invento) como pertinentes aos direitos intelectuais.

Além das características comuns aos demais "direitos da personalidade", os direitos intelectuais são *inalienáveis* (cf. o art. 28 da Lei n.º 5.988/73 – o direito moral, frise-se) e, ao contrário daquelas outras espécies já mencionadas, são *transmissíveis* aos herdeiros no caso dos direitos autorais, salvo os "personalíssimos" (cf. arts. 42, parágrafos 1.º e 2.º, 48 e 52, parágrafo único, da Lei n.º 5.988/73). No caso da propriedade industrial, ao contrário, os privilégios (inventos) e os registros (expressões de propaganda e marcas) são concedidos *temporariamente* – o que é expressão da "função social da propriedade" estabelecida na Constituição Federal (art. 5.º, XXIII c/c 182, parágrafo 2.º) de 1988. Incidindo sobre bens incorpóreos/materiais, a natureza jurídica dos direitos intelectuais é de direito real sobre bens incorpóreos e *móveis* (exceto no caso do *nome comercial*). A questão é polêmica na doutrina²¹.

Os direitos *patrimoniais* do autor são os de uso, gozo e disposição da obra, o mesmo valendo para os do inventor/detentor de registro de expressão de propaganda ou marca²².

Já os direitos *morais* do autor vêm descritos no artigo 25 da Lei n.º 5.988/73, sendo "personalíssimos" os definidos nos incisos II, V e VI²³, sendo reduzida sua expressão quanto aos

¹³ Ibidem.

¹⁴ Cf. para maiores detalhes, nosso *A Tutela ...* cit.

¹⁵ É a lição de SILVA José A. da, *Curso de direito constitucional positivo*, São Paulo, Malheiros, 1992.

¹⁶ Conforme DE CUPIS, Adriano, ob cit.

¹⁷ Cf. JESSEN, Henry, *Direitos intelectuais*, Rio de Janeiro, itaipu, 1967.

¹⁸ Ob cit.

¹⁹ Ibidem.

²⁰ cf. nosso *A tutela...*, cit.

²¹ ibidem.

²² cf. SILVA, José A. de, ob. cit.

²³ Ibidem.

direitos de propriedade industrial (em que avulta a projeção econômica do privilégio ou do sinal distintivo). Unidos e integrados, segundo Carlos A. Bittar²⁴, o aspecto *moral* surge na criação da obra/invenção. É a idéia (que por si só não é protegida, bem como o *know-how* e a descoberta científica em si). O aspecto *materia*l só surge com a inscrição no *corpus mechanicum* e na comunicação ao público no caso dos direitos autorais e no uso de marcas ou invento na propriedade industrial²⁵. Exemplos de utilização patrimonial do direito de autor são a reprodução, a representação, a adaptação e a tradução da obra. No campo da propriedade industrial, o licenciamento de marcas e privilégios (a chamada "transferência de tecnologia") configura utilização patrimonial típica do direito do inventor/detentor de privilégio ou marcas/expressões de propaganda.

O *direito patrimonial* do autor/detentor é sempre, ao contrário do *moral*, exterior à pessoa e caracterizado por uma utilização econômica própria e distinta da obra/invento. É o que assegura De Cupis, entre outros. O *direito moral* liga-se, umbilicalmente, à "paternidade intelectual" da obra/invento²⁶.

4. A tutela judicial dos direitos intelectuais

A necessidade de tutela judicial (civil, penal e administrativa²⁷) aos direitos intelectuais nasce da constatação óbvia de que nem sempre, ou melhor, com freqüência costuma-se respeitar a propriedade intelectual. São os "plágios" dos direitos autorais e as "imitações" e "contrafações" da propriedade industrial. Em suma, é a *concorrência desleal* em sua acepção mais ampla.

A proteção jurídica às criações intelectuais recai tanto sobre os direitos *morais* como sobre os *patrimoniais* emanados daquelas.

No campo do direito autoral, H. Jessen²⁸ arrola as seguintes espécies de contrafações possíveis:

- a) reprodução, sem alteração, parcial ou total da obra, *com* menção do verdadeiro autor;
- b) reprodução, sem alteração, parcial ou total da obra, *sem* menção do verdadeiro autor;
- c) reprodução da obra, *com* alteração, vi-

²⁴ Ob. cit.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ Ob. cit.

²⁷ Cf. BITTAR, Carlos A., ob. cit.

²⁸ SABOIA, Marcelo R., *A tutela...*, cit.

sando apresentá-la como original de terceiro. É o famoso "plágio" (os grifos são nossos).

Assim, no plano civil e administrativo, tem o autor meios de impedir tais utilizações indevidas de sua obra, cabendo desde simples medidas administrativas até ações indenizatórias e cominatórias (arts. 159 do Código Civil c/c arts. 287 e 644 do Código de Processo Civil) para as diversas violações e usurpações possíveis (cf. arts. 121 – 130 da Lei n.º 5.988/73). No plano penal, os artigos 184 e parágrafos 1.º e 2.º e 185 do Código Penal tratam das violações de direito autoral e da usurpação de nome/pseudônimo alheio, cominando as penas respectivas. As "medidas cautelares" (civis e penais) também são cabíveis na tutela dos direitos autorais ("busca e apreensão", etc.). Imprescritível o direito *moral* do autor, a ação no caso de direito patrimonial do autor prescreve em 5 (cinco) anos (cf. art. 131 da Lei n.º 5.988/73).

No campo da propriedade industrial, como já frisamos em trabalho anterior²⁹, é também no preceito generalíssimo do artigo 159 do Código Civil que se vai buscar o fundamento da tutela civil às violações daquela, e ainda nas várias hipóteses definidas no CPI (Lei n.º 5.772/71), incluindo-se aí os meios *administrativos* (oposição, recursos, etc.) utilizáveis, cujo esgotamento é que vai possibilitar o acesso à via *judicial*. Assim, são cabíveis as mais diversas ações (geralmente de anulação de ato administrativo do INPI, órgão encarregado no Brasil de concessão de privilégios e registros de marcas e expressões de propaganda, sob a forma de autarquia federal tal como definido na lei que a criou (Lei n.º 5.648/70) na tutela de Propriedade Industrial, incluindo-se o (comum) "Mandado de Segurança" (art. 5.º, LXIX da CF c/c Lei n.º 1.533/51) e as (raras) "Ações possessórias" – artigos 920 e 330 do CPC. Nas ações ordinárias a competência é da "justiça federal de 1.º grau", com recurso para o TRF e ainda para o STJ (arts. 102, III, a; 105, III; 108, I, da CF) e STF se for o caso. Em *writ*, "autoridade coatora" será o presidente do INPI e competente da mesma forma aquela justiça especializada, incidente, sempre que presente o INPI na relação processual, o benefício de dilação dos prazos processuais (art. 188 do CPC)³⁰. Cabíveis também as "medidas cautelares" (inclusive as "inominadas") na tutela preventiva e satisfativa da propriedade industrial.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ Para maiores detalhes, cf. nosso *A tutela...*

No âmbito penal, vigoram por força do artigo 128 da CPI os artigos 159 e 189 do DL n.º 7.993/45 (antigo CPI). Quanto ao rito processual penal, a ação penal (ou queixa, conforme o caso) pode assumir diversas formas. Cabíveis, finalmente, “medidas cautelares” criminais (onde avulta, na prática, a “busca e apreensão”).

5. Conclusão

Os “direitos da personalidade”, ao mesmo tempo que *gênero* da *espécie* direitos intelectuais, são também direitos inseridos num universo maior destes. Assim, cabe observar que a redemocratização brasileira, que teve como consequência jurídica mais notável a promulgação da Constituição Federal de 1988, fez com que estes, ao lado notadamente dos individuais *lato sensu* (com o fim da repressão e o fortalecimento do Poder Judiciário) e dos “coletivos” (com a explosão das associações de bairro, sindicatos, etc.), ganhassem força na transição político-jurídica mais recente.

De outro lado, a explosão dos *mass media* a que se assiste nas últimas décadas fez com que, ao lado da industrialização e do crescimento do setor de serviços, assumam os direitos intelectuais uma expressão nunca antes imaginada. Uma cultura, uma concepção de ciência e de tecnologia e uma economia que vão ganhando contornos mundiais a cada dia, fazem com que os direitos autorais e os de propriedade industrial (em que preponderam os interesses *materiais* de comerciantes e empresários) vão assumindo espaço cada vez mais significativo nas Constituições e nos Códigos. Em menos de vinte

anos, a Constituição Federal de 1988 avançou, em muito, a regulamentação dos direitos intelectuais em nível constitucional. Basta compará-la com os dispositivos análogos da Emenda Constitucional n.º 1/89.

Mais especificamente no campo da propriedade industrial, o momento é de torcer, no que respeita à reforma do CPI de 1971 (Lei n.º 5.772), para que sejam atendidos os anseios múltiplos do setor. Viva o novo CPI e apresse-se sua aprovação!

Bibliografia

- BITTAR, Carlos A. *Os direitos da personalidade*, Rio, Ed. Forense-Universitária, 1989.
- DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*, Lisboa, Moraes, 1961.
- DINIZ, Maria Helena de. *Elementos de direito civil*, Rio, Ed. Freitas Bastos, 1969.
- GUSMÃO, Paulo D. de. *Elementos de direito civil*, Rio, Ed. Freitas Bastos, 1969.
- JESSEN, Henry. *Direitos intelectuais*, Rio, Ed. Itaipu, 1967.
- SABOIA, Marcelo K. *A tutela jurídica da propriedade industrial no direito brasileiro*, Rio, mimeo, ago. 1991.
- SILVA, José A. da. *Curso de direito constitucional positivo*, São Paulo, Ed. Malheiros, 1992.
- WALD, Arnoldo. *Curso de direito civil brasileiro – “Parte geral”*, São Paulo, Ed. Sugestões literárias, 1975.

Da inconstitucionalidade das taxas de renovação da licença de localização e funcionamento imposta pela municipalidade aos estabelecimentos comerciais

FRANK LARRÚBIA SHIH

Hipótese interessante foi ventilada, via *mandamus*, por uma determinada empresa pública federal, que se insurgiu contra a cobrança da taxa de renovação da localização e funcionamento, imposta pela municipalidade aos estabelecimentos comerciais, inclusive a impetrante.

Sabe-se que o Estado de Direito, para existir, utiliza-se de seu poder fiscal para obter das pessoas, a ele juridicamente subordinadas, as contribuições pecuniárias necessárias à consecução de seus fins. Todavia, a resenha da doutrina brasileira com enfoque específico em nossos mais destacados publicistas é clara no sentido de que este poder não é absoluto e nem imensurável, pois encontra limitações na própria ordem jurídica de onde se originou.

Doutra parte, dúvida não resta quanto à competência dos municípios para instituírem "taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição" (Constituição Federal, art. 145, inc. II).

Vale anotar que, diferentemente do imposto, a taxa tem a contraprestação de serviço público ou de benefício feito, posto à disposição ou custado pelo Estado em favor de quem paga.

Na hipótese em comento, porém, o impetrado, destituído de causa jurídica, exigia periodicamente o referido tributo sem que tivesse mostrado o seu efetivo poder de polícia, no que se refere ao funcionamento do estabelecimento, pois, se mencionamos a localização, o pagamento da taxa é realizado uma única vez, exaurindo-se, haja vista que seu fato gerador é *simples*.

Aliás, é nesta via de entendimento que os

Frank Larrúbia Shih é Procurador da Superintendência de Seguros Privados.

tribunais vêm se enveredando, inclusive com precedentes no próprio Supremo Tribunal Federal, pois, calcados ou não no poder de polícia, as taxas se devem revestir sempre de caráter compensatório. Adotar outro ângulo de visada é dessorar as cautelas instituídas pela *Lex Legum*, a qual impõe rígida discriminação de competências.

Neste liame, é derradeiro preclaro Aurélio Pitanga Seixas Filho:

“Em suma, podemos concluir, a Constituição brasileira exige que o legislador ordinário respeite as características específicas próprias das figuras tributárias, não sendo autorizada qualquer hipótese de um híbrido contendo particularidades de dois tributos, nem que, sob o nome de taxa, seja camuflado um tributo com todas as especificidades de um imposto” (In *Seleções Jurídicas ADV/COAD*, set./91, p. 13).

Trago à baila, ainda, o exemplo clássico do saudoso e eminente Aliomar Baleeiro, onde o proprietário de uma fábrica pode não invocar em momento algum o socorro de bombeiros, mas, a existência de uma corporação disciplinada e treinada para extinguir incêndios, dotada de veículos e equipamentos adequados e mantidos permanentemente de prontidão, constitui *serviço e vantagem* que aproveitam ao pagador da taxa referente a este serviço.

No caso em tela, a municipalidade pretendia a renovação da licença de localização e funcionamento do estabelecimento da impetrante, sem

que houvesse, sequer, órgão administrativo que prestasse serviço ou vantagem à mesma. Tal conduta, a nosso ver, além de absurda, restou em evidente disciplina inerente aos impostos, mercê da ausência de causa jurídica na exigência tributária. Trata-se de imposto rotulado de *taxa*.

Após o parecer do ilustre órgão do Ministério Público Federal, houve por bem o culto magistrado em conceder a segurança no feito, determinando à autoridade coatora a abstenção de autuações contra a impetrante por falta de recolhimento da taxa de renovação do alvará de localização e funcionamento, corroborando, ademais, um entendimento que se tem tornado acaciano na doutrina e na jurisprudência.

Bibliografia

- BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*, 10.^a ed., Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1986.
- CASSONE, Vittorio. *Direito Tributário*, 5.^a ed., São Paulo, Ed. Atlas, 1993.
- FERRAZ, Sérgio. *Mandado de Segurança (aspectos polêmicos)*, 2.^a ed., São Paulo, Ed. Malheiros, 1993.
- MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*, 8.^a ed., São Paulo, Ed. Malheiros, 1993.
- TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*, Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 1993.

Mandado de Segurança nº 214431/160

Origem: Distrito Federal

Relator: Ministro Octavio Gallotti

Impetrante: Jabes Pinto Rabelo

Impetrado: Câmara dos Deputados

Ementa: – Cassação de mandato de parlamentar (art. 55, II, da Constituição Federal).

Ato disciplinar da competência privativa da Câmara respectiva, situado em instância distinta da judiciária e dotado de natureza diversa da sanção penal, mesmo quando a conduta imputada ao deputado coincida com tipo estabelecido no Código Penal.

Pedido indeferido.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão Plenária, na conformidade da Ata de julgamento e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, indeferir o mandado de segurança.

Brasília, 22 de abril de 1992.

Sydney Sanches, Presidente

Octavio Gallotti, Relator

Mandado de Segurança n.º 21.443-1 Distrito Federal

Relator: O Senhor Ministro Octavio Gallotti

Impetrante: Jabes Pinto Rabelo

Impetrado: Câmara dos Deputados

Relatório

O Senhor Ministro Octavio Gallotti: – Acha-se a questão bem exposta, às fls. 185/8, no parecer da ilustre Professora Odília Ferreira da Luz Oliveira, Subprocuradora-Geral da República, que se acha aprovado pelo eminente Procurador-Geral e cuja transcrição servirá de Relatório:

“Jabes Pinto Rabelo insurge-se contra a Resolução n.º 13, de 7 de novembro de 1991, da Câmara dos Deputados, que lhe cassou o mandato, com fundamento nos arts. 55, inc. II, da Constituição da República, 240, inc. II, e 244, § 2.º, inc. III, do Regimento Interno da Casa. O fato que motivou a sanção foi a entrega a seu irmão, mais tarde preso e condenado por tráfico

de cocaína, de uma carteira que o identificava falsamente como funcionário da Câmara, assinado pelo impetrante

São os seguintes os fundamentos deste mandado de segurança:

a) a assinatura constante do referido documento não é do impetrante, tanto que foram apresentados laudos conflitantes;

b) a inexistência do Código de Ética e Decoro Parlamentar impede a cassação do mandato, por falta de norma que descreva conduta caracterizadora da falta de decoro parlamentar;

c) se, como consta da representação oferecida pela Mesa, o fato imputado ao impetrante é ilícito penal, a Câmara deveria remeter o caso ao Judiciário e só depois de eventual condenação cassar-lhe o mandato, com fundamento no art. 55, inc. VI, da Constituição, e não no art. 55, inc. II. Procedendo como fez, a Casa legislativa usurpou atribuições do Poder Judiciário;

d) houve ofensa ao art. 240, § 1.º, do Regimento Interno, pois, ao invés de decidir-se em escrutínio secreto, foi convocada sessão secreta.

Pede, por fim, a cessação dos efeitos do ato contra o qual se insurge.

Indeferida a liminar, foram solicitadas informações, não prestadas.

II

As teses da inicial não merecem acolhida.

Observe-se, de início, que a cassação do mandato de deputado é sanção de natureza político-disciplinar e, por isso, não cabe, no mandado de segurança, reexaminar as provas do procedimento que tramitou na Câmara (art. 5.º, inc. III, da Lei n.º 1.533, de 31 de dezembro de 1951).

Da mesma forma, não compete ao Poder Judiciário decidir se a conduta do impetrante insere-se nas previsões regimentais, caracterizando falta de decoro parlamentar. Isso seria substituir-se indevidamente a órgão de outro Poder, ao qual a Constituição Federal atribuiu a competência exclusiva para punir seus membros e definir condutas que firam o decoro, além das já previstas no Texto Constitucional (art. 55, §§ 1.º e 2.º).

Por outro lado, a inexistência do Código de Ética e Decoro Parlamentar não impede que se apliquem sanções aos deputados: constituem falta de decoro (art. 55, inc. II, da Carta Federal, e 240, inc. II, do Regimento Interno da Câmara),

como causa de perda do mandato, o descumprimento dos deveres inerentes a ele ou a prática de ato que lhe afete a dignidade, como se diz no art. 244, *caput*, do Regimento Interno, cujos parágrafos descrevem as condutas atentatórias ao decoro parlamentar ou com ele incompatíveis. Lembre-se que a punição imposta ao impetrante fundou-se no art. 244, § 2.º, inc. III (fls. 12).

A referência feita pelo citado artigo ao Código de Ética e Decoro Parlamentar apenas possibilita a previsão de novas infrações e penalidades, além das já previstas no próprio Regimento e que são a censura, a perda temporária do mandato e a perda (*definitiva*) do mandato. Recorde-se que a Constituição autoriza as Casas legislativas a descrever outras condutas incompatíveis com o decoro parlamentar, além das já mencionadas por ela própria (art. 55, § 1.º).

Aos demais argumentos da inicial também falta substância.

O fato de o comportamento do impetrante configurar (ao menos em tese) ilícito penal não impede o Poder Legislativo de impor-lhe sanção político-administrativa, no uso da prerrogativa de autotutela. Isso por causa do princípio da independência das instâncias, há muito consagrado em nosso ordenamento jurídico, e também da distribuição de competência feita pela Constituição entre os três Poderes do Estado, que limita ao âmbito do Legislativo a imposição de sanções político-disciplinares a seus membros.

A condenação criminal transitada em julgado (art. 55, inc. VI, da Constituição) soma-se à falta de decoro parlamentar (art. 55, inc. II) como causa de perda do mandato, mas não a exclui.

Por fim, a alegação de ofensa ao art. 240, § 1.º, do Regimento Interno, é obscura: não vejo o que o caráter secreto da sessão em que se deliberou a perda do mandato do impetrante tenha a ver com a exigência de decisão em escrutínio secreto.

De todo modo, além de não haver prova de que a votação tenha sido a descoberto, é o próprio Regimento Interno da Câmara que impõe a sessão secreta, no caso de perda de mandato (art. 92, parágrafo único, inc. IV).

III

Não havendo lesão a direito líquido e certo do impetrante, opino pela denegação da segurança" (fls. 185 a 188).

A despeito de haverem sido tempestivamente oferecidas, só depois do parecer chegaram,

efetivamente, aos autos, as informações da autoridade coatora.

Afirmam haver sido regularmente conduzido o processo disciplinar parlamentar, como base no art. 55, II e § 2.º, da Constituição e nos artigos 92, parágrafo único, IV, 240, II, e §§ 2.º e 3.º e 244, III e § 2.º, assegurada a garantia de ampla defesa, a culminar com a presença do advogado e do perito, na sessão em que declarada a perda do mandato.

Consideram, ainda, ser de competência privativa da Câmara, além de *materia interna corporis*, a aplicação da penalidade em questão, sofrendo a concessão do mandato de segurança, na espécie, a restrição contida no art. 5.º, III, da Lei n.º 1.533-51 e reproduzida no art. 201 do Regimento Interno do Supremo Tribunal.

Aberta nova vista ao Ministério Público Federal, foi reiterado o parecer anterior (fls. 217).

É o relatório.

Voto

O Senhor Ministro Octavio Gallotti (Relator): – Dispõe o art. 244 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, aprovado pela Resolução n.º 17, de 1989:

“Art. 244 – O Deputado que descumprir os deveres inerentes a seu mandato, ou praticar ato que afete a sua dignidade, estará sujeito ao processo e às medidas disciplinares previstas neste regimento e no Código de Ética e Decoro Parlamentar, que poderá definir outras infrações e penalidades, além das seguintes:

I – censura

II – perda temporária

III – perda do mandato”

Esse dispositivo não possui a natureza de norma em branco que lhe atribui o impetrante, a ponto de sustentar que só a edição do Código de Ética e Decoro poderia emprestar-lhe alguma eficácia.

Para a previsão de outras infrações e o estabelecimento de novas penalidades, é que se poderia exigir a elaboração do Código: não para a hipótese de “prática de irregularidades graves no desempenho do mandato ou de encargos dele decorrentes”, já enquadrada como “incompatível com o desempenho do mandato”, a teor do inciso III do já citado art. 244 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados.

Ao expor os fatos em que se funda o pedido, a petição inicial ressalta a existência de conflito entre laudos (um deles, o do perito do re-

presentado), para contestar a conclusão de Comissão Processante, no sentido de que era indubitavelmente autêntica a assinatura do impetrante, na carteira de falsa identidade funcional.

Mas é manifestamente incompatível, com o rito do mandato de segurança, a reabertura dessa discussão sobre fatos e provas.

Também não apresenta consistência a assertiva de que só o escrutínio deveria ter sido secreto – art. 240, § 1.º, do Regimento Interno da Câmara – pois, como claramente dispõe o parágrafo único do art. 92 do mesmo Regimento, será secreta a própria sessão convocada para deliberar-se sobre a perda de mandato.

O ponto de impetração, em que realmente timbra o requerente, diz respeito a coincidir o fato que lhe é imputado, com a figura de ilícito penal.

A sanção disciplinar imposta pela Câmara dos Deputados difere da natureza da condenação criminal; é processada em outra instância que a do Poder Judiciário, cabendo privativamente à Câmara dos Deputados.

Nem seria compreensível que, nas hipóteses presumivelmente as mais graves de quebra de decoro (as coincidentes com tipos delituosos), a ação de disciplina da Câmara ficasse tolhida pela dependência e a espera não só da deliberação do Poder Judiciário, como da própria iniciativa do órgão do Ministério Público, em se tratando de crime de ação pública.

É certo que condenação criminal transitada em julgado acarreta necessariamente a perda do mandato (art. 55, VI, da Constituição), mas essa previsão não impede que a Câmara, qualificando um procedimento (criminoso ou não) como incompatível com o decoro, imponha a sanção disciplinar correspondente (perda do mandato).

Acolhendo o exato parecer da douta Procuradoria-Geral da República, indefiro o pedido.

22.4.92 – Tribunal Pleno

Mandado de Segurança n.º 21.443 – Distrito Federal

Voto

O Senhor Ministro Sepúlveda Pertence – Senhor Presidente, também acompanho o emittente Relator.

Se mesmo o fato não criminoso pode ser reputado um atentado ao decoro parlamentar, a simultânea tipicidade penal deste fato não lhe

pode elidir a qualificação ético-parlamentar, da qual a Câmara é o juiz exclusivo.

Como já tive oportunidade de sustentar, com vagar, em caso rotineiro de aplicação de sanções administrativas, particularmente de demissão do funcionário, pelo que o Estatuto chama, erroneamente, de *prática de crime contra a administração pública* o que, na verdade, caracteriza o crime é a natureza penal da sanção cominada. Se ao mesmo fato se irroga sanção de outra natureza, o que há são dois ilícitos diversos, cada um a ser decidido em instância própria (MS 21.294-2, 23.10.91, *Pertence*).

Outro problema, Senhor Presidente, delicado, reconheço, é se a existência material do suporte de fato da punição ético-disciplinar, aplicada por uma das Casas do Congresso, pode ser objeto de controle jurisdicional, ou ainda se a afirmação da inexistência dessa materialidade, em sentença criminal absolutória, repercutiria, ou não, sobre essa sanção de alto escalão político, que é o decreto de perda do mandato parlamentar.

Mas são questões que não estão em causa, até porque o exame da materialidade e da autoria do fato, obviamente, não cabe nos limites do processo de mandado de segurança.

De forma que acompanho, integralmente, o eminente relator, indeferindo o mandado de segurança.

22.4.92 – Tribunal Pleno

Mandado de Segurança n.º 21.443-1 Distrito Federal

Voto

O Senhor Ministro Paulo Brossard: O caso é de singular importância, dado que entre nós inexiste precedente judiciário. Convém, por conseguinte, avivar princípios e enunciá-los de maneira clara e quase didática, para que possa servir de precedente válido, se, por desventura, voltar a ocorrer fato semelhante ao que os autos dão notícia.

2. Se não estou enganado, no plano federal existe um só precedente a respeito, sem que houvesse, no entanto, manifestação judicial. Ocorreu em 1949, no curso da primeira legislatura depois de promulgada a Constituição de 1946, que, por sinal, foi a primeira a prever, expressamente, a decretação da perda do mandato por falta de decoro parlamentar. Alguns fatos de larga repercussão, levaram a Câmara a constituir comissão pluripartidária para examiná-los à luz do que prescrevia o parágrafo 2.º

do art. 48 da Constituição. Seu presidente foi Plínio Barreto, relator Freitas E. Castro. Então, 286 eram os deputados; na sessão de 27 de maio votaram 252, sendo 204 pela perda do mandato, 46 contrários, 2 em branco. *Diário do Congresso Nacional*, 28.5.49, p. 4.384.

3. Decretada a perda do mandato pela Resolução n.º 22, de 27.5.49, *Diário Oficial* do dia imediato, 28 de maio, em 22.9.49 o ex-parlamentar impetrou ao STF mandado de segurança n.º 1.161. Prestadas as informações, em 9.11.49, foram os autos remetidos ao Procurador-Geral da República em 11.11.49, fls. 200, que só os devolveu, passados dois anos e dois meses, em 14.1.52, fls. 201, quando finda a legislatura; opinava pela perda de objeto do mandado; o impetrante desistiu da ação, fls. 203, desistência que foi homologada, fls. 204-208, desse modo, não chegou a haver decisão judicial a respeito.

4. No Mandado de Segurança n.º 21.360-4, o Tribunal teve ensejo de apreciar alguns aspectos da tese que agora se decide, mas lá se discutia uma questão incidental: poderia o Judiciário rever uma decisão da Mesa da Câmara relativamente a incidente surgido no curso do processo parlamentar, no tocante à defesa do envolvido? Aqui a questão é mais ampla e profunda. Pode o STF rever uma decisão da Câmara que, no exercício de prerrogativa específica, assegurada pela Constituição em caráter privativo, cassou o mandato de um deputado por falta de decoro parlamentar? Esta a questão.

5. Foi instaurado inquérito destinado a apurar fatos nos quais estaria envolvido o ora impetrante; a comissão concluiu pela procedência das imputações e propôs fosse decretada a perda do seu mandato por falta de decoro parlamentar, nos termos do art. 55, II, da Constituição. A Câmara dos Deputados, Resolução n.º 13, de 7.11.91, assim o fez, com observância das exigências constitucionais no tocante à votação secreta, à maioria absoluta e à ampla defesa. Pelo menos o impetrante nada impugna a respeito. Suas alegações são outras e podem ser assim resumidas: a) no processo instaurado e concluído na Câmara há laudos contraditórios acerca da autenticidade da assinatura do impetrante, em carteira de identidade da Câmara, apreendida em poder de seu irmão, quando preso com 500 quilos de cocaína, e essa assinatura, suposta ou real, foi tida e aceita como sendo do impetrante; b) a Comissão de Justiça da Câmara concluiu pela existência de ilícito penal e pela ocorrência de falta de decoro parlamen-

tar; c) usurpando poderes do Poder Judiciário a Câmara condenou o deputado e lhe cassou o mandato quando poderia; d) ter suspenso sua imunidade; e) remeter o caso ao STF; f) se condenado, decretar a perda do mandato; g) conclui pedindo a cassação da Resolução n.º 13, de 7.11.91, devolvendo-se-lhe o mandato de que foi privado.

6. Não vejo como se possa deferir o presente mandado de segurança sem entrar no exame dos laudos existentes no processo parlamentar relativos à assinatura, autêntica ou suposta, do impetrante, e isto não é lícito fazer na ação de mandado de segurança, que supõe fatos certos; depois, se é certo que só o Judiciário julga crimes e a seus autores aplica pena criminal, é igualmente certo que só a Câmara julga a ocorrência da falta de decoro parlamentar e aplica ao faltoso a sanção adequada, que nada tem com a sanção penal; são fatos de natureza distinta, cominados com sanções igualmente distintas; o crime enseja aplicação de sanção criminal pelo Judiciário, enquanto a falta de decoro enseja a aplicação de sanção disciplinar pela Câmara; pode ocorrer que venha o parlamentar a incorrer em ambas as sanções, a prevista na Constituição e a prevista no Código Penal, e não terá ocorrido *bis in idem*. Tanto são distintas as sanções que um parlamentar pode cometer um crime e por ele ser processado e até condenado sem que isso configure, *cui si mesum*, falta de decoro parlamentar. Também pode ocorrer que, pela natureza do crime, o fato configure simultaneamente falta de decoro parlamentar. Ou seja, o mesmo fato pode motivar dois processos, em instâncias diferentes, a parlamentar e a judiciária, e dar azo a duas condenações e, por consequência, a duas sanções.

7. Convém se note que há independência entre uma e outra. Tal como ocorre no *impeachment*. A sanção política, expressa na perda do cargo, não exclui o processo criminal, que tem curso na esfera do Poder Judiciário. Mas a condenação pelo Senado pode ser tomada por unanimidade da Casa e, nem por isso, ela importará, necessariamente, na condenação criminal da autoridade já afastada do cargo. Pode ser condenada, pode ser absolvida.

8. Nas páginas pouco freqüentadas do *Diário do Congresso Nacional* encontro esta passagem no parecer que opinou sobre o único precedente federal que conheço:

“Não interessa também indagar da criminalidade dos atos praticados e que formam o pro-

cedimento reprovável. O Texto Constitucional não fala em crime, nem em ato criminoso; a expressão é ampla: *procedimento*.”

A criminalidade do ato nem sempre implica em repugnância da conduta. Basta citar o caso dos crimes políticos que não podem tornar o cidadão incompatível com o decoro parlamentar.

E até em relação aos crimes comuns, é de se lembrar que deputados e senadores não podem ser perseguidos judicialmente, por qualquer crime sem prévia licença da respectiva Câmara. Admite-se a hipótese da Câmara negar a licença e seria insensato que se adotasse como regra considerar que a prática de qualquer crime incompatibiliza o congressista com a Câmara e permite que, criado essa incompatibilidade, possa ainda essa Câmara, ofendida em seu decoro negar licença para o processo.

Não faltou quem, exagerando mais o rigor, exigisse o prévio pronunciamento da Justiça Comum, com base nas deliberações parlamentares.

O Congresso não está adetrto à prévia apuração de criminalidade do ato pelo órgão competente da Justiça Comum” DCN, 28.5.49, p. 4.385.

9. Pela Resolução n.º 13, de 7.11.91, a Câmara dos Deputados cassou o mandato do impetrante sob o fundamento da falta de decoro. Pelo presente mandado de segurança, n.º 21.443-1, postula ele “a cassação da Resolução n.º 13, de 7.11.91, devolvendo o mandato ao ex-deputado Jabes Rabelo”. O STF não indaga se a decisão da Câmara foi justa, sábia, oportuna ou adequada; a apreciação sob esse ponto de vista compete à Câmara e a ninguém mais; o que pretende o impetrante é que o STF atue como instância revisora do ato da Câmara, praticado no exercício de uma atribuição que a Constituição lhe confere com exclusividade. O STF não pode reformar a decisão da Câmara, ainda quando ele entendesse que essa decisão não fora justa, nem sábia, nem oportuna, nem adequada.

10. A Constituição reserva à Câmara e ao Senado a competência para decretar a perda do mandato de Deputado ou Senador, “cujo procedimento for declarado incompatível com o decoro parlamentar”. A decisão há de ser tomada “por voto secreto e maioria absoluta, mediante provocação da respectiva Mesa ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa”, art. 55, II, parágrafo 2.º. Observadas as formalidades constitucionais enunciadas, a decisão, da Câma

ra ou do Senado, poderá ser discutível, poderá ser injusta, poderá ser desacertada, mas será definitiva e irrecorrível; será insuscetível de revisão judicial. Porque a Constituição deu à Câmara e só à Câmara, ao Senado e só ao Senado, a competência para decidir algo que à Câmara e ao Senado diz respeito. De mais a mais, os tribunais julgam segundo critérios de legalidade e decidir que um procedimento é decoroso ou não transcende os limites da pura legalidade. Esta não exclui, mas não se esgota nesse critério, pois depende de mil e uma circunstâncias extra-legais.

11. Trata-se de uma competência exclusiva da Câmara e só ela, bem ou mal, pode exercitar. Segundo a Constituição, "perderá o mandato o Deputado ou Senador ... cujo procedimento for declarado incompatível com o decoro parlamentar", art. 55, II, declarado por quem? Pela Câmara a que pertencer o parlamentar, Câmara dos Deputados ou Câmara dos Senadores, observados os requisitos taxativamente indicados no parágrafo 2.º do mesmo artigo: voto secreto, maioria absoluta, provocação da Mesa ou de partido político com representação no Congresso, assegurada ampla defesa.

No caso vertente, não houve sequer remota insinuação de que essas formalidades essenciais tivessem sido descumpridas. O fato é que, bem ou mal, a Constituição conferiu à Casa a que pertencer o parlamentar a competência, exclusiva, para decretar a perda de mandato, numa decisão que é constitutiva-negativa, na lição de Pontes de Miranda, *Comentários*, 1970, III, 39. Dessa decisão, insisto, não cabe recurso. A Câmara é instância originária e final.

12. Procedendo como procedeu a Câmara não usurpou poderes do Judiciário, mas exerceu atribuição privativa sua, processou e julgou o deputado em termos disciplinares, tanto assim que se houver ilícito penal no fato ou nos fatos considerados para a perda do mandato, ele ficará sujeito à justiça comum competente para apreciar o caso.

Argumenta o impetrante que, para a Comissão de Justiça da Câmara, o seu procedimento "constitui ilícito penal típico cuja responsabilidade compete ao Poder Judiciário apurar" e "configura também falta de decoro parlamentar"; não há contradição entre as duas proposições; à Câmara competia conhecer de uma situação, a relativa à falta de decoro; à justiça compete conhecer do ilícito penal, se existente. São situações que se não conflitam, porque giram

em planos diferentes. Esta a questão.

13. O impetrante alega que a Câmara poderia a) suspender-lhe a imunidade; b) remeter o caso ao STF; c) e se condenado pelo Judiciário, declarar a perda do mandato. Não sei se a Câmara poderia fazer o que imagina o autor da ação, mas o fato é que não o fez e não cabe ao STF substituí-la; de qualquer sorte, convém ficar claro que a atribuição constitucional da Câmara, no sentido de decretar a perda do mandato por falta de decoro, não fica na dependência da condenação criminal. Cada uma delas tem sua esfera própria, nem a condenação importa, necessariamente, na decretação da perda do mandato, como acentuado.

14. Aliás, em princípio, das decisões da Câmara, como do Senado, relativas a atribuições constitucionais privativas, não cabe recurso ao Poder Judiciário. Melhor seria dizer, não cabe recurso. Se as Casas do Congresso procederem mal, em assunto de sua competência exclusiva, só caberá o remoto e incerto recurso para a opinião pública e o eleitorado. Como disse Rui Barbosa,

"em todas as organizações políticas ou judiciais há sempre uma autoridade extrema para errar em último lugar. ... O Supremo Tribunal Federal, não sendo infalível, pode errar, mas a alguém deve ficar o direito de errar por último, de decidir por último de dizer alguma coisa que deva ser considerada como erro ou como verdade. Isto é humano". *Obras Completas*, XLI, 1914, III, p. 259.

O STF também erra. E errando em último lugar, só escassamente haverá meio de corrigir o erro, por meio de rescisória ou revisão criminal.

15. Sem contradição, o parlamentar poderá ser absolvido no juízo criminal e ter seu mandato extinto por falta de decoro, decretada pela Câmara. Os pressupostos de uma e outra decisão são diferentes. Ocorrendo condenação criminal, hipótese prevista no inciso VI, art. 55, da Constituição, a Câmara declarará a perda do mandato ou não; a hipótese se não confunde com a prevista no inciso II do mesmo artigo; neste caso, e independente de sentença, a Câmara decretará ou não a perda do mandato; se o fizer, nada impede que o ex-parlamentar, contra o qual tenha sido oferecida denúncia pelo MP pela prática de suposto crime, possa vir a ser absolvido.

Desse modo, o parlamentar pode ser con-

denado sob o ponto de vista disciplinar e absolvido no juízo criminal, e a recíproca é verdadeira, tanto assim que, mesmo havendo condenação criminal, por não ter relação com o exercício do mandato, pode não sofrer a perda do mandato.

16. Em outras palavras, se o parlamentar cometer um crime a Câmara não o processará nem o condenará por isso; é atribuição do Poder Judiciário fazê-lo; mas se o fato implicar em descompostura parlamentar, em falta de decoro, a Câmara poderá aplicar-lhe a sanção disciplinar da perda do mandato, seguindo-se o processo criminal na esfera própria, que poderá estar instaurado ou vir a instalar-se; a responsabilidade penal não exclui a responsabilidade disciplinar, e esta não elide aquela.

17. Indefiro o mandado de segurança.

Extrato de Ata

MS n.º 21.443-1 - DF

Rel.: Min. Octavio Gallotti. Impete: Jabes Pinto Rabelo (Adv.: Valmor Santos Giavarina). Impda.: Câmara dos Deputados.

Decisão: Por votação unânime, o Tribunal indeferiu o mandado de segurança. Votou o Presidente. Falou pelo impetrante o Dr. Valmor Santos Giavarina. Plenário, 22.4.92.

Presidência do Senhor Ministro Sydney Sanches. Presentes à sessão os Senhores Ministros Moreira Alves, Octavio Gallotti, Paulo Brossard, Sepúlveda Pertence, Carlos Velloso, Marco Aurélio e Ilmar Galvão. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Néri da Silveira e Celso de Mello.

Procurador-Geral da República, Dr. Moacir Antônio Machado da Silva, substituto.

Obras publicadas pela Subsecretaria de Edições Técnicas

Os pedidos deverão ser acompanhados de cheque nominal à Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, ou de vale postal remetido à agência APT - Senado (no valor de cada publicação já estarão incluídos os acréscimos referentes à remessa pela ECT). Para solicitar informação sobre preços, escreva para

Praça dos Três Poderes, Via N-2 Unidade de Apoio III - ao lado do CEGRAF (pelo estacionamento à esquerda)

70165-900 BRASÍLIA/DF

Telefones: (061) 311-3576, 4755, 3578 e 3579

Fax: (061) 311-4258 4 321-73333

Telex: (061) 1357

Venda direta ao usuário no Senado Federal

Via N-2, Unidade de Apoio 1 (fundos do CEGRAF, pelo estacionamento à esquerda)

Atendimento aos Senadores Ramais:

3579, 3589 e 3578

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA
N.º 1, 10, 12, 17, 22 e 23, 28, 82 a 84, 87 a 124

– Publicação trimestral de trabalhos e pesquisa jurídica, com circulação ininterrupta desde 1964.

ÍNDICE DA REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA N.º 1 a 110

– Índice temático dos artigos publicados; índice onomástico dos autores e colaboradores; sumários.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL (1988)

– Edição atualizada em 1994, contendo as Emendas Constitucionais e as Emendas Constitucionais de Revisão

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

– Lei n.º 8.069 e as alterações da Lei n.º 8.242 e Legislação Correlata, edição de 1995.

CONSTITUTION OF THE FEDERATIVE REPUBLIC OF BRAZIL – 1988 (1994 Revised Edition)

– Constituição da República Federativa do Brasil, edição atualizada em 1994, contendo Emendas Constitucionais de Revisão, versão em inglês.

CONSTITUTION DE LA RÉPUBLIQUE FÉDÉRATIVE DU BRÉSIL – 1988 (Édition mise à jour en 1994)

– Constituição da República Federativa do Brasil, edição atualizada em 1994, contendo Emendas Constitucionais de Revisão, versão em francês.

ELABORANDO A CONSTITUIÇÃO NACIONAL

– Edição fac-similar da obra *Elaborando a Constituição Nacional*, de José Affonso Mendonça de Azevedo: atas da Subcomissão elaboradora do Anteprojeto Constitucional de 1932/1933.

FONTES DE INFORMAÇÕES SOBRE A ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE

– Descrição dos acervos da Assembléia Nacional Constituinte de 1987.

– Coletânea de textos jurídicos e legislação correlata relativos aos direitos indígenas.

CONSTITUIÇÕES ESTRANGEIRAS. Série com 6 volumes; edição de 1987

– Volume 3: Angola; Cabo Verde; Moçambique; São Tomé e Príncipe.

– Volume 4: Dinamarca; Finlândia; Noruega; Suécia.

– Volume 5: Áustria; Iugoslávia.

– Volume 6: Coréia; Filipinas; Suriname.

CONSTITUIÇÃO FEDERAL E CONSTITUIÇÕES ESTADUAIS. 4 volumes; edição de 1984, com suplemento de 1986

– Edição anterior à Constituição Federal de 1988.;

LEIS COMPLEMENTARES À CONSTITUIÇÃO. N.º 59/88 a 70/91

PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO N.º 11, DE 1984: QUADRO COMPARATIVO

CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA.

Comentários por João Barbalho Uchoa Cavalcanti

– Edição fac-similar dos comentários à Constituição Federal de 19891.

LEGISLAÇÃO ELEITORAL E PARTIDÁRIA.
Suplemento à 7.ª edição, 1990

LEGISLAÇÃO ELEITORAL E PARTIDÁRIA.
10.ª edição

CÓDIGO CIVIL: ANTEPROJETOS. 6 volumes; edição de 1989

– *Volume 1:* Anteprojeto de Código das Obrigações: Parte Geral (1941); Anteprojeto de Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas (1964).

– *Volume 2:* Anteprojeto de Código Civil (1963); Anteprojeto de Código Civil: revisto (1964).

– *Volume 3:* Anteprojetos de Código de Obrigações: Negócio jurídico, obrigações em geral, contratos e outros títulos de ordem geral (1963); Sociedades e Exercício da Atividade Mercantil (1964); Títulos de Crédito (1964).

– *Volume 4:* Projetos do Governo Castello Branco: Projeto de Código Civil (1965); Projeto de Código de Obrigações (1965).

– *Volume 5.* Tomo 1: Anteprojeto de Código Civil (1972); tomo 2: Anteprojeto de Código Civil: revisto (1973); Índice comparativo (volumes 1 a 5).

DECRETOS-LEIS. Série: volumes 13 e 15

– Volumes 13 (1972) e 15 (1973).

REGIMENTO INTERNO: SENADO FEDERAL

– Resolução n.º 93, de 1970: texto consolidado, com as alterações adotadas pelas Resoluções n.ºs 51, 58 e 63, de 1989, e 1, 9, 17 e 52, de 1990, Resoluções até 1994.

LEIS ORGÂNICAS DOS MUNICÍPIOS. 3 volumes; 2.ª edição, 1987

– Textos atualizados, consolidados e anotados das Leis Orgânicas dos Municípios de

todos os Estados; índice comparativo. Edição anterior à Constituição de 1988.

ANAIS DO SEMINÁRIO SOBRE MODERNIZAÇÃO LEGISLATIVA E DESENVOLVIMENTO POLÍTICO. Edição de 1976

VULTOS DA REPÚBLICA. Homenagem a Afonso Arinos de Melo Franco

– Ciclo de estudos comemorativo do Centenário da República, organizado pelo Instituto de Ciência política da Fundação Getúlio Vargas.

DADOS BIOGRÁFICOS DOS PRESIDENTES DO SENADO: 1826 A 1994

OS INCONFIDENTES JOSÉ DE RESENDE COSTA (PAI E FILHO) E O ARRAL DA LAJE. Rosalvo Gonçalves Pinto

– Homenagem ao sesquicentenário da morte de José de Resende Costa, Filho (17/6/1841-17/6/1991), e ao bicentenário da morte de Tiradentes e da condenação de José de Resende Costa, Pai, e José de Resende Costa Filho.

ESTUDOS DA INTEGRAÇÃO

– 1.º volume: Defesa da Concorrência no Mercosul.

– 2.º volume: A Defesa contra as Práticas Desleais na Europa: um Exemplo a Seguir?

– 3.º volume: O Regime Comum de Origem no Mercosul.

– 4.º volume: ZPEs Brasileiras: A Necessidade de Mudanças no Contexto do Mercosul.

– 5.º volume: Disciplina da Concorrência e Controle das Concentrações de Empresas no Mercosul.

– 6.º volume: Os Efeitos do Art. 98 do Código Tributário Nacional e o Processo de Integração do Mercosul.

– 7.º volume: “El establecimiento de una Política Común de protección al medio ambiente – Su necesidad dentro de un mercado común”.

MANUAL DE PADRONIZAÇÃO DE TEXTOS DO CEGRAF. 2.ª edição

– Normas básicas de editoração para a elaboração de originais, composição e revisão.

GUIA DAS ELEIÇÕES DE 94

– Comentários à Lei n.º 8.713/93 e informações complementares

LEI DE EXECUÇÃO PENAL E LEGISLAÇÃO CORRELATA. 2.ª edição

– Lei n.º 7.210, de 1984 e legislação correlata.

COMISSÕES PARLAMENTARES DE INQUÉRITO NO SENADO FEDERAL

– Sua história e desempenho no período de 1946 a 1989. Edição de 1990 de autoria de Mauro Márcio Oliveira.

CANUDOS E OUTROS TEMAS – Euclides da Cunha – 3.ª edição 1994

CPI da Evusão Fiscal

– Relatório parcial, editado em 1992

OBRAS SOCIAL E POLÍTICA DE ALBERTO PASQUALINI – 4 volumes, edição 1994

REFORMA DO SISTEMA CONSTITUCIONAL TRIBUTÁRIO – volume III, editado em 1987

REGIME JURÍDICO DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS E LEGISLAÇÃO COMPLEMENTAR. Edição 1984

RELATORIA DA REVISÃO CONSTITUCIONAL

– Pareceres produzidos (histórico), Brasília 1994, 3 volumes

REGIMENTO COMUM DO CONGRESSO NACIONAL

Obras no prelo

– Textos Políticos da História do Brasil – volumes em processo de revisão final

– Meio Ambiente – Coletânea da Legislação.

– Agenda 21 – Acordo da Eco-92.

– Índice da Revista de Informação Legislativa, n.º 01 a 122, edição 1995.

Assinatura da

Revista de Informação Legislativa

(n.º 125 a 128, jan./mar. a out./dez. 1995)

Os interessados deverão escrever ou telefonar para a Subsecretaria de Edições Técnicas solicitando o Catálogo de Publicações com os preços das obras. Os pedidos deverão ser acompanhados de cheque nominal à Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal ou de vale postal remetido à agência APT Senado.

Nome:

Endereço:

CEP: Cidade: UF:

Telefone: Fax: Telex:

Data:/...../.....

Assinatura: