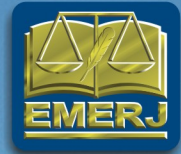


ISSN 1415-4951  
(versão impressa)

Revista da  
**EMERJ**



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Vol. 7 - Nº 28 - 2004



ISSN 1415-4951  
(versão impressa)

REVISTA DA

# EMERJ

v. 7 - n. 28 - 2004  
*Outubro/Novembro/Dezembro*

Rio de Janeiro

© 2004, EMERJ

## Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ

Revista doutrinária destinada ao enriquecimento da cultura jurídica do País.

### Conselho Editorial:

Min. Carlos Alberto Menezes Direito; Des. Semy Glanz; Des. Laerson Mauro; Des. Sergio Cavalieri Filho; Des. Wilson Marques; Des. Eduardo Sócrates Castanheira Sarmento; Des. Jorge de Miranda Magalhães; Des. Luiz Roldão de Freitas Gomes; Min. Luiz Fux; Des. Letícia de Faria Sardas; Des. José Carlos Barbosa Moreira; Des. Décio Xavier Gama; Des. Jessé Torres Pereira Júnior.

**Coordenador Editorial:** Des. Décio Xavier Gama

### Produção Gráfico- Editorial: Divisão de Publicações da EMERJ

*Editor:* Irapuã Araújo (MTb MA00124JP); *Editoração:* Wagner Alves e Valéria Monteiro de Andrade; *Capa:* André Amora; *Revisão ortográfica:* Suely Lima e Thereza Andrade.

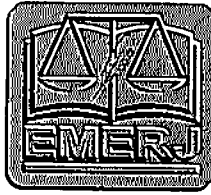
**Apoio Cultural:** Banco do Brasil

**Tiragem:** 5.000 exemplares

|   |                          |
|---|--------------------------|
| Revista da EMERJ. v. 1, n. 1 -<br>EMERJ, 1998.  | Rio de Janeiro:          |
| v.  |                          |
| Trimestral -<br>ISSN 1415-4951  |                          |
| V.1, n. 4, 1998: Anais da 4ª Semana de Integração Jurídica Interamericana                                       |                          |
| Número Especial 2003. Anais dos Seminários EMERJ Debate o Novo Código Civil, parte I, fevereiro a junho 2002.   |                          |
| Número Especial 2004. Anais dos Seminários EMERJ Debate o Novo Código Civil, parte II, julho/2002 a abril/2003. |                          |
| 1. Direito - Periódicos. I. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ.                         |                          |
|   | CDD 340.05<br>CDU 34(05) |

Todos os direitos reservados à

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ  
Av. Erasmo Braga, 115/4º andar - CEP: 20026-900 - Rio de Janeiro - RJ  
Telefones: (21) 2588-3400 / 2588-3471 / 2588-3376 - Fax: (21) 2533-4860  
[www.emerj.rj.gov.br](http://www.emerj.rj.gov.br) - [emerjpublicacoes@tj.rj.gov.br](mailto:emerjpublicacoes@tj.rj.gov.br)



**DIRETORIA DA EMERJ**

**Diretor-Geral**

Des. Sergio Cavaliere Filho

**Conselho Consultivo**

Des. Celso Guedes

Des. Paulo Sérgio de Araújo e Silva Fabião

Des. Wilson Marques

Des. Sylvio Capanema de Souza

Des. Luiz Roldão de Freitas Gomes

Des<sup>a</sup>. Leila Maria Carrilo Cavalcante R. Mariano

**Presidente do Conselho de Conferencistas Eméritos**

Des. José Joaquim da Fonseca Passos

**Diretor de Estudos e Ensino**

Des. Sidney Hartung Buarque

**Coordenador Administrativo**

Des. Décio Xavier Gama

**Secretário Geral**

Paulo Roberto Carvalho Targa

**Chefe de Gabinete**

Maria Alice da Cruz Marinho Vieira



**EMERJ**

# Apresentação

**DÉCIO XAVIER GAMA**

Desembargador do TJ/RJ

A REVISTA DA EMERJ tem publicado, em cada um de seus números trimestrais, cerca de 18 a 20 artigos doutrinários, basicamente de seus professores, versando sobre matéria que interessa de perto a seus estagiários. Todos bacharéis em Direito, almejam submeter-se a concurso para exercício profissional na área da magistratura.

O público principal de suas edições hoje é, portanto, aqueles que se inscreveram, para seleção semestral, em Cursos de Preparação, tendo como objetivo uma atividade superior do Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro.

Não nos restringimos a reunir colaboradores já pertencentes ao nosso Poder Judiciário, cerca de 50 mestres, que transmitem um pensamento doutrinário na continuação de suas exposições diárias. Juristas de um modo geral, Membros do Ministério Público, Defensores Públicos e advogados que já tenham certa experiência no ensino jurídico fazem parte de seu corpo de colaboradores, tantos são os que dão realce e brilho a cada uma de nossas edições e até integram, alguns, o quadro de nossos expositores.

Estamos, talvez, reproduzindo essa afirmação que não tem o caráter de um postulado imposto pela Direção da Escola ou do seu Conselho Editorial, mas de um fato implícito em publicação doutrinária que a REVISTA DA EMERJ aspira ser.

A Revista tem merecido atenção e reiteradas solicitações, especialmente por *e-mail*, de assinaturas ou de vendas de seus números. Apesar de quase duplicar os exemplares que editamos a cada trimestre, não nos foi possível introduzir sistema de vendas ou assinaturas anuais, por dificuldades técnicas ligadas ao próprio contrato de impressão em vigor desde o seu primeiro número. Outros empecilhos decorrem do sistema de distribuição gratuita a entidades oficiais (Bibliotecas, Faculdades e ao numeroso quadro de estagiários) aos assistentes de outros cursos semanais, seminários, convidados, conferencistas, coordenadores e demais participantes de encontros realizados em nossos auditórios.



# **Homenagem ao Desembargador Manoel Carpena Amorim**

*A Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro prestou, no dia 17 de agosto de 2004, tocante homenagem ao ex-Diretor-Geral Desembargador Manoel Carpena Amorim, ao colocar o seu retrato na Galeria de Fotos dos Diretores da EMERJ, instalada na sala VIP do Auditório Antonio Carlos Amorim, onde normalmente são recebidas as autoridades e convidados.*

*Na ocasião usaram da palavra, naquele auditório que se achava repleto, o atual Diretor-Geral, Desembargador Sergio Cavaliere Filho, o Presidente do TJ/RJ, Desembargador Miguel Pachá, o Desembargador Sylvio Capanema de Souza, orador designado para proferir o discurso oficial, e o homenageado, Desembargador e 2º Vice-Presidente do TJ/RJ, Manoel Carpena Amorim.*

*Nas páginas seguintes são publicadas as intervenções dos oradores, proferidas no dia da homenagem prestada ao nosso ex-Diretor-Geral.*





**EMERJ**

# ***As palavras dos oradores***

## ***Des. Sergio Cavalleri Filho***

Saúdo todos os presentes, ilustres colegas Desembargadores, Juízes e advogados, na pessoa do nosso estimado Ministro Waldemar Zveiter que se faz presente.

Todos nós que aqui estamos sabemos o motivo desta importante reunião. Pensando nesta cerimônia, lembrei-me das palavras do apóstolo São Paulo que, escrevendo aos Coríntios, disse assim: “Eu plantei, Apolo regou, mas Deus deu o crescimento”. Um plantou, outro regou e outro colheu. Penso que a estória desta Escola da Magistratura pode ser assim também descrita. Nosso saudoso Desembargador fundador da Escola, Cláudio Vianna de Lima, plantou; depois esta Escola teve a felicidade de ter na sua Direção essa figura ilustre que nós estamos homenageando hoje, que é o Desembargador Carpena Amorim. Ele regou com muito carinho aquela planta que estava desenvolvendo-se, e eu posso dizer que se hoje temos tido sucesso nesta Escola é porque estamos colhendo aquilo que foi plantado e regado pelos seus dois Diretores anteriores. E é por isso que estamos fazendo esta homenagem ao nosso eminente companheiro, muito merecida, até demorada. Devia ter sido antes, mas é que o Desembargador Carpena tem uma agenda muito cheia. Foi necessário aguardar uma data específica, que ele estabeleceu, para que pudéssemos torná-la realidade. E para saudar o nosso eminente Desembargador, ninguém melhor do que o nosso orador de todas as cerimônias, que é o Desembargador Sylvio Capanema, a quem passo a palavra.

## ***Des. Sylvio Capanema de Souza***

Meus queridos amigos:

A sabedoria popular nos ensina que a gratidão é a memória do coração. E no pórtico da Catedral de Milão está gravado, há muitos séculos, que a gratidão é o dever primeiro do cristão. Gratidão na acepção mais completa da palavra. Gratidão primeiro a Deus, pelo dom da vida que nos concedeu, depois a nossos pais, nossos parentes, aos nossos amigos, enfim, a todos os que nos enriqueceram afetiva ou materialmente. Com o cacoete civilista que eu adquiri após trinta e

cinco anos tentando aprender e ensinar Direito Civil, eu poderia dizer, numa visão obrigacional da gratidão, que ela seria a contraprestação devida pelo bem recebido de outrem. Aliás, o direito não é indiferente a esse nobre sentimento. Não podemos esquecer que o doador está autorizado a revogar a doação diante da ingratidão do donatário, rompendo-se assim o princípio do *pacta sunt servanda*. E a indignidade e a deserção que afastam da herança o herdeiro, no fundo têm a sua causa remota na ingratidão do herdeiro para com o autor da herança. Hoje nós celebramos a gratidão. Este é um evento em que se ressalta a gratidão, não apenas da Escola da Magistratura, mas de todo o Poder Judiciário por um de seus heróis, um dos construtores da sua grandeza, o Desembargador Manoel Carpena Amorim. E essa gratidão transborda a sua individualidade e, por elementar justiça, se espalha à sua família. Não podemos nos esquecer de que Marlene e Heloísa não se limitaram, durante os anos que Carpena esteve à frente desta Casa, a apoiá-lo espiritual e afetivamente. Ambas aqui trabalharam junto a Carpena. Heloísa dirigindo a parte acadêmica, elaborando os currículos e Marlene dando como sempre, desde os tempos da ABATERJ, a assistência social de que tanto carecem os funcionários. E esse gesto de reconhecimento já se iniciara há dois anos, quando em cerimônia semelhante inauguramos o retrato do Desembargador Cláudio Vianna de Lima, a quem me ligavam profundos laços de relacionamento profissional e de amizade. Poucos sabem que o Desembargador Cláudio, o professor Amauri Campinho, também já falecido, e eu, que teimosamente continuo vivo, fomos os fundadores do escritório-modelo da Faculdade Cândido Mendes, pioneiro, absolutamente pioneiro, naquela época na prestação de assistência judiciária gratuita aos carentes e permitindo a formação profissional dos alunos. Ali já se denotava o espírito criador de Cláudio Vianna de Lima. Ele foi sem dúvida, como ressaltou o Desembargador Cavaliere, aquele que plantou. Cláudio cravou as estacas que até hoje sustentam essa Casa, cimentando o alicerce em que até hoje ela se assenta e tirando-a do nada, usando como matéria-prima unicamente a argamassa de seus sonhos. Lembro-me perfeitamente das angústias orçamentárias e infra-estruturais que ameaçavam o projeto a que ele tanto se dedicava. Nem de sede física dispúnhamos. As aulas eram ministradas em salas emprestadas pelas Câmaras Cíveis ou por outros departamentos do Tribunal. Poucos alu-

nos, uma instalação espartana e um regime quase castrense, em que havia um rígido controle dos horários e principalmente da frequência, porque era preciso dar à casa que surgia a sua credibilidade. Por isso, não temos dúvidas de que tudo de que hoje desfrutamos começou na visão idealista de Cláudio Vianna de Lima. Mas se Cláudio Vianna de Lima foi o construtor das fundações, coube a Carpena erguer a estrutura e dar à EMERJ a sua visibilidade, convertendo-a em referência nacional, como centro de excelência de formação de magistrados e profissionais de Direito. Aliás, Manoel Carpena já mostrava logo nos seus primeiros meses de administração a mudança do enfoque, preocupado com a modernização da casa. Tudo começou no *slogan* que ele próprio criou. Até então a EMERJ se voltava apenas para a formação de futuros magistrados, absorvendo a demanda daqueles que, vocacionados, procuravam preparar-se para a Magistratura. Carpena fez desta casa a Escola do Juiz sem abandonar, é claro, a vocação original, mas acoplando a ela profeticamente a preocupação de atualizar permanentemente os magistrados. Essa visão premonitória de Carpena só os verdadeiros juristas conseguem ter: os olhos muito à frente do seu tempo. Carpena percebeu nitidamente que os tempos começavam a mudar. Sopravam já os ventos dos novos paradigmas. E Carpena percebeu que era indispensável não só preparar os futuros juizes mas também os atuais para entenderem como aplicar os novos valores que emanavam do Código, em fase final de aprovação. Foi por isso que Carpena então mudou o enfoque para colocar a EMERJ envolvida nesse processo de permanente reciclagem e atualização dos juizes. A Escola do Juiz começou realmente no sonho de Manoel Carpena. E prosseguindo nesse processo, Carpena criou então os Fóruns de Debates, verdadeiras arenas em que essas idéias que começavam a germinar tinham aqui o seu caldo de cultura ideal. Surgiu o Fórum dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, e muito da grandeza que eles hoje exibem foi aqui sonhada e plasmada. O Fórum do Direito de Família, para absorver o psicodrama característico dos conflitos familiares, o Fórum da Execução Penal, de tanta densidade social, o Fórum da Criança e do Adolescente, de transcendental importância para equacionar o drama que representa uma infância desprotegida e abandonada e mais modernamente o Fórum do Consumidor e do Ambiente. Esses Fóruns, que até hoje permanecem em plena atividade são,

como eu falei, o cadinho onde essas idéias são germinadas e amadurecidas. Não satisfeito, Carpena iniciou o processo dos Cursos de Iniciação à Magistratura, permitindo que aqueles que acabaram de ser aprovados para a Magistratura tivessem diariamente aqui o seu primeiro contacto com a realidade da função. A interiorização da EMERJ é outro trabalho extraordinário que aqui se iniciou na gestão Carpena. A criação dos Núcleos Avançados, dos Núcleos Provisórios exerceram notável papel, não só na atualização doutrinária dos juizes do interior mas dos advogados, porque democraticamente Carpena abriu esses Fóruns a todos os profissionais do Direito. Mas talvez a grande obra de Carpena tenha sido a modernização, no sentido de inserir a Escola da Magistratura nos milagres da tecnologia de ponta. Era preciso dar, como eu falei, visibilidade nacional à Escola. Era preciso fazê-la conhecida. E com isso Carpena cria, usando a sua capacidade inexcedível de absorver esses milagres tecnológicos, a TV EMERJ, um circuito fechado de televisão que permite de segunda a sexta-feira a todos os que se encontram no Tribunal de Justiça acompanhar os trabalhos desenvolvidos na Escola da Magistratura. E não satisfeito, então, cria também o programa de televisão "A EMERJ BRASIL", que foi ao ar através do canal Rede Vida. Esse programa só no ano de 2000 realizou 61 sessões e me lembro bem, eu e Carpena, sentados nesta mesma sala VIP, gravando os primeiros programas e um deles, premonitoriamente, versava sobre o novo Código Civil em fase final de discussão no Congresso e no qual depositávamos todas as nossas esperanças. Foi ali que eu e Carpena gravamos as primeiras idéias sobre esse novo Código, para que se difundissem para o Brasil inteiro as suas mensagens. Também a EMERJ, sob a gestão de Carpena, promoveu importantíssimos seminários e congressos. Lembro-me perfeitamente do que comemorou os 10 anos do Código de Defesa do Consumidor, os 10 anos da Lei do Inquilinato, a Comissão criada para discutir e sugerir mudanças para o Código Penal, em suma, uma atividade absolutamente diversificada em que Carpena dava de si o que de melhor um ser humano pôde oferecer para construir e consolidar um sonho. Cláudio construiu os alicerces, Carpena ergueu a estrutura e feliz o Tribunal ao manter esse ritmo e ampliá-lo, porque agora coube a Sergio Cavalieri não só acabar a implantação desses projetos, como também, com a sua extraordinária força de trabalho, consolidá-los ainda mais, transformando a

EMERJ num orgulho do Judiciário Fluminense. Por isso, Carpena, esteja certo de que a inauguração do seu retrato não é um gesto protocolar, não é um ato de rotina acadêmica. Nós queremos fazer da inauguração do seu retrato um reconhecimento da nossa gratidão pelo que você se deu à construção desse sonho iniciado com Cláudio e amadurecido e consolidado por Cavalieri. É evidente que o seu retrato, Carpena, não estará apenas pendurado na sala VIP da EMERJ. Ele está há muito tempo e ficará sempre gravado em nossos corações, na gratidão e na memória de nossos corações. Mas é importante ter o seu retrato na sede da EMERJ, não para nós que conhecemos perfeitamente o que você fez por ela, mas para as futuras gerações, porque o Brasil é um país muito jovem e é característica dos países jovens uma memória curta. Não costumamos preservar nossos heróis, e é preciso então que as futuras gerações de juízes que continuarão fazendo desse Tribunal um Tribunal de Justiça, e uma referência em termos de realização da justiça, saibam que tudo começou com vocês. E é desse sonho que, em sonhando, já o tornou responsável, que nós tiramos o combustível para essa homenagem. Todos nós, seus amigos e admiradores, Carpena, unimo-nos por ocasião da feliz coincidência do seu aniversário, para tributar a você a nossa profunda gratidão pela capacidade que você teve, apesar dos seus inúmeros compromissos profissionais e familiares, de se dar inteiramente a um projeto em que você sempre confiou. O seu retrato será o símbolo do homem que sonha, que realiza os seus sonhos e que será sempre modelo e inspiração. Meus parabéns e seja muito feliz.

***Des. Sergio Cavalieri Filho***

O nosso eminente Presidente do Tribunal de Justiça está me dizendo que não queria falar, mas acho que é obrigatória a sua fala. Nós todos gostaríamos de ouvi-lo, porque é a voz oficial do nosso Tribunal de Justiça.

***Des. Miguel Pachá***

Desembargador Cavalieri, Diretor da Escola da Magistratura, Desembargador Carpena Amorim, Segundo Vice-presidente do Tribunal hoje homenageado pela Escola, Senhor Corregedor-Geral de Justiça, Senhor Vice-Presidente do Tribunal de Justiça, Senhores

Desembargadores, Senhor Ministro, minhas senhoras e meus senhores ilustres magistrados e serventuários aqui presentes. Somente por uma gentileza muito grande é que a Escola da Magistratura defere sempre ao Presidente do Tribunal a incumbência de falar após um orador oficial. Na realidade, o Presidente do Tribunal não precisaria dizer mais nada do que foi dito pelo nosso grande orador que é o Sylvio Capanema. Sylvio Capanema já manifestou toda alegria, toda satisfação, toda a gratidão dos magistrados do estado do Rio de Janeiro pela obra realizada pelo ilustre Desembargador Carpena Amorim. Chegamos no mesmo ano ao Tribunal de Alçada. Tive o prazer de ser seu Vice-Presidente, quando Carpena exerceu a Presidência daquele Tribunal que deixou relevantíssimos serviços à Magistratura do estado do Rio de Janeiro e à Magistratura do Brasil. Chegamos ao Tribunal de Justiça e hoje, como que invertidos os papéis, estou na Presidência do Tribunal e Carpena, na Vice. É preciso que eu diga nesse instante que eu tenho contado com a figura, com o apoio, com a ajuda do Carpena Amorim para administrar o Poder Judiciário. Isso é uma obrigação do Presidente, nesta hora, dizer em público para que todos saibam que aquilo que se faz neste estado é uma obra de uma equipe, de pessoas que estão imbuídas exatamente de um espírito de bem-servir à Magistratura e de bem-servir à Justiça do estado. Eu devo dizer que se hoje o Tribunal de Justiça é uma referência nacional, como tem sido apontado, quer por outros Tribunais quer mesmo pelos Tribunais Superiores do país, isto se deve em grande parte à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Se apontam o Tribunal de Justiça do Estado como um modelo, exatamente falam da Escola da Magistratura. A Escola da Magistratura tem dado este suporte ao Tribunal de Justiça. É preciso, portanto, que se agradeça à Escola por toda esta obra que vem realizando. É uma obra que tem que ser copiada por outros Tribunais. Não adianta fazerem planos mirabolantes, não adianta pretendem criar uma Escola Nacional que não tenha ainda modelo, que ainda não tenha tradição. É preciso que venham aqui, ao estado do Rio de Janeiro, e conheçam o que a Escola vem fazendo. Eu tive a oportunidade de vir aqui na inauguração do retrato do primeiro Diretor da Escola, Cláudio Vianna de Lima. Estou vindo agora, com muito prazer, à inauguração do retrato do Carpena Amorim, mais para testemunhar o agradecimento do Tribunal de Justiça à obra que Sua Excelên-

cia realizou, a esta obra importante para o bom funcionamento do Poder Judiciário. Espero, Sergio Cavaliere, voltar aqui, não como Presidente, porque nosso mandato terminará no mesmo dia. Espero voltar aqui para também participar das homenagens que por certo lhe serão feitas, como continuador desta obra. Esta Escola tem nome, esta Escola é uma Escola digna, esta Escola tem tradição e não se faz a tradição de nenhum setor sem que exista uma continuidade administrativa. Isto nós temos feito aqui. Cláudio Vianna de Lima estabeleceu as bases, o nosso querido Carpena Amorim fez desta Escola a Escola do Juiz e hoje o Sergio vem realizando um monumental trabalho nesta Escola. É por isso que a Presidência do Tribunal quer sempre estar presente a todos os eventos da Escola. A palavra do Presidente seria absolutamente desnecessária, não fosse para manifestar a alegria e a satisfação de aqui estar e muito mais do que isso para agradecer o trabalho que vêm realizando os Diretores desta Escola e hoje, especialmente, esta homenagem ao Carpena Amorim que, além de ser meu amigo, além de estar comigo na Justiça, nós ainda temos um bom gosto, porque somos vascaínos. Um abraço.

#### ***Des. Sergio Cavaliere Filho***

Tenho repetido muitas vezes que como Diretor desta Escola recebi da Presidência do Tribunal o mais integral apoio, sem o que a Escola não teria condições de dar os passos que deu. Então, mais uma vez, gostaria de agradecer ao nosso eminente Presidente pelo apoio recebido. Vamos ter agora a oportunidade de homenagear quem fica ao lado do Carpena, não atrás, ao lado. A minha esposa vai entregar à Marlene um arranjo de flores, para demonstrar nossa simpatia e gratidão.

#### ***Des. Manoel Carpena Amorim***

Bem, eu quero tranqüilizar a todos. Não vou fazer um discurso. Evidentemente que depois das palavras do nosso querido Capanema qualquer outra palavra seria uma demasia, não é? O Capanema tem esse encanto. Eu costumo dizer que pessoas como ele, e são tão raras pessoas que falam tão bem como ele, são verdadeiros encantadores de serpentes, não é? Ele cria aquele clima, de quem ama essa Escola. Mas eu quero saudar nosso querido Presidente, Desembargador Miguel Pachá, Desembargador Sergio Cavaliere, Desembargador Lucas,



Desembargador Celso Guedes, Desembargador, meu querido Vice-Presidente Pestana de Aguiar, do Capanema eu já falei, Desembargador Perez. Eu gosto muito de improvisar, talvez pela minha formação profissional, que é de improvisação, mas a minha mulher hoje me proibiu. Ela disse “você tem que escrever algumas coisinhas”. Então eu escrevi duas coisinhas muito pequenininhas. Não se assustem, pois são muito pequenas. Eu prometo que não vou massacrá-los com outras coisas além das necessárias para encerrar este momento. É mais um agradecimento do que um discurso. Eu disse assim: muito obrigado pelas palavras generosas que me foram dirigidas, aliás, eu nunca fui tão homenageado. Eu estou aqui deslumbrado com isso tudo. Eu estou me sentindo importante. Muito obrigado aos que compareceram a essa solenidade. São tantos amigos, tantas pessoas queridas, tantos companheiros... eu estou admirado! Eu, quando era Diretor, dizia o seguinte: “esse auditório é muito bonito, talvez o auditório mais bonito do Rio de Janeiro, mas ele só é mais bonito quando visto daqui, completamente lotado. Hoje ele não está completamente lotado, mas está muito cheio e com pessoas tão importantes”. Eu vou me aproveitar também da imagem que o Sergio fez com tanta oportunidade para, na pessoa do nosso Ministro, nosso querido Ministro Waldemar Zveiter saudar a todos que se encontram aqui conosco. Muito obrigado aos funcionários da EMERJ que me ajudaram a administrar essa Escola, à atual direção que me proporcionou esse momento tão importante da minha vida. Eu dizia, eu acabo improvisando, como é do meu feitio, eu gosto mais de improvisar o discurso, mas neste caso minha mulher me proibiu de falar assim e, com razão, porque a emoção poderia modificar o real sentido das palavras em prejuízo das idéias. Enquanto o Desembargador Capanema, que trabalhou comigo na Escola, discorria com invulgar talento de todos conhecido sobre as realizações da minha gestão, fiquei pensando: qual teria sido realmente a mais positiva de todas as minhas reformas implantadas naquela época: o tratamento acústico das salas de aula, o programa de interiorização, a expansão da EMERJ pelo Brasil e pelo exterior, a transformação da biblioteca, a Revista, a reforma dos auditórios, a reforma do gabinete, o Fórum Café, o Espaço Cultural, a criação dos Fóruns Permanentes de Debates, a televisão? Para nós, a grande transformação, base de todas as outras, foi a mudança ideológica. Foi a partir da nossa gestão que a

Escola voltou-se prioritariamente para a formação profissional do magistrado. Só isso justificaria tudo o que fizemos, enfim, de tudo fica a lembrança. Aqui eu vivi intensamente quatro anos da minha vida funcional. Lembro-me bem de quando passei o comando funcional da EMERJ ao seu atual Diretor. Declarei naquela oportunidade que estava triste por deixar a Escola e que só uma coisa atenuava o meu desamparamento: passar a Direção-Geral para as mãos ilustres do Desembargador Sergio Cavaleri que, como de fato ocorreu, levaria a Escola em busca do seu destino, dadas as suas qualidades de magistrado, de jurista e de educador. Hoje, meu caro companheiro, podemos nos orgulhar de termos realizados, e Vossa Excelência ainda à frente desse processo, a obra mais importante da Magistratura Fluminense: a formação dos nossos juizes. Costumo dizer que de nada valeria a enunciação dos diversos Direitos da Cidadania proclamados pela Constituição Federal se não tivermos para protegê-los e afirmá-los um juiz convenientemente preparado. Certa vez, em seminário que realizamos pelo Centro de Estudos Criminais, que tenho a honra de presidir, afirmei que este é um espaço sagrado, o coração da Magistratura do nosso estado, onde também por circunstâncias da vida deixei o meu coração. Muito obrigado!



**EMERJ**

# Sumário

## **CRIME INFORMÁTICO**

*Álvaro Mayrink da Costa – Desembargador do TJ/RJ. Professor da EMERJ e do curso de mestrado da Universidade Candido Mendes*

**27**

1. Generalidades; 2. A macrossociedade e a revolução Cibernética; 3. O documento eletrônico; 4. Criptologia; 5. Assinatura digital; 6. Autenticidade do documento eletrônico; 7. A criminalidade informática; 8. O momento consumativo; 9. Culpabilidade; 10. Sujeitos; 11. Características do atuar reprovável; 12. Bem jurídico; 13. Classificação típica; 14. Conclusão.

## **NOTAS SOBRE O CONTROLE EXTERNO DO PODER JUDICIÁRIO**

**41**

*Nilo Batista - Advogado e Professor Titular de Direito Penal da UERJ e da Universidade Candido Mendes.*

Conceitos de "controle externo" e de "sistema de controle interno de cada Poder" (artr. 70 da C.F.). Tensão entre eles. Impensável fiscalização quanto à economicidade da leitura do art. 70, porque não cabe aplicar com respeito a uma decisão judicial. Quem se atreveria a considerar a lucratividade das sentenças como um indicador idôneo do desempenho do Poder Judiciário? A tese de transferência do Poder Judiciário: de âmbito público para o privado. A tentativa da arbitragem. Os conflitos sociais desviados do Judiciário para as chamadas agências reguladoras. As C.P.I. parlamentares de baixa produtividade investigatória constituem um abuso. Quem estaria interessado em neutralizar o Poder Judiciário? Não será difícil responder. Para voltar ao art. 70, o controle interno do Judiciário é bem superior ao do Executivo e ao do próprio Legislativo.

## **ORÇAMENTO**

**Nagib Slaibi Filho** - Desembargador do TJ/RJ. Professor da EMERJ e da Universo.

**47**

1. Definição e aspectos do orçamento.
2. Modalidades de orçamento.
  - 2.1. O Plano plurianual.
  - 2.2. Lei de Diretrizes Orçamentárias.
  - 2.3. Lei orçamentária anual.
3. Princípios orçamentários.
  - 3.1. Princípio da legalidade.
  - 3.2. Princípio da unidade orçamentária.
  - 3.3. Princípio da universalidade.
  - 3.4. Princípio da anualidade.
  - 3.5. Princípio da exclusividade.
  - 3.6. Princípio da não afetação da receita de impostos.
  - 3.7. Princípio do nominalismo dos créditos orçamentários.
  - 3.8. Princípio da responsabilidade fiscal.

## **REFORMA TRIBUTÁRIA. NECESSIDADE DE UM NOVO SISTEMA**

**62**

**Ives Gandra da Silva Martins** - Professor Emérito da Universidade Mackenzie e Presidente do Conselho de Estudos Jurídicos da Federação do Comércio do Estado de São Paulo.

O início da reforma, de pouca monta, que se fez em 2003 (E.C. nº 42/03); a integração dos espaços comunitários, cujo principal problema é o fato de termos o ICMS regionalizado. A E.C. 42/03 contribuiu para piorar o texto de 1988. Sua Ementa teve origem na PEC 41/03. O art. 146 explicitou o art. 179 da CF que já continha tal disposição. O parágrafo único beneficia mais ao fisco do que ao contribuinte. O art. 146 é positivo, evita concorrência predatória. Espera-se que a lei seja rapidamente publicada. E será lei ordinária federal. As alterações positivas e outras nem tanto. Considerações diversas sobre dispositivos da Reforma nº 42/03 que poderia ser considerada pífia, ou mais um remendo. A aproximação nítida dos sistemas tributários mundiais nas duas primeiras décadas do século XXI. O Brasil sofre também com o problema, por ter regionalizado o IVA e dividido o imposto em 5 imposições circulatórias, todas não-cumulativas (PIS, COFINS, ICMS, ISS, IPI). A proposta que fez, em 1990, de um novo sistema tributário (vide texto).

## **A RESPONSABILIDADE MÉDICA E O DEVER DE INFORMAR**

**81**

*Sergio Cavalieri Filho – Desembargador do TJ/RJ. Diretor-Geral da EMERJ e Professor da Universidade Estácio de Sá*

1. A personalização do consumidor. 2. O direito à informação. 3. A atividade médica e o dever de informar. 4. Limites do consentimento informado.

## **DA HIPOSSUFICIÊNCIA**

**88**

*Rogério de Oliveira Souza – Juiz de Direito do TJ/RJ.*

1. A hipossuficiência no sistema jurídico. 2. O assento constitucional. 3. A hipossuficiência e insuficiência de recursos. 4. A hipossuficiência e a relação de consumo. 5. As espécies de hipossuficiência. 6. A relevância da hipossuficiência de informação. 7. A conseqüência processual da hipossuficiência.

## **A TRANSMISSIBILIDADE DO DIREITO DE INDENIZAÇÃO DO DANO MORAL**

**99**

*André Gustavo Corrêa de Andrade - Juiz de Direito do TJ/RJ. Professor de Direito Civil e Processo Civil da EMERJ.*

1. Introdução. 2. As correntes formadas acerca da questão da transmissibilidade *mortis causa* do direito de indenização do dano moral. 2.1. Intransmissibilidade. 2.2. Transmissibilidade condicionada. 2.3. Transmissibilidade (incondicionada). 3. A questão da transmissibilidade *mortis causa* da indenização do dano moral na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. 4. A compatibilidade da tese da transmissibilidade com o ordenamento jurídico. 5. A transmissibilidade *inter vivos* (cessibilidade) do direito à indenização do dano moral. 6. Considerações finais.

## **TRANSPARÊNCIA ADMINISTRATIVA E PARTICIPAÇÃO DA MAGISTRATURA NOS ORÇAMENTOS DO PODER JUDICIÁRIO.**

**120**

*Luis Felipe Salomão - Juiz de Direito no TJ/RJ e ex-Presidente da Associação dos Magistrados do Estado do Rio de Janeiro.*

I. Introdução. II. Síntese histórica brevíssima sobre o orçamento público e sua finalidade atual. III. O planejamento como decisão política. IV – Brevíssimo histórico sobre as formas administrativas do Judiciário e a evolução quanto à elaboração do seu orçamento. V. A elaboração da proposta orçamentária do Poder Judiciário com a participação dos juízes. A experiência do Rio de Janeiro. VI. Conclusão.

## **DIREITOS SOCIAIS: SUA CIRCUNSTÂNCIA E SUA JUSTICIABILIDADE**

**138**

*Maria Cristina de Brito Lima - Juíza de Direito do TJ/RJ.*

1.1. Percurso Inicial. 1.2. A constitucionalização: o confronto com a fundamentalidade. 1.2.1. As peculiaridades constitucionais. 1.2.2. A especificidade brasileira. 1.3. Normas concretizadoras. 1.4. Regime específico. 1.5. Os direitos sociais e seu desafio. 1.6. A questão da justiciabilidade. 1.7. Efetivação e alcance das normas de Direito social. 1.8. Papel consciente do Poder Judiciário.

## **DANO AMBIENTAL E VIOLAÇÃO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PESSOA JURÍDICA: FUNDAMENTO PARA A RESPONSABILIZAÇÃO PATRIMONIAL DO SÓCIO: RELATIVIZAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA.**

**167**

*Gustavo Bandeira - Juiz de Direito da 1ª Vara Empresarial do TJ/RJ.*

1. Introdução. 2. A função social da pessoa jurídica e sua relatividade. 3. A atividade promocional do Estado e a função social da pessoa jurídica. 3.1. A personificação da pessoa jurídica como atividade promocional do Estado. 3.2. A função social da pessoa jurídica. 4. A defesa do meio ambiente. Princípio constitucional. Direito da terceira geração. 5. O sentido da "desconsideração" prevista na Lei 9.605/98 (simetria com § 5º, do art. 28 do CDC). 6. O meio ambiente

e a relativização da pessoa jurídica. 7. Pressupostos para a relativização da pessoa jurídica. 8. O enquadramento da responsabilidade civil por danos ao meio ambiente. Responsabilidade objetiva fundada no risco da atividade ou fundada no risco integral? 9. Considerações finais. 9.1. Confronto entre a relativização da pessoa jurídica e a teoria da desconsideração da personalidade jurídica. 9. 2. Conclusão.

## **RESPONSABILIDADE DAS EMPRESAS PRODUTORAS DE CIGARRO**

**204**

*Paulo Maximilian Wilhelm Schonblum - Professor da EMERJ e da Universidade Estácio de Sá. Mestre em Direito.*

*Melissa Areal Pires – Professora da Universidade Estácio de Sá.*

Introdução. 1. Problemática e aplicabilidade do Código de Proteção e Defesa do Consumidor. 2. Análise dos Pontos controvertidos. 2.1. Licitude da atividade. 2.2. Existência do vício ou fato do produto. 2.3. Vício de informação. 2.4. Publicidade. 2.5. O nexu causal. 2.5.1. O cigarro como fator de perigo. 2.5.2. A inexistência de nexu causal. 3. Jurisprudência. Conclusão.

## **REFLEXÕES SOBRE A COISA JULGADA E SUA RELATIVIZAÇÃO**

**231**

*Sérgio Ricardo de Arruda Fernandes – Juiz de Direito do TJ/RJ*

1. O dilema a ser equacionado: como equilibrar a coisa julgada indispensável à segurança das relações jurídicas com a possibilidade de corrigir eventual injustiça da própria decisão passada em julgado? Não é fácil a tarefa. 2. O caso da desapropriação por valor muito superior ao do imóvel. Abriu-se precedente para evitar lesão (alteração do art. 188, I do CPC), de grande monta, ao patrimônio público. Nova avaliação. Casos de investigação de paternidade quando o investigado se recusa a se submeter ao exame de DNA. A questão da sentença nula e a da inexistente. Indagações importantes sobre a questão, sem elucidações na moderna



teoria da "coisa julgada inconstitucional". A inconstitucionalidade argüida na ADIN 2.318. A dúvida bem inspirada colocada na indagação de Leonardo de Faria Beraldo em artigo de obra coletiva. (2ª edição ed. Am. Jurídica 2004)

## **DA DISPENSA DE LICITAÇÃO NA CONTRATAÇÃO DE ÓRGÃO OU ENTIDADE EXPLORADORA DE ATIVIDADE ECONÔMICA**

**247**

*Eduardo Azeredo Rodrigues - Procurador do Tribunal de Contas RJ e Professor Universitário.*

1. Introdução. 2. Impossibilidade de aplicação do art. 24. inc. VIII, da Lei nº 8.666/93, às contratações que envolvam diferentes esferas federativas. 3. Conclusão.

## **A GLOBALIZAÇÃO NO CAMPO JURÍDICO**

*Décio Xavier Gama – Desembargador do TJ/RJ*

**258**

1. Introdução. 2. Uma antiguidade histórica. O distanciamento das civilizações. 3. Os povos se aproximam. 4. A diplomacia também consegue reduzir os conflitos de interesses entre países de forma globalizada. 5. Ciência e Direito 6. A adoção de normas quase idênticas às de outros países. 7. O comércio multilateral. Perdão de dívidas. 8. A crítica dos céticos e dos globalistas.

## **DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. REFERÊNCIAS METODOLÓGICAS E REGIME JURÍDICO**

**271**

*Emerson Garcia - Promotor Público no Estado do Rio de Janeiro. Mestrando em ciências jurídico-políticas pela Universidade de Lisboa.*

1. Contextualização do tema. 2. Os percursos metodológicos à dignidade. 3. A dignidade humana e a sua carga semântica. 4. A positivação da dignidade humana. 5. A dignidade humana como limite material de revisão constitucional. 6. Regime Jurídico. 6.1. A dignidade humana como direito subjetivo público. 6.2. A dignidade humana' como mandado constitucional ou princípio diretor. 7. Epílogo.

## **MINISTÉRIO PÚBLICO: POR UMA VERDADEIRA AUTONOMIA FUNCIONAL**

**301**

*Bernardo Montalvão Varjão de Azevedo – Professor de Direito Penal e Processo Penal da UCSal e da Escola Superior do M. P. da Bahia.*

1. Introdução. 2. Pressupostos para sua verdadeira independência funcional. 3. O problema da não personalidade jurídica do Ministério Público. 4) Conseqüências pragmáticas no ordenamento jurídico vigente e sua necessária releitura constitucional, de maneira a conferir eficácia ao mandamento constitucional que estabelece a independência funcional do Ministério Público. 5. Conclusões.

## **BREVÍSSIMAS CONSIDERAÇÕES ACERCA DO ESTATUTO DO DESARMAMENTO COM A REGULAMENTAÇÃO QUE LHE DEU O DECRETO 5.123/04**

**316**

*Cláudia Barros – Promotora de Justiça em Nova Iguaçu e Professora da EMERJ e da Universidade Estácio de Sá.*

A Lei nº 10.826/03 e seus estágios proibitórios de porte de arma de fogo. Denegação do porte e em seguida proibição de comercialização de armas no país. A proibição do porte de e as exceções para o porte e para a comercialização. A revogação do delito de porte de arma de brinquedo. O Decreto 5.123/04, que manteve os critérios de regulamentação de Decreto anterior. Prazo para registro do porte de arma. Ter arma com registro anterior regular não constitui infração. Competência da Justiça Estadual salvo quanto ao art. 18 para o exame dos crimes da Lei 10.826/03.



**EMERJ**

# Crime Informático

**ÁLVARO MAYRINK DA COSTA**

Desembargador do TJ/RJ. Professor da EMERJ e do Curso de Mestrado da Universidade Cândido Mendes

## 1. Generalidades

A macrossociedade sofre profundas modificações no plano psicossocial, econômico e político, nos tempos contemporâneos, cujos efeitos nas áreas anômicas ocorrem de forma impressionante; todavia, no plano do ser, torna-se difícil medir os efeitos que irão gerar na primeira década do novo século.

Anota-se, no campo do direito, reflexos que se tornaram constantes desafios aos doutrinadores, legisladores e aplicadores da lei. Tais fenômenos, especialmente focados nos campos da informática e das telecomunicações, diante da globalização, ultrapassam os limites nacionais, trazendo uma interdependência entre os povos do planeta e, como tal, diante dos conflitos globais, uma criminalidade transnacional.

Como operadores do direito, podemos inicialmente vislumbrar vertentes que se constituem a partir da separação do meio e mensagem, do aumento do poder decisório do indivíduo, do maior destaque às etnias e realidades regionais e na busca permanente do objetivo da integração internacional.

A título de ilustração, citaríamos o meio e a mensagem na evolução histórica da humanidade com as grandes mudanças, das quais tem maior realce sem dúvida, a informação, a qual acarreta problemas jurídicos vinculados aos atos realizados à distância ou através de equipamentos eletrônicos.

Outrossim, os avanços da tecnologia permitem à pessoa humana, isoladamente, buscar a informação onde melhor lhe aprouver. Daí surge uma pluralidade de comportamentos que escapam aos controles normativos.

Por último, desde a Revolução Francesa, com o desenvolver de um mito universalista, a história da humanidade no mundo atual procura uma sintonia com interesses próximos da realidade em razão de tradições e experiências regionais; há, pois, a constante perda de uma visão universalista pela ampliação de um universo regionalista (Comunidade Européia, Mercosul, Nafta etc.), isto é, a procura da formação de blocos integrando realidades distintas, mas complementares.

## **2. A macrossociedade e a revolução cibernética**

É evidente a mudança no conceito clássico de soberania, na proporção da tendência atual da união de complementariedade na formação de blocos, grupos e mercados comuns identificando-se com os interesses da comunidade internacional.

Com a tecnologia, em destaque a informática, a pessoa humana deixou de ser uma figura abstrata, de ser um objeto em um processo político, constituindo-se em um verdadeiro ator que inaugura um plurirrelacionamento com outras pessoas humanas em qualquer parte do planeta, abstraindo-se de ter ou não conhecimento.

A crise conceitual da soberania sob o enfoque clássico deve-se à informática e as telecomunicações, visto que não temos mais uma sociedade circunscrita a um limite territorial, mas uma macrossociedade global, que em suas trocas muitas vezes atua anomicamente. Perdem a eficácia os provimentos judiciais diante das novas realidades, em nossa área indicando-se, como exemplo, o crime organizado, o que requer a criminalização de novos comportamentos, como a lavagem de dinheiro, gerando a necessidade da modificação das legislações regionais diante da nova realidade global. Há a exigência, por força de tal realidade virtual, de ser redefinido o perfil do comportamento do indivíduo e dos grupamentos sociais. O desafio do operador do Direito, no plano do ser, está no reconhecimento de novos instrumentos de comunicação e informação para capacitar, no campo do dever-ser, observado o mínimo de intervenção, impondo ao legislador penal, na criação de modelos, para dar garantia através de novas figuras, a vida dos indivíduos na macrossociedade.

Assim, é do consenso geral que o computador se constituiu na inovação tecnológica mais importante do nosso tempo, no que se

denominou na década de 80, de revolução cibernética. De um lado, vislumbra-se a fonte do poder, pois quem utiliza a informática recebe mais rapidamente informações, formando um maior universo de conhecimentos.

Não podemos olvidar, nos reflexos gerados diante dos avanços da informática, as vulnerabilidades pertinentes à autenticidade, à integridade, à confiabilidade e, como requisitos formais, à eficácia e validade dos documentos virtuais.

### **3. O documento eletrônico**

Anotamos, no campo formal, o óbice relativo à autenticidade do documento ou da mensagem, produzidos ou transmitidos remotamente (*home banking*). É relevante a validade do documento eletrônico, bastando exemplificar que a mensagem enviada por *e-mail* dificilmente terá validade jurídica plena, equiparando-se à prova oral pois, através de recursos técnicos, há possibilidade da alteração de documentos digitais sem deixar vestígios. A equiparação do documento eletrônico ao documento físico escrito e assinado (art. 368 do CPC.) deve estar certificada digitalmente por meio da criptografia assimétrica, caso contrário, teríamos um contrato cuja forma se assemelharia à forma verbal.

Para Carnelutti, a assinatura escrita possui três funções elementares: *indicativa, declarativa e probatória*. A nosso aviso, o conceito de documento é amplo, admitindo a representação livre dos fatos, atos e manifestações da vontade. O documento eletrônico é admitido nos países de sistema de livre apreciação, devendo o julgador atribuir os efeitos e a força probatória, após precisa valoração da comprovação de sua autenticidade. Não podemos olvidar, diante do art. 335, do CPC., e na falta de normas jurídicas particulares, que o julgador deverá aplicar as regras da experiência comum subministradas pela observação do que originariamente acontece no cotidiano da vida e, ainda, as regras emanadas da experiência técnica, ressalvado, quanto à esta, o exame pericial, trilhando-se pelo princípio da livre apreciação judicial da prova.

#### 4. Criptologia

A legislação brasileira tem caminhado. A Medida Provisória nº 2.200, de 28 de junho de 2001, que instituiu a Infra Estrutura de Chaves Públicas Brasileiras, veio a dar a garantia da comunicação com órgãos públicos por meios eletrônicos. Dos projetos apresentados, o mais completo é o projeto n.º 1.589/99, de iniciativa da OAB, através do qual propõe a equiparação do "*documento eletrônico assinado pelo seu autor, mediante sistema criptográfico de chave pública*".

Objetivando assegurar a privacidade, a identidade da autoria e a inalterabilidade do conteúdo em relação à segurança dos contratos virtuais surgiu a criptologia, representativa da codificação de informações de forma a impedir a interceptação não desejada através de convenções secretas às partes contratantes e às testemunhas. Recorde-se que a mensagem é criptografada na origem e o destinatário recebe uma chave que serve tanto para codificação como para a descodificação. O sistema de utilização de chaves *públicas* e *privadas* garante o sigilo das transações ocorridas em rede e possibilita a identificação do remetente e do receptor, pois é atribuída ao remetente uma chave privada, de seu exclusivo conhecimento, enquanto o destinatário deverá saber a chave pública, correspondente à chave privada do remetente, única que tem a possibilidade de decodificar a mensagem enviada. Portanto, a utilização da chave privada quase se assemelha à assinatura eletrônica. O conceito de mensagem para o computador refere-se a um banco de dados, armazenado em arquivo seguro, transmitido via digital. (*Electronic Data Interchange – EDI*).

#### 5. Assinatura digital

O Anteprojeto de Lei n.º 158/99, encaminhado pelo Deputado Federal Michel Temer, acolhe a criptografia assimétrica como linguagem segura para caracterizar a assinatura digital e constituir o documento eletrônico. Na esteira de Raimundo Zagami, "Uma firma digital é um conjunto de caracteres alfanuméricos resultantes de complexas operações de criptografia efetuadas por um computador sobre documentos eletrônico"<sup>1</sup>. A validade das assinaturas eletrônicas

---

<sup>1</sup> N.R. Renato M. S. Olice Blum, "O Processo Eletrônico: Assinaturas, Documentos e Instrumentos Digitais", in *A Internet e os Tribunais*, São Paulo, Edipro, 2001.

constitui a questão de maior relevo. A assinatura digital não é uma assinatura diante do modelo do inciso II, do art. 585, do CPC., sendo conferida pela criptografia, através de suas chaves e certificados. Nos dias atuais, as senhas bancárias ou de cartões de pagamento são identificadoras dos pólos da relação jurídica, sendo intermediária da operação a Instituição Financeira depositária dos códigos e a capacidade do pagador. Quem assina a senha é o seu detentor. Portanto, a assinatura eletrônica é a realizada em forma de sinal, marca ou código identificador de determinada pessoa em uma operação certificada de forma eletrônica. O documento eletrônico não é usualmente assinado de próprio punho, mas pode-se seguramente aferir a autenticidade da assinatura digital, a qual possui cunho declarativo e constitutivo de direito e obrigações.

## **6. Autenticidade do documento eletrônico**

A assinatura digital por uma chave privada e uma chave pública (criptologia assimétrica) é a mais segura, sendo necessário que exista uma autoridade certificadora que emitirá um *certificado* contendo a chave pública do usuário, e esse certificado acompanhará os documentos eletrônicos assinados, dando características básicas de autenticidade. As características essenciais da assinatura assimétrica são: a) autenticidade do documento para a geração de efeitos jurídicos; b) impossibilidade de falsificação porque só o subscritor tem a chave que possibilita assinar o documento; c) vedação de utilização em novo documento; d) impossibilidade de modificação das características do documento depois de assinado pelo autor e vedação de contestação, desde que empregado um sistema aprovado e esteja certificado o documento.

Já podemos aferir autenticidade da assinatura no instrumento, no papel utilizado, em função do documento de identidade, diante de laudos técnicos e verificação estática. Busca-se superar a vulnerabilidade em tema tão importante sincronizando a autenticidade do documento e da mensagem do agente produtor, emissor ou receptor. Não se olvide que identidade do autor é elemento fundamental na sociedade virtual. A assinatura digital está associada a uma senha que habilita o usuário a certas operações, é uma assinatura por ficção, que dependeria de norma expressa e não de mera



previsão contratual ou de praxe comercial. A assinatura e as testemunhas são figuras ligadas a átomos, daí o desafio. Não se oblitere que a senha (*password*), constitui conjunto de caracteres que pode ser numérico ou alfanumérico, utilizado para proteger as informações sigilosas de pessoas não autorizadas, podendo ser agrupadas em senhas de acesso e na denominada assinatura digital. O acesso (entrar, ingressar, encontrar, iniciar), significa que a pessoa está entrando em contato com as informações do banco de dados. Há sempre o risco da *clonagem* de cartões eletrônicos, que se dá pela cópia do que se encontra na sua tarja magnética ou pelo acesso aos computadores centrais das entidades financeiras ou de crédito. As senhas são seqüências de *bits*, e aquele que tiver a sua posse terá acesso às informações. Daí a necessidade de instrumentos para enfrentar este novo modelo de criminalidade (senhas, certidão e autenticação, criptografia e esteganografia).

## 7. A criminalidade informática

A criminalidade informática oferta as mesmas características da informatização global; senão vejamos: *a transnacionalidade* (todos os países fazem uso da informática independentemente do seu estágio econômico, social ou cultural) e portanto, o injusto penal se encontra em toda sociedade global; *a universalidade* (todas as pessoas de qualquer plano econômico, social ou cultural têm acesso aos produtos informatizados); *a ubiqüidade* (a informatização está presente em todos os setores públicos e privados no planeta).

Assim, observamos a presença da informática como o mais novo e preponderante fator criminógeno, pois de um lado abre maior espaço aos infratores para o cometimento de injustos penais, utilizando-a como ferramenta eficaz, potencializando ilicitudes como estelionato, o racismo, a pedofilia e os crimes contra a honra; de outro, permite o cometimento de novas ilicitudes, exemplificando-se: a utilização abusiva da informação armazenada, violando o direito à privacidade, à intimidade e à imagem dos indivíduos. Em síntese, temos os injustos penais cometidos pelo uso do computador (*computer crime*), bem como contra o computador (*hardware, software*) ou mesmo contra a própria informação.

## 8. O momento consumativo

O momento consumativo do crime do computador exige a verificação do *iter* percorrido, salientando-se, para tanto, o momento da entrada dos dados (*input*), a programação dos dados, o processamento dos dados, a saída dos dados (*output*) e a comunicação eletrônica. Significa dizer que o *iter* exige a verificação do planejamento, preparação, execução, consumação, com ou sem exaurimento, onde se inclui a destruição de provas.

## 9. Culpabilidade

Questão polêmica diz respeito à capacidade de culpabilidade, mais especificamente, à imputabilidade como pressuposto da culpabilidade. A dificuldade está em se identificar o autor do ato nas transações eletrônicas. E, no campo da responsabilidade civil, a culpa *in vigilando* (ausência do dever de cuidado na guarda de senha de acesso). A culpa *in eligendo* assume relevância especial no caso de contratações de bens e serviços da informática. E a culpa *in omittendo* caracteriza-se pela omissão de informações relevantes. Já a culpa *in custodiendo* pode-se configurar em relação à guarda de dados (recursos financeiros) que os clientes do banco fazem trafegar pela rede no âmbito da prestação de serviços; por último, a culpa *in contraendo* situa-se nas condições em que o banco se encontra no momento da oferta dos seus serviços. Não podemos olvidar o respeito à integridade dos documentos e das mensagens, e o da confiabilidade das comunicações que transitam na comunicação à distância através de rede de computadores<sup>2</sup>. O sigilo informático é uma preocupação de todos (grampeamento das comunicações, gravações ou cópias não autorizadas das mensagens, dados, documentos e informações enviadas eletronicamente).

Uma das grandes vulnerabilidades no combate à criminalidade informática é a ausência de dados empíricos, calculando-se a *cifra negra* em noventa e oito por cento (98%), indicando-se como fatores para seu alto percentual: a dificuldade probatória, a desconfiança da vítima na eficácia do sistema judicial, na aparência de legalidade do comportamento dos atores, e a pouca visibilidade diante do anonimato.

---

<sup>2</sup> Art. 5.º, inciso XII, da Carta Política de 88.

## 10. Perfil de sujeitos

Aspecto relevante para o criminólogo é o perfil dos sujeitos no crime do computador, pois o sujeito ativo, quer de direito público ou privado, via de regra é pessoa jurídica de grande poder econômico, que não comunica o ato de que foi vítima, alimentando o sistema de impunidade e o crescimento do comportamento ilícito.

## 11. Características do atuar reprovável

O sujeito ativo, pessoa física, está mais distante do glamour do *hacker* estudante de classe média acreditando-se genial com alta especialização informática. Os tempos românticos já passaram. Os delinquentes são pessoas que trabalham preferencialmente no ramo informático, empregados, e seu perfil acusa pouca temibilidade em relação à norma, insensibilidade à reação penal, motivado pelo animo de lucro, perspectiva de promoção, vingança ou tão-só para chamar a atenção.

São características do atuar desvalorado: a alta lesividade econômica, a conduta realizada em local distante do resultado (crime plurilocal), e a reiteração freqüente (crime continuado). Recorde-se que, quanto ao *lugar do crime*, a soberania dos Estados impõe a aplicação da lei penal em todo o seu território, ocorrendo situações que ultrapassam a sua fronteira, o que normalmente ocorre nos crimes do computador, principalmente com a utilização da *internet*. O nosso Código penal adotou, em seu art. 5º, o princípio da territorialidade como regra e, como exceções, os princípios da defesa (art. 7º, I e par. 3º), da justiça universal (art. 7º, alínea *a*) da nacionalidade (art. 7º, inc. II, alínea *b*) e da representação (art. 7º, II, alínea *c*). O Código brasileiro adotou a teoria da ubiqüidade para delimitar o local do crime. É comum o crime à distância, aquele em que a conduta é praticada fora do país e o resultado aqui ocorre, ou vice versa. Na prática, é necessário identificar-se o local da ação e do resultado.

Como vimos, o controle da criminalidade é altamente seletivo (*labelling approach*). Infelizmente, nos tempos atuais a impunidade o caracteriza, visto que não se trata de crime ostensivo, havendo complexidade técnica dos sistemas informáticos, o domínio da tecnologia, a confiança no computador, a falta de documentos escri-

tos das operações, a insuficiência de medidas de segurança e controle, a característica dos crimes plurilocais, a difícil prova da autoria, o medo da vítima de que durante o processo seja descoberto segredo empresarial.

## 12. Bem jurídico

No que concerne ao bem jurídico várias classificações são propostas, sendo que Bassiouni, à luz do Direito Penal Internacional, sugere: **a** – crimes que violam direitos à privacidade e outros direitos humanos; **b** – crimes que importam em novas formas de criminalidade econômica; **c** – crimes que representam perigos à segurança nacional. Não podemos esquecer o desafio neste novo campo do direito sob um aspecto multifacetado: **a** – tutela legal dos instrumentos informáticos; **b** – proteção da intimidade e de dados reservados; **c** – contratos informáticos; **d** – responsabilidade civil por danos emergentes da informática; **e** – delitos instrumentados mediante o uso do computador. Na busca da conceituação duas vertentes nos direcionam, uma dada pela Organização para a Cooperação Econômica e o Desenvolvimento (OCDE) que considera o delito informático (*computer crime*) qualquer conduta ilegal, não ética e não autorizada que viole o processamento automático de dados e/ou a transmissão de dados; a outra, por Tiedemann (1985), de que a criminalidade mediante computadores alude a todos os atos antijurídicos realizados com emprego de um equipamento automático de processamento de dados.

É certo que as modalidades delitivas tradicionais existentes antes da aparição do computador e agora realizadas por meio de sua utilização incrementaram as taxas de aumento da criminalidade com rapidez e impunidade.

## 13. Classificação típica

Podemos classificar os crimes do computador em puros e impuros, ou próprios e impróprios. Na verdade, os verdadeiros *computer crimes* são os puros ou próprios, pois os impuros ou impróprios são os crimes comuns realizados por *meio do computador*.

A classificação varia desde a baseada em Martine Briat, Ulrich Sieber e Marc Jaeger, para citarmos as mais tradicionais. A orientação

da legislação portuguesa, a nosso sentir, mais se alinha aos objetivos colimados (crimes ligados à informática): **a** – falsidade informática; **b**- dado relativo a dados ou programas informáticos; **c** – sabotagem informática; **d** – acesso ilegítimo; **e** – interceptação ilegítima; **f** – reprodução ilegítima de programa protegido. A legislação portuguesa elenca entre as penas aplicáveis às pessoas coletivas equiparadas: **a** - a admoestação; **b** – multa; **c** – dissolução; e entre as penas acessórias: **a**- perda de bens; **b** – caução de boa conduta; **c** – interdição temporária do exercício de certas atividades ou profissões; **d** – encerramento temporário do estabelecimento; **e** – encerramento definitivo do estabelecimento e **f** - publicidade da decisão condenatória. Em disposições finais, transitada em julgado a decisão, aplica-se a pena de dissolução através de processo de liquidação. Em relação à pessoa humana aplica-se a pena de prisão e a pecuniária.

A nosso sentir, a legislação portuguesa é a mais bem sistematizada normativamente. No direito pátrio os crimes informáticos puros e impuros, tipificados no Código penal e nas leis especiais podem ser anotados: **1** - crimes contra a honra (arts. 138, 139 e 140 do CP. e na Lei n.º 5.250/67, que regulam a liberdade de manifestação do pensamento e informação em seus arts. 20, 21 e 22; todos tratam dos tipos de calúnia, difamação e injúria. Em se tratando de crime de imprensa, a competência será o local da sede da empresa responsável pela divulgação, podendo ser a empresa construtora do *site* ou a que presta manutenção); **2** – crime de ameaça ( art. 147 do CP.); **3** – (*puro*) interceptação de *e-mail* (art. 151, do CP., Lei n.º 9.296/96 que regula o inciso XII, parte final do art. 5.º da Constituição e que prevê no seu art. 10.º): “*constitui crime realizar interceptação de ligações telefônicas de informática, ou telemática, ou de quebrar segredo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei*”). O Código Penal brasileiro trata no inciso III do § 1º do art. 151 da *Violação de comunicação telegráfica, radioelétrica ou telefônica*, cujo objeto jurídico é a liberdade individual especialmente garantida no art. 5º XII da Carta da República, com as exceções no estado de defesa (art. 136, § 1º, I, *b* e *c*, 1ª parte) ou de sítio (art. 139, III). O exercício regular de um direito e o estado de necessidade justificante são justificantes do obrar típico (ainda: art. 10 da Lei nº 6538, de 22-6-1978), podendo ocorrer

rer o erro de tipo ou de proibição. Poderá ocorrer *espionagem* contra interesses protegidos pela Lei de Segurança nacional (art. 13 e 14 da Lei nº 7.170 de 14-12-1983), como também *abuso de autoridade* (arts. 13 e 14 da Lei nº 4898 de 9-12-1965). Aduza-se que na violação de *e-mail* há busca e apreensão do computador determinado pela autoridade, devendo serem periciados o computador, programas e arquivos, mas os *e-mails* ficam garantidos pelo sigilo; **4** – (puro) interceptação de *e-mail* comercial (art. 152 do CP. e art. 10.º da Lei 9296/96); **5** – divulgação de segredo (art. 153 do CP., dando-se destaque ao parágrafo 1.º - A: “*Divulgar, sem justa causa, informações sigilosas ou reservadas assim definidas em lei, contidas ou não nos sistemas de informações ou banco de dados da Administração Pública*”, acrescentado pela Lei nº 9.983/2000). O citado diploma fez inserir o § 1º, inciso I do Art. 325 do CP (“*permite ou facilita, mediante atribuição, fornecimento e empréstimo de senha ou qualquer outra forma, o acesso de pessoas não autorizadas a sistemas de informação ou banco de dados da Administração Pública*”). Nas modalidades de *permitir* ou *facilitar*, a ação pode ser comissiva ou omissiva, ao passo que na de utilizar, será sempre comissiva. O particular pode ser co-autor ou partícipe, desde que saiba da condição de funcionário público do autor; **6** – furto (at. 155 do CP.) **7** – (puro) envio de vírus e similares (art. 163 do CP.); **8** – apropriação indébita (art. 168 do CP); **9**– estelionato (art. 171 do CP., dando-se destaque à expressão normativa “*qualquer outro meio fraudulento*”); **10** - violar direito autoral (art. 184 do CP); **11** – escárnio por motivo de religião (art. 208 do CP); **12** – favorecimento da prostituição (art. 228 do CP); **13** – ato obsceno (art. 233 do CP); **14** – escrito ou objeto obsceno (art. 234 do CP); **15**- incitação ao crime (art. 286 do CP); **16** – apologia de crime ou criminoso (art. 287 do CP); **18** – (puro) inserção de dados falsos em sistema de informações (Lei nº 9.983, de 14/7/2000). Somente o funcionário público pode ser sujeito ativo, sendo a administração pública o sujeito passivo (art. 313 – A, do CP): “*Inserir ou facilitar, o funcionário público autorizado, a inserção de dados falsos, alterar ou excluir indevidamente dados corretos nos sistemas informatizados ou bancos de dados da Administração Pública com o fim de obter vantagem indevida para si ou para outrem para causar dano.*” Há, pois, quatro condutas típicas:

a) *inserir* (introduzir, incluir) dados falsos; b) *facilitar* (tornar fácil, auxiliar, afastar dificuldade) a inserção de dados falsos; c) *alterar* (mudar, modificar) indevidamente dados corretos; d) *excluir* (eliminar) indevidamente dados corretos. O dolo é com especial fim de agir. O particular pode ser co-autor ou partícipe do delito, apesar de ser tipo próprio, se tinha conhecimento da condição de funcionário *autorizado* do autor; **19** – (*puro*) modificação ou alteração não autorizada de sistema de informação (Lei nº 9.983 de 14/7/2000. – art. 313 – B, do CP): “*Modificar ou alterar, o funcionário, sistema de informação ou programa de informática sem autorização ou solicitação de autoridade competente*”. Não há exigência de ser funcionário autorizado. No caso o dolo é genérico, bastando que modificação ou alteração seja realizada sem a autorização da autoridade competente. O particular pode ser co-autor ou partícipe, sabendo da condição de funcionário público do autor. O sistema de informação ou o programa de informática deverá ser da Administração Pública; **20** – jogos de azar (art. 50 da LCP e art. 75 da Lei n.º 9.615/98 – Bingo irregular); **21** – pedofilia (art. 241 do ECA, cuja redação foi alterada pela Lei 10.764 de 12.11.2003, ficando “*apresentar, produzir, vender, fornecer, divulgar, ou publicar, por qualquer meio de comunicação inclusive internet, fotografias ou imagens com pornografia ou cenas de sexo explícito envolvendo criança ou adolescente*”, passando a abranger de modo específico a pornografia infantil na internet. Aduza-se que a Lei 10.764 ainda produziu outras alterações no art. 241 do ECA, tais como: “*assegura os meios ou serviços para o armazenamento das fotografias, cenas ou imagens*” ou ainda, “*assegura, por qualquer meio, o acesso na rede mundial de computadores ou internet, das fotografias, cenas ou imagens*” de sexo explícito produzidas com a participação de crianças ou adolescentes. O legislador procurou responsabilizar o provedor de serviço de hospedagem de página *web* e o provedor de serviço de acesso à internet, sempre que contribuam para a divulgação de pornografia infantil. Questão em aberto fica a chamada “*pornografia infantil virtual*”, entendida como o material visual que aparentemente descreve cenas de menores envolvidos em relações sexuais explícitas, mas que na verdade é produzido sem a participação real de crianças ou adolescentes. **22** – crime de discriminação ou preconceito de raça, cor,

etnia, religião ou procedência nacional (art. 1.º e 20.º da Lei 7.716/89); **23** – (*puro*) interceptação de comunicação telefônica ou telemática (art. 10º da Lei 9.296/96); **24** – crimes contra a segurança nacional (arts. 22 e 23 da Lei nº 7.170/83); **25** - crimes contra a propriedade industrial (Lei 9.279/96, com destaque para o art. 195 - Concorrência desleal); **26** – crimes de lavagem de dinheiro (art. 1.º da Lei 9.613/98); **27** – (*puro*) violação da proteção intelectual de programa de computador e sua comercialização (art. 1.º e 12.º da Lei n.º 9.609/98 – Lei do *software*). A CPI da pirataria, em seu relatório final, identifica atos e sugere a incriminação em relação a reprodução de programas de computadores, obra intelectual, CDs, DVDs e vídeo.

#### **14. Conclusão**

Há condutas ofensivas aos sistemas informáticos ou telemáticos ou mesmo pertinentes ao uso do computador que não se adequam às figuras penais descritas em nossa legislação, que estão a exigir, observado o Direito Penal mínimo, a imediata criminalização (dano de sistemas informáticos e telemáticos, atentado a equipamentos de utilidade pública, falsificação, alteração ou supressão do conteúdo de comunicações informáticas ou telemáticas, difusão de programas que visem a danificar ou interromper um sistema informático, dano relativo a dados ou programas informáticos, sabotagem informática).

A idéia de tempo *diferido* (tempo dos fusos horários, das etapas lógicas e sucessivas), graças à velocidade das comunicações, cede lugar a idéia de *tempo real* (tempo das comunicações virtuais e instantâneas, incompatível com a relação passado, presente e futuro).

Logo, podemos observar que a questão adquiriu corpo, intensidade e atualidade, na proporção em que a ordem econômica e o respeito à dignidade da pessoa humana transnacionalizada causam prejuízos vultosos.

Por fim, não se pode admitir a proliferação de comportamentos reprováveis perante as legislações mais avançadas no campo do direito



comparado, quando já acordado pelo Brasil a sua incriminação (*puros*), gerando a impunidade diante deste novo modelo de criminalidade.

Concluindo, não podemos deixar de citar o imortal Charles Chaplin, quando afirma: "*Mais do que de máquina, precisamos de humanidade. Mais que inteligência, precisamos de afeição e doçura. Sem essas feições a vida será de violência e tudo será perdido*". ♦

---

**Consulte-se:** **Direito & Internet, Aspectos Jurídicos Relevantes**, Coordenadores – Newton de Lucca e Adalberto Simão Filho, IBCI, EDIPRO, - 2000; **Comércio Eletrônico**, Organizadores – Ronaldo Lemos da Silva Junior e Ivo Waisberg, Co-edição, IASP e RT, 2001; **Direito Eletrônico**, Coordenador Renato Opice Blum, **A Internet e os Tribunais**, EDIPRO, 2001; **Internet o Direito na Era Virtual**, Luís Eduardo Schoueri, Organizador, 2.<sup>a</sup>, ed. Forense, 2001; Marco Aurélio Greco, **Internet e Direito**, Dialética, SP, 2000; Líliliana Minardi Paesani, **Direito e Internet**, Atlas, 2000; Luis Henrique Ventura, **Comércio e Contratos Eletrônicos, Aspectos Jurídicos**, EDIPRO, 2001; Aluizio Ferreira, **Direito à Informação – Direito à Comunicação, Direitos Fundamentais na Constituição Brasileira**, Celso Bastos Editor, 1997; Carla Rodrigues Araújo de Castro, **Crimes de Informática e seus Aspectos Processuais**, Lumen Juris, 2001; Maria Helena Junqueira Reis, **Computer Crimes – A Criminalidade na Era dos Computadores**, Del Rey, 1997.

# Notas sobre o controle externo do Poder Judiciário\*

**NILO BATISTA**

Professor Titular de Direito Penal da UERJ e da Universidade Candido Mendes. Presidente do Instituto Carioca de Criminologia.

Na breve comunicação que trago a este oportuno seminário, quero descartar os argumentos jurídicos que podem ser extraídos da tensão entre os conceitos de “controle externo” e de “sistema de controle interno de cada Poder”, ambos integrantes do artigo 70 da Constituição da República, que abre a Seção IX do Capítulo I, dedicado ao Poder Legislativo, do Título IV, que trata “da organização dos Poderes”. O Poder Judiciário está ali referido (art. 71, inc. IV; art. 74). Renuncio, portanto, a decifrar o enigma que pretende direcionar uma “*fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial*” da administração pública, “*quanto à legalidade*” – detenho-me por aqui na leitura do artigo 70 – sobre um Poder ao qual quis a vontade constituinte soberana entregar precisamente a decisão final sobre a *legalidade* não só procedimentos contábeis, operações financeiras e negócios patrimoniais, mas também e sobretudo das próprias *fiscalizações*. Caso prosseguíssemos na leitura do artigo 70, seríamos surpreendidos com uma impensável “*fiscalização quanto à economicidade*”. Se a economicidade representa, como frisa Oliveira Mata (RT 710/235), “*um instrumento de averiguação da relação gasto público e benefício auferido*”, como aplicá-lo com respeito a uma decisão judicial? Quem se atreveria a considerar a lucratividade das sentenças como um indicador idôneo do desempenho do Poder Judiciário?!

Estou convencido de que estamos num terreno em que a inserção do problema no seu contexto histórico e político pode iluminá-lo muito mais do que a mais bem elaborada construção jurídica.

---

\* Intervenção no seminário *Controles*, realizado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em 10 de maio de 2004.

Minha tese é simples: a campanha em curso, de desmerecimento do Poder Judiciário, é apenas a nova etapa da reforma do Estado, levada a cabo pelo empreendimento neoliberal, através de fantástica transferência de poder do âmbito público para o privado.

O Judiciário já começou a perder espaço. Cabe mencionar, antes de mais nada, as jurisdições internacionais que, sob o *nomos* do mercado de exploração global, avançam lenta porém seguramente, fenômeno mais fácil de ser divisado nos países centrais, já que desastres econômicos periféricos retardaram a efetividade do Mercosul. As jurisdições internacionais, que tanto seduzem juristas ingênuos, cumprem uma função oculta muito estratégica, de dissolução das soberanias nacionais, estes últimos contrafortes que poderiam opor-se ao poder sem limites das grandes corporações transnacionais. Recentemente, assistíamos estupefatos à visita de uma certa senhora Ashma, representante de uma ONU dócil e silenciosa perante as torturas de Bush em Guantánamo ou nas prisões do Iraque, que se pretendia uma espécie de corregedora internacional do Judiciário brasileiro. Porém a arbitragem é também representativa desses nacos de jurisdição com que o cutelo neoliberal vai se despedindo do Estado de bem-estar. O julgamento arbitral, que pode ser entrevisto como privatização da jurisdição, contorna certos inconvenientes do interesse público; por exemplo, neutraliza o artigo 40 do Código de Processo Penal. Alguém já se dedicou a calcular a mole de conflitos sociais massivamente desviados do Judiciário para as chamadas agências reguladoras? E, curiosamente, os mesmos órgãos publicitários do pensamento único que reproduzem preconceitos contra o Judiciário defendem que os gestores de tais agências disponham de uma espécie de mandato, da mesma estabilidade – ainda que não vitalícia – que criticam na magistratura. Aliás, no capítulo 9 de seu livro **O Caminho da Servidão**, traduzido e editado entre nós pelo Instituto Liberal, o profeta do neoliberalismo, Hayek, afirmando que “*a segurança absoluta numa sociedade livre não pode ser conquistada por todos*”, abria exceção para “*certos casos especiais, como o dos juízes*” (p. 123). Parece que seus seguidores querem ultrapassá-lo: nem os juízes devem dispor de segurança econômica, para não se converterem em perturbadores da única lei que verdadeiramente não pode ser violada, aquela da oferta e da demanda. Se se pudesse

reduzir este paradoxo a uma só situação, eu perguntaria: porque a autonomia do Poder Judiciário é vista negativamente, ao contrário da proposta – monstruosa, no meu entendimento – de autonomia do Banco Central? Só saberá responder corretamente quem conhecer o poder sem fronteiras do capital financeiro transnacional, hoje em dia. O único obstáculo a estes instrumentos privilegiados do totalitarismo comunicacional de mercado em vias de implantação, as agências reguladoras, é o controle jurisdicional de seus atos, é aquele solitário juiz que pode desconstituir a alíquota de reajustamento dos planos de saúde que afligem os aposentados, ou das tarifas telefônicas, ou dos pedágios etc. Não nos iludamos. Os mesmos fundamentos políticos que hoje dinamizam a chamada reforma do Judiciário amanhã estarão restringindo o controle jurisdicional de certos atos administrativos dessas agências, acrescentando uma ressalva ao inciso XXXV do artigo 5º da Constituição da República.

Também simbolicamente o Judiciário é esquartejado. Olhemos para essas Comissões Parlamentares de Inquérito, nas quais, geralmente, a uma baixíssima produtividade investigatória correspondem assustadores teores de invasividade e abuso de poder. São exaltadas pela mídia, porque criam – ao largo das garantias concernentes à “*intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas*” (art. 5º, inc. X CR) – um espetáculo autoritariamente grotesco, uma espécie de Big Brother da vida pública, uma correspondência pós-moderna dos autos-de-fé inquisitoriais. Este último episódio, envolvendo o bate-boca entre um ex-prefeito de São Paulo e um senador da República, jamais – e felizmente – ocorreria num espaço judicial, porque não passaria pela cabeça de qualquer juiz criminal perguntar a um réu de furto que optou pelo silêncio se, diante das provas dos autos, ele não se considera um ladrão. A Corte Suprema, que correta e corajosamente deferira ao investigado o direito ao silêncio perante aquela CPI, foi tratada pela crônica jornalística quase como cúmplice dele.

Fosse o Judiciário um Poder em ebulição sediciosa, cujos estamentos se insurgissem organizadamente contra o programa econômico, político e cultural que desde 1989 vem sendo implantado entre nós, seria fácil responder à pergunta sobre a quem interessa neutralizá-lo neste momento. Sucede que as pesquisas sobre a ma-

gistratura (mencionarei apenas duas: Luiz Werneck Vianna *et alii*, **Corpo e Alma da Magistratura Brasileira**, ed. Revan; Eliane Botelho Junqueira *et alii*, **Juízes – Retrato em Preto e Branco**, ed. Letra Capital) revelam o predomínio de um certo conservadorismo corporativista, que nos permite concluir que as razões do assalto à independência do Poder Judiciário estão apenas e tão somente ligadas aos inconvenientes, para as escabrosas pilhagens do capital financeiro transnacional, desta própria independência. A corporação judiciária é vista pela reengenharia institucional da nova ordem como pesada e onerosa, e principalmente como inconfiável. O discurso jurídico, que é afinal a linguagem dos atos de poder, deixou-se influenciar ao longo do tormentoso século XX pelas utopias do Estado previdenciário, temperando o individualismo de suas origens liberais burguesas. Quem imaginaria que a liberdade de contrato, pedra fundamental daquele direito privado, encontraria limites numa antes inconcebível “função social do contrato”, como dispõe o artigo 421 do novo Código Civil? Um juiz que se interesse pela “função social” dos contratos desestabiliza expectativas negociais: para o extremado (neo) liberalismo, qualquer intervenção nas cláusulas “livremente” pactuadas agride a competitividade, que é a regra de ouro da sociabilidade por ele proposta. Para esta visão, o mercado não precisa de Justiça, porque já é intrinsecamente justo. Aquele juiz incômodo pode com certeza ser neutralizado através de uma súmula vinculante, desta usurpação de poder legislativo pelo Judiciário que participa da voragem controladora.

Tem escapado à discussão a circunstância nada desprezível de que o “sistema de controle interno” (para voltar ao artigo 70 CR) do Poder Judiciário é incomparavelmente superior ao do Executivo e ao do próprio Legislativo. A garantia do duplo grau, expressa nos dispositivos recursais, torna comum que a decisão judicial seja sempre revista por outro órgão, com poder para reformá-la ou cassá-la; freqüentemente, três, quatro ou mais julgamentos intervêm na solução do conflito submetido ao Judiciário. Em qual outro Poder há tantas possibilidades de tão completamente, tão visivelmente e tão despersonalizadamente escandirem-se as questões que fundamentarão uma decisão?

Como consta da PEC nº 112-A, de 1995, de autoria do Deputado José Genoino, texto que escolho por motivos óbvios, ao controle externo seria "*vedada a interferência no mérito das decisões e nas atividades jurisdicionais*". Num ambiente menos circunspeto que o deste seminário, caberia comentar: não faltava mais nada. Porém o tal conselho de Justiça estaria decidindo sobre "*aquisição da vitaliciedade, aferição do merecimento para efeitos de promoção e perda do cargo do magistrado*". Sempre acreditei, nas quatro décadas em que tenho participado da vida forense, que o merecimento fosse resultante de diversos fatores (por exemplo, probidade, assiduidade, discricção, produtividade, cortesia etc.) entre os quais sobressairia a qualidade jurídica das sentenças. Muitas vezes encontrei colegas de minha geração, que se dedicaram à magistratura, raciocinando com o percentual de sentenças confirmadas – e, num caso ou outro, registrando uma eventual referência elogiosa – para calcular suas esperanças de promoção na carreira. Não há melhor árbitro para a qualidade jurídica de uma sentença do que alguém que tenha a obrigação de estudar e decidir a mesma causa. Então, trocar a opinião – em nível estadual – do Órgão Especial pela opinião de um Conselho de Justiça, por mais respeitáveis que sejam os seus membros, é optar por um juízo menos instruído.

O controle da gestão orçamentária do Poder Judiciário responde a outro item da, permitam-me a expressão, pauta criminalizante do FMI: no caso, aquela que criou os delitos de responsabilidade fiscal, para converter os dirigentes políticos de países periféricos em meros gerentes de execução orçamentária. Está o Poder Judiciário sendo conduzido para a vala comum da subserviência orçamentária. A uma angustiante situação conflitiva, que pode levar a uma tragédia social, não poderá o Judiciário responder com a instalação de órgãos judicantes, ou quaisquer outras medidas que impliquem despesa. A espada da deusa vendada nada pode contra as sublimes exigências do *superavit* primário.

Um dos achincalhes mais freqüentes feitos ao Poder Judiciário ocupa-se do tempo da tramitação dos procedimentos, especialmente os criminais. Como se sabe, o empreendimento neoliberal vale-se intensamente de poder punitivo para o controle dos contingentes humanos que ele mesmo marginaliza, dos inúteis da nova econo-

mia. Nas narrativas jornalísticas percebe-se claramente esta tendência de olhar para os conflitos sociais a partir da limitada episteme binária infracional, reduzindo toda a sua complexidade e riqueza ao marco da transgressão à lei. No **Jornal Nacional** de sexta-feira passada, 7 de maio de 2004, logo após a notícia sobre os vultosos depósitos bancários suíços atribuídos a um líder político conservador paulista, o comentarista Arnaldo Jabor – aquele que, como já se observou, reinventou a confortável indignação a favor do sistema – responsabilizou o Poder Judiciário por uma suposta demora na revelação dos fatos. Ou seja, exatamente o Poder Judiciário, que viabilizou o *disclosure* bancário revelador, era responsabilizado pela longa e prestigiada carreira de um quadro cortejado por todos os governos federais desde os militares, inclusive, que suspiravam pelo apoio parlamentar do partido por ele dirigido e por vezes favoreceram eleitoralmente sua carreira; culpa do Judiciário!!! Quero recordar uma passagem do pensamento jurídico ilustrado, a respeito disso. Montesquieu, ao fito de prevenir abusos e excessos nos julgamentos criminais, afirmava: “será útil retardar um pouco o processo em tais casos, sobretudo quando o acusado estiver preso, a fim de que o povo possa acalmar-se e julgar com sangue frio” (**O Espírito das Leis**, L. 6<sup>o</sup>, cap. V). Justiça criminal muito expedita costuma chamar-se justificação: o tempo do processo criminal é o tempo do devido processo legal, é o tempo de maturação e realização das garantias que os defensores do controle do Poder Judiciário desejam flexibilizar, a exemplo dos direitos trabalhistas. Como disse com a costumeira lucidez José Carlos Barbosa Moreira, “*nada mais sumário e rápido que o linchamento do réu*” (**Temas de Direito Processual**, 8<sup>a</sup> série, ed. Saraiva, p. 5). Esta expedita truculência, na sua modalidade comunicacional pós-moderna, o “linchamento virtual”, já é largamente praticado pela mídia. Sem defesa, sem qualquer garantia, sem processo, sem reflexão, reputações – de pessoas, mas também de instituições, e até mesmo de Poderes – são arruinadas da noite para o dia, quase sempre irremediavelmente.

Não sei o que o Poder Judiciário brasileiro ganha com o chamado controle externo, mas acho que sei o que os cidadãos brasileiros perdem com ele. ♦

# Orçamento

**NAGIB SLAIBI FILHO**

Desembargador do TJ/RJ. Professor da EMERJ e da Universidade Salgado de Oliveira - UNIVERSO

## 1. Definição e aspectos do orçamento

O orçamento não expressa simplesmente um ato legislativo que autoriza a cobrança de tributos e prevê as despesas das entidades públicas.

No Estado Democrático de Direito, o orçamento é um processo, a execução de um programa de atuação.

· Eis aí a grande alteração na compreensão do tema: o orçamento não mais se pode expressar por um conjunto de documentos legislativos editados a cada ano, mas por um complexo processo, juridicamente previsto, atendendo a uma orientação política definida, que vai desde o planejamento dos ingressos até a final execução das despesas, com a intensa fiscalização não só de órgãos estatais mas de toda a sociedade civil e dos cidadãos.

Aliomar Baleeiro assim definia o orçamento: *nos Estados democráticos, o orçamento é considerado o ato pelo qual o Poder Legislativo prevê e autoriza ao Poder Executivo, por certo período e em pormenor, as despesas destinadas ao funcionamento dos serviços públicos e outros fins adotados pela política econômica ou geral do País, assim como a arrecadação das receitas já criadas em lei.*<sup>1</sup>

Em face de a Constituição de 1988 assegurar a autonomia administrativa e financeira do Poder Judiciário e do Ministério Público, necessário adaptar o conceito, nele se substituindo, tão-somente, "Poder Executivo" por "Poder Público", além de se considerar o orçamento como um complexo de atos.

O antigo Ministro do Supremo Tribunal Federal, na mesma obra, enfatizou os quatro aspectos fundamentais no estudo do orçamento:

---

<sup>1</sup> Aliomar Baleeiro, *Direito Tributário*, Rio de Janeiro, Ed. Forense, p. 386.



a) o *jurídico*, isto é, a natureza do ato orçamentário à luz do Direito e, especialmente, das instituições constitucionais do País, inclusive as conseqüências daí decorrentes para os direitos e as obrigações dos agentes públicos e dos governados;

b) o *político*, pelo qual o orçamento revela com transparência em proveito de grupos sociais e regiões ou para solução de que problemas e necessidades funcionará precipuamente a aparelhagem dos serviços públicos;<sup>2</sup>

c) o *econômico*, através do qual se apreciarão, sobretudo, os efeitos recíprocos da política fiscal e da conjuntura econômica, assim como as possibilidades de utilizá-lo o governo no intuito deliberado de modificar as tendências da conjuntura ou estrutura;

d) o *técnico*, que envolve o estabelecimento das regras práticas para realização dos fins indicados nos aspectos anteriores e para classificação clara, metódica e racional de receitas e despesas, processos estatísticos, apresentação gráfica e contábil etc.

O aspecto talvez mais importante do orçamento, como fundamento da Administração Pública, segundo nos ensina o mesmo Aliomar Baleeiro, é que *o orçamento, sob certo ponto de vista, é um quadro de técnica contábil para coordenar comparativamente despesas e receitas públicas, de sorte que o Estado possa imprimir ordem e método na administração. Sem esse instrumento, ninguém poderá colher com relativa facilidade uma impressão global dos negócios públicos, nem da correção com que são empregados os recursos coletados aos contribuintes.*<sup>3</sup>

## 2. Modalidades do orçamento

A nova Constituição dispôs sobre as modalidades de orçamento, menos pela preocupação técnica de denominá-las, mas visando a encadear todo um processo, longo, mas metuculoso, de previsão das despesas e receitas do Poder Público, assim provendo meios de controle da atividade estatal.

---

<sup>2</sup> Consulte-se o art. 43 da Constituição Federal sobre a importância do planejamento em nível regional.

<sup>3</sup> Aliomar Baleeiro, *op. cit.*, p. 388.

## 2.1. O plano plurianual

O art. 165, § 1º, dá o conteúdo do plano plurianual – estabelecer, de forma regionalizada, as diretrizes, objetivos e metas da administração pública para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada.

A Lei nº 4.320/64 conceitua despesas correntes<sup>4</sup> e as despesas de capital.<sup>5</sup>

Não mais é obrigatório o orçamento plurianual de investimentos, pois a Constituição só exige o plano plurianual – no entanto, poderá servir o orçamento plurianual como meio de materialização do plano plurianual. O orçamento plurianual de investimentos, que era previsto nos arts. 43, II e IV, 60 e 63 da revogada Constituição, foi introduzido pelos Atos Complementares nºs 43 e 76 e pela Lei Complementar nº 9 e relacionava, a cada três anos, observado o plano de desenvolvimento (hoje previsto no art. 48, IV), as despesas de capital, indicava os recursos orçamentários e extra-orçamentários anualmente destinados à sua execução, inclusive os financiamentos contratados ou previstos, de origem interna ou externa e compreendia as despesas de capital de todo os Poderes, órgãos e fundos, tanto da Administração Direta e Indireta (hoje inclusive a Administração Fundacional), essas através de dotações globais; continha os programas setoriais, com seus subprogramas, projetos e respectivos custos especificados, assim como os recursos anualmente destinados à sua execução.

---

<sup>4</sup> Pelo art. 12 da Lei nº 4.320/64, as despesas correntes classificam-se em despesas de custeio (as dotações para manutenção dos serviços anteriormente criados, inclusive as destinadas a atender a obras de conservação e adaptação dos bens imóveis) e transferências correntes (as dotações para despesas às quais não corresponda contraprestação direta em bens ou serviços, inclusive para contribuições e subvenções destinadas a atender à manifestação de outras entidades de direito público ou privado).

<sup>5</sup> Pelo mesmo art. 12 da Lei nº 4.320/64, as despesas de capital podem ser investimentos (as dotações para o planejamento e a execução de obras, inclusive as destinadas à aquisição de imóveis considerados necessários à realização destas últimas, bem como para os programas especiais, de trabalho, aquisição de instalações, equipamentos e material permanente e constituição ou aumento do capital de empresas que não sejam de caráter comercial ou financeiro), inversões financeiras (as dotações destinadas à aquisição de imóveis ou de bens de capital já em utilização, ou aquisição de títulos de empresas ou constituição ou aumento de capital de entidades ou empresas) e transferências de capital (as dotações para investimentos ou inversões financeiras que outras pessoas jurídicas devam realizar).

Nenhum investimento cuja execução ultrapasse um exercício financeiro poderá ser iniciado sem prévia inclusão no plano plurianual, ou sem lei que autorize a inclusão, sob pena de responsabilidade (Constituição, art. 167, § 1º).

O plano plurianual tem por escopo principal revitalizar a capacidade de investimento do Poder Público, pois, mesmo regulando suas despesas de custeio indiretamente, exige a coerência do planejamento plurianual, com o da LDO e com a lei anual de orçamento.

## **2.2 Lei de Diretrizes Orçamentárias**

A Lei de Diretrizes Orçamentárias (abreviadamente "LDO") foi a grande inovação da Constituição de 1988 na área orçamentária.

No anterior regime constitucional, cabia ao Poder Executivo, através de seu órgão central de planejamento, elaborar, no início de cada exercício, as diretrizes que iriam governar o projeto de lei orçamentária, o qual seria enviado ao Legislativo no segundo semestre. O esboço era aprovado pelo Chefe do Executivo, geralmente através de simples aposição do "Aprovo" ou "Autorizo" na respectiva minuta e, a seguir, o órgão central de planejamento iniciava gestões com os outros órgãos e entidades, tanto do Executivo como de outros Poderes, para a elaboração do projeto de lei orçamentária anual.

O sistema agora adotado transferiu para o Poder Legislativo a decisão sobre as diretrizes orçamentárias, pois, embora o projeto seja de iniciativa do Executivo, deverá ser enviado ao Legislativo no prazo a ser fixado pela lei complementar referida no art. 165, § 9º, e, enquanto tal não houver, nos termos do art. 35 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, inciso II, até oito meses e meio antes do encerramento do exercício financeiro, isto é, devolvido para sanção até o encerramento do primeiro período da sessão legislativa – assim, o projeto da LDO será encaminhado até 15 de abril e devolvido, para sanção, até 30 de junho. No art. 57, § 2º, a Constituição é expressa ao dispor que a *sessão* legislativa não será interrompida sem a aprovação da Lei de Diretrizes Orçamentárias.<sup>6</sup>

---

<sup>6</sup>O que exige o texto constitucional é a *aprovação* do projeto de LDO, o qual pode ser o projeto oriundo do Executivo ou o substitutivo do próprio Legislativo. Sem tal aprovação, simplesmente o Congresso não entrará em recesso. A aludida disposição constitucional é expressa pela necessidade de se diferenciar da elaboração do orçamento anual, o qual, pelo art. 66 da revogada Lei Maior, autorizava o Executivo a promulgar o projeto como lei, se não fosse devolvido, para sanção, até 30 dias antes do encerramento do exercício financeiro.

O art. 165 § 1º determina o conteúdo da LDO: compreenderá as metas e prioridades da Administração Pública, incluindo as despesas de capital para o exercício financeiro subsequente, orientará a elaboração da lei orçamentária anual, disporá sobre as alterações na legislação tributária e estabelecerá a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento.

Como a LDO se refere aos investimentos, sua importância na Administração avulta ao se ver o disposto no art. 169:

*Art. 169. A despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar.*

*Parágrafo único. A concessão de qualquer vantagem ou aumento de remuneração, a criação de cargos ou alteração de estrutura de carreiras, bem como a admissão a qualquer título de pessoal pelos órgãos e entidades da administração direta ou indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, só poderão ser feitas:*

*I – se houver prévia dotação orçamentária suficiente para atender às projeções de despesa de pessoal e aos acréscimos dela decorrentes;*

*II – se houver autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias, ressalvadas as empresas públicas e as sociedades de economia mista.*

Observe-se que a Constituição exige, ao se referir a “admissão a qualquer título de pessoal”, até mesmo para provimento de cargos vagos, que haja previsão na Lei de Diretrizes Orçamentárias, a qual, assim, irá fixar o *quantum* a ser despendido, globalmente, pelo Poder Público.

O que a Constituição intenta é deslocar o antigo ranço de se determinar despesas públicas por atos praticados em gabinetes da tecnoburocracia, para atos submetidos à publicidade do Poder Legislativo, precedidos de amplo debate e supervisão da sociedade e dos interessados na receita e na despesa.

### **2.3 Lei orçamentária anual**

A elaboração orçamentária compreende três fases, em que há crescente especificação da atividade estatal, pois a primeira fase diz

respeito aos projetos que ultrapassem mais de um exercício financeiro (Plano Plurianual); a segunda fase prevê como serão efetuadas as despesas (LDO) e, finalmente, a terceira fase representa a específica atividade estatal em cada atividade, projeto, órgão, de forma a minudenciar o que ocorre na Administração Pública durante o exercício fiscal.

A Constituição oficializou a prática anteriormente existente, mas que era escamoteada ao controle legislativo, integrando ao orçamento toda a gestão financeira do Estado, pois os gastos públicos não se esgotam nas atividades da Administração Direta ou Indireta.

O orçamento anual divide-se em:

a) orçamento fiscal, que tem por objeto a receita e a despesa da Administração Direta e Indireta, fundos e inclusive as fundações instituídas ou mantidas pelo Poder Público (Constituição, art. 165, § 5º, I). No orçamento fiscal, por que a Constituição se refere a “fundos”, também estão incluídos os valores referentes aos títulos da dívida pública, o que antes estava incluído no que se denominava “orçamento monetário”. O art. 165, § 6º determina que projeto de lei orçamentária seja acompanhado de demonstrativo regionalizado do efeito, sobre as receitas e despesas, decorrente de isenções, anistia, remissões, subsídios e benefícios de natureza financeira, tributária e creditícia.<sup>7</sup> Tanto o orçamento fiscal como o orçamento de investimento, compatibilizados com o plano plurianual, terão entre suas funções a de reduzir desigualdades inter-regionais, segundo critério populacional (art. 165, § 7º);

b) orçamento de investimento das estatais, em que a pessoa política, direta ou indiretamente, detenha a maioria de capital social com direito a voto, isto é, que seja acionista controlador, como se refere a Lei nº 6.404/76 (art. 165, § 5º, II); e

---

<sup>7</sup> Roberto Bocaccio Piscitelli, “Os Orçamentos na Nova Constituição”, *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 26, nº 104, out./dez. 1989, em nota à página 132, comentava que só os incentivos fiscais federais, segundo estimativa da Receita Federal para o exercício de 1989, representavam 1,61% do PIB e 22,43% da receita tributária; que a maioria desses incentivos tem prazo indeterminado.

c) o orçamento da seguridade social, abrangendo todas as entidades e órgãos a ela vinculados, da administração direta ou indireta, bem como os fundos e fundações instituídos e mantidos pelo Poder Público (art. 165, § 5º, III). Também aí é bem diversa a situação, quando comparada com o antigo regime constitucional, em que só eram levados ao conhecimento público as dotações de despesas de custeio efetuadas pelos órgãos mantidos com recursos do Tesouro. Hoje, grande parte do antigo “orçamento monetário” está no orçamento da seguridade social, como, por exemplo, o que se refere à seguridade social (art. 195), inclusive saúde (art. 198, parágrafo único),<sup>8</sup> PIS-PASEP (art. 239) etc.

---

<sup>8</sup> Reiteradamente a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem entendido que integram o orçamento da seguridade social as despesas para o fornecimento de remédios e medicamentos, integrados ao Sistema Único de Saúde, decorrentes de requisições judiciais às Autoridades sanitárias federais, estaduais e municipais. Veja trecho de despacho monocrático do Ministro Marco Aurélio no RE 280.642/RS, em 13 de outubro de 2002: *A matéria versada nos extraordinários não é nova. Analisei-a ao proferir decisão no Agravo de Instrumento nº 238.328-0/RS, quando tive oportunidade de consignar que: O acórdão prolatado pela Corte de origem, da lavra do Desembargador Juraci Vilela de Sousa, surge harmônico com a Carta da República. Em primeiro lugar, consigne-se não ter sido objeto de debate e decisão prévios o fato de haver-se mencionado lei estadual para concluir-se pela responsabilidade não só do Estado, como também do Município pelo fornecimento de medicamentos aos necessitados. O preceito do artigo 196 da Carta da República, de eficácia imediata, revela que “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação”. A referência, contida no preceito, a “Estado” mostra-se abrangente, a alcançar a União Federal, os Estados propriamente ditos, o Distrito Federal e os Municípios. Tanto é assim que, relativamente ao Sistema Único de Saúde, diz-se do financiamento, nos termos do artigo nº 195, com recursos do orçamento, da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes. Já o caput do artigo informa, como diretriz, a descentralização das ações e serviços públicos de saúde que devem integrar rede regionalizada e hierarquizada, com direção única em cada esfera de governo. Não bastasse o parâmetro constitucional de eficácia imediata, considerada a natureza, em si, da atividade, afigura-se como fato incontroverso, porquanto registrada, no acórdão recorrido, a existência de lei no sentido da obrigatoriedade de fornecer-se os medicamentos excepcionais, como são os concernentes à Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (SIDA/AIDS), às pessoas carentes. O município de Porto Alegre surge com responsabilidade prevista em diplomas específicos, ou seja, os convênios celebrados no sentido da implantação do Sistema Único de Saúde, devendo receber, para tanto, verbas do Estado. Por outro lado, como bem assinalado no acórdão, a falta de regulamentação municipal para o custeio da distribuição não impede fique assentada a responsabilidade do Município. Decreto visando-a não poderá reduzir, em si, o direito assegurado em lei. Reclamam-se do Estado (gênero) as atividades que lhe são precípua, nos campos da educação, da saúde e da segurança pública, cobertos, em si, em termos de receita, pelos próprios impostos pagos pelos cidadãos. É hora de atentar-se para o objetivo maior do próprio Estado, ou seja, proporcionar vida gregária segura e com o mínimo de conforto suficiente a atender ao valor maior atinente à preservação da dignidade do homem.*

### 3. Princípios orçamentários

Já o art. 2º da Lei nº 4.320/64 menciona os princípios orçamentários (unidade, universalidade e anualidade) que decorriam da Constituição de 1946, então em vigor.<sup>9</sup>

Como lembra José Afonso da Silva,<sup>10</sup> tais princípios foram elaborados pelas finanças clássicas, de um lado e principalmente, a reforçar a utilização do orçamento como instrumento de controle parlamentar e democrático sobre a atividade financeira do Executivo e, de outro, a orientar a elaboração, aprovação e execução do orçamento.

#### 3.1 Princípio da legalidade

O fundamento histórico do princípio da legalidade orçamentária assentou-se na necessidade de obtenção do consentimento do contribuinte, não só para a autorização da arrecadação dos tributos como, também, para autorizar a destinação dos ingressos públicos.

A nova Constituição fortaleceu o princípio da legalidade como fundamento da Administração Pública (art. 37, *caput*), exigindo ato de vontade legislativo para qualquer atividade do Poder Público, na esteira da doutrina tradicional do liberalismo.

Quanto ao orçamento, já a Constituição de 1891 erigia em crime de responsabilidade do Presidente da República os atos que atentassem contra *as leis orçamentárias votadas pelo Congresso* (art. 53, § 8º), da mesma forma que a Lei Maior, ora vigente, em seu art. 85, VI. O princípio da legalidade orçamentária tem, até mesmo, tutela penal, como se vê no art. 315 do estatuto repressivo.<sup>11</sup>

---

<sup>9</sup> Constituição de 1946: "Art. 73. O orçamento será uno, incorporando-se à receita, obrigatoriamente, todas as rendas e suprimentos de fundos, e incluindo-se discriminadamente na despesa as dotações necessárias ao custeio de todos os serviços públicos. § 1º. A lei de orçamento não conterá dispositivo estranho à previsão da receita e à fixação da despesa para os serviços anteriormente criados".

<sup>10</sup> José Afonso da Silva, **Curso de Direito Constitucional Positivo**, São Paulo, Saraiva, 1989, p. 615.

<sup>11</sup> Código Penal, art. 315. "Dar às verbas ou rendas públicas aplicação diversa da estabelecida em lei: Pena – detenção de um a três meses, ou multa." Dispõe o art. 75, I, da Lei nº 4.320/64, que o controle da execução orçamentária compreende a verificação da legalidade dos atos de que resultem a arrecadação da receita ou a realização da despesa, o nascimento ou a extinção de direitos e obrigações.

A legalidade orçamentária, em face do novo texto constitucional (art. 165, *caput*), significa não só a fidelidade do administrador às leis orçamentárias (plano plurianual, lei de diretrizes orçamentárias e lei de orçamento anual) como também a fidelidade do próprio legislador ao antecedente texto orçamentário – por exemplo, deverá a lei orçamentária anual ater-se aos parâmetros determinados na LDO que, por sua vez, não poderá fugir do estabelecido na lei do plano plurianual.

Em face de a programação orçamentária desenvolver, constitucionalmente, através de três atos legislativos (plano plurianual, LDO e lei anual), não se pode entender mais que o princípio da legalidade se restrinja à lei anual, nem que possa o legislador burlar o que fora anteriormente estabelecido por seu próprio ato de vontade.

Ínsito ao princípio da legalidade orçamentária está o princípio da *sinceridade* do orçamento, em que se busca, da maneira mais fidedigna possível, espelhar as expectativas de arrecadação e a previsão da despesa. É certo que o intenso processo inflacionário ou a autorização ampla e irrestrita ao governante de utilizar, a seu critério, os excessos de arrecadação, ou, mesmo, a subestimação proposital dos ingressos, conspiram contra tal princípio que, no entanto, em nome de um limpo processo de Administração Pública, continua prevalecente.

O art. 167, principalmente em seus incisos I, II, III, V, VI, VIII e IX, especifica diversos momentos de desdobramento do princípio da legalidade.

### **3.2 Princípio da unidade orçamentária**

Não mais subsiste o antigo entendimento de que a unidade orçamentária se restringisse a um só documento, mesmo porque tal seria impossível em face das exigências múltiplas do Estado Moderno, pela sofisticação de planejamento que se exige e da forma processual do orçamento que não mais é um único texto legislativo.

Voltemos, mais uma vez, a José Afonso da Silva<sup>12</sup> para esclarecer que tal princípio tem como conteúdo uma *homogênea*, inte-

---

<sup>12</sup> “Conclui-se, pois, que o princípio da unidade orçamentária, na concepção do orçamento-programa, não se preocupa com a unidade documental: ao contrário, desdenhando-a, postula que tais documentos orçamentários se subordinem a uma unidade de orientação política, numa hierarquização unitária dos objetivos a serem atingidos e na uniformidade de estrutura do sistema integrado” (José Afonso da Silva, *Curso...*, p. 619).



gral e sistemática visão dos ingressos e gastos públicos, ainda que dispersas em três ou mais textos legais, pois todas as leis orçamentárias constituem uma constante especialização no resultado do planejamento das atividades estatais.<sup>13</sup>

O princípio da unidade orçamentária abrange também o *princípio da programação*, isto é, o princípio constitucional implícito de que todo e qualquer dispêndio estatal deve estar expressamente previsto nas leis orçamentárias, desde a lei do plano plurianual à lei orçamentária, passando pela LDO.

Espera-se, com o princípio da programação das despesas, que se acabe com a praga que, infelizmente, tem caracterizado a atuação de muitos governantes, eleitos ou não diretamente pelo povo: o início de grandes obras, projetos e investimentos que, pela grandeza, não podem ser terminados em um só mandato e que não são complementados pelos sucessores que, por sua vez, têm projetos e sonhos diversos, os quais ganham absoluta prioridade. Aliás, o tema mereceu severa regulação pela LRF.

### **3.3 Princípio da universalidade**

Finalmente, parece estar banida a deletéria prática política de se excluir da lei orçamentária (e assim da apreciação da sociedade, através do corpo legislativo) relevantes parcelas da atividade pública. O princípio da universalidade já estava previsto nos textos constitucionais anteriores e na Lei nº 4.320/64,<sup>14</sup> mas o texto constitucional atual é bem mais expressivo, inclusive ao desdobrar o orçamento anual em três outros, de acordo com a natureza das atividades do Poder Público, ainda que através de entidades da Administração Indireta e Fundacional (cf. Constituição, art. 165, § 5º).

A universalidade orçamentária implica, necessariamente, se contemplar nas leis orçamentárias todas os ingressos e dispêndios a cargo do Poder Público, ainda com referência às entidades por ele

---

<sup>13</sup> Evidentemente o princípio da unidade orçamentária na perspectiva ideológica deve ser entendido com a compreensão de que o Estado Democrático moderno não se compatibiliza com pensamentos *únicos* ou idéias totalitárias, principalmente em se tratando de país de extensão continental como o Brasil, cuja sociedade é altamente diferenciada.

<sup>14</sup> Arts. 3º a 5º.

mantidas ou subsidiadas, como as fundações públicas ou mesmo entidades privadas que, de qualquer forma, sejam contempladas com o dinheiro público.

### **3.4 Princípio da anualidade**

O exercício financeiro é fixado, atualmente, pelo art. 34 da Lei nº 4.320/64, declarando que ele coincidirá com o ano civil. Evidentemente, poderá a lei complementar a que se refere o art. 165, § 9º, I, dispor diferentemente, alterando o exercício financeiro para período diverso, como, por exemplo, 1º de julho a 30 de junho, que é o padrão em diversos países. Se houver tal alteração, deverão a ela se submeter os Estados-membros e o Município, alterando, assim, seu planejamento. Aliás, o legislador constituinte foi cuidadoso ao dispor sobre a discricionariedade do legislador complementar, tanto no mencionado § 9º, como no art. 35, § 2º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.<sup>15</sup>

A periodicidade inserta no princípio da anualidade significa que haverá, ao menos a cada ano, a verificação legislativa sobre as atividades estatais, o que não fica prejudicado pelo novo princípio previsto no art. 167, § 1º, de que *nenhum investimento cuja execução ultrapasse um exercício financeiro* poderá ser iniciado sem prévia inclusão no plano plurianual, ou sem lei que autorize a inclusão, sob pena de crime de responsabilidade.

### **3.5 Princípio da exclusividade**

Mantém-se a proibição das *caudas orçamentárias* ou *orçamentos rabilongos*, que era perniciosa prática na República Velha, quando os parlamentares emendavam as leis orçamentárias, com dispositivos a elas estranhos, geralmente provimento em cargos públicos

---

<sup>15</sup> Tal dispositivo determina que, enquanto não entrar em vigor a lei complementar a que se refere o art. 165, § 9º, o projeto do plano plurianual, com vigência até o final do primeiro exercício financeiro do mandato presidencial subsequente, será encaminhado até quatro meses antes do encerramento do primeiro exercício financeiro e devolvido para sanção até o encerramento da sessão legislativa; o projeto da LDO deverá ser encaminhado até oito meses e meio antes do encerramento do exercício financeiro e devolvido para sanção até o encerramento do primeiro período da sessão legislativa e, finalmente, o projeto de lei orçamentária da União será encaminhado até quatro meses antes do encerramento do exercício financeiro e devolvido para sanção até o encerramento da sessão legislativa.

ou aumentos de vencimentos para determinadas carreiras funcionais – o Executivo se via forçado a aceitar tais emendas, eis que a Constituição de 1891 não previa o veto parcial.

Hoje, o princípio da exclusividade está declarado no art. 165, § 8º, dispondo que a lei orçamentária anual não conterà dispositivo estranho à previsão da receita e à fixação da despesa, excluindo-se da proibição a autorização para abertura de créditos suplementares e contratações de operações de crédito, ainda que por antecipação de receita, nos termos da lei.

### **3:6 Princípio da não-afetação da receita de impostos**

A Constituição prevê, no art. 145, II, que as taxas visam à contraprestação de serviços públicos (taxa judiciária, por exemplo) ou têm por base o poder de polícia (taxa de renovação de alvará, por exemplo), os impostos têm por fato gerador uma determinada atividade privada, pelo que o art. 145, § 1º, dispõe que, 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.

Pelo caráter privado do fato gerador dos impostos, se explica a existência do princípio da não-afetação da receita de impostos, que não se pode vincular a determinado órgão, fundo ou despesa, ressalvadas as próprias previsões constitucionais, elencadas no art. 167, IV.<sup>16</sup>

Ocorre que gradualmente foram instituídas normas vinculando o governante a dirigir a receita dos impostos para funções específicas, como, por exemplo, a Educação e fundos de participação. Tal situação conduziu à instituição de outras normas que, de exceção,

---

<sup>16</sup> Da mesma forma que se impede, expressamente, a vinculação da arrecadação de impostos, a Constituição, implicitamente, veda a afetação do produto da arrecadação das taxas a serviço ou atividade que não corresponda ao fundamento da instituição de tal espécie tributária. No regime constitucional anterior, a Suprema Corte proclamou a inconstitucionalidade de instituição, pelo Estado, de um adicional sobre o valor das custas cartorárias pela inexistência de conexão entre o benefício oferecido ao contribuinte (prestação jurisdicional) e a destinação do tributo (custeio e melhoria do sistema penitenciário) – confira-se a decisão, da qual foi relator o Ministro Octávio Galotti, na *Revista Trimestral de Jurisprudência* nº 127, p.56.

passaram a constituir a regra, como se vê, por exemplo, na DRU (Desvinculação das Receitas da União) prevista no art. 76 do ADCT, conforme redação da Emenda Constitucional nº 42/2003.<sup>17</sup>

### **3.7 Princípio do nominalismo dos créditos orçamentários**

O orçamento é o ato pelo qual a sociedade controla os gastos do Estado. Por isso, não são admissíveis os créditos ilimitados (art. 167, VII),<sup>18</sup> a realização de despesas, bem como a assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais (art. 167, II), as operações de créditos que excedam o montante previsto nas despesas de capital (art. 167, III, com as ressalvas constitucionais, inclusive *quorum* de maioria absoluta).

A exigência do nominalismo dos créditos orçamentários é princípio da boa contabilidade pública que não se perde mesmo em épocas de alta inflação.

Em atenção ao princípio do nominalismo dos créditos orçamentários é que decorre a regra constante do art. 100, § 1º, da Constituição, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 30, de 13 de setembro de 2000, impondo a atualização monetária.<sup>19</sup>

---

<sup>17</sup> Insere-se na reforma tributária o debate que deveria mobilizar não só os parlamentares mas todos os cidadãos conscientes sobre a destinação das verbas públicas, revendo-se todas as disposições constitucionais que exigem do governante (aí no sentido amplo, compreendendo os Poderes da República) carrear o fluxo dos recursos públicos para determinadas atividades – evidentemente todas consideradas relevantes – o que lhe impede a periódica revisão das tarefas estatais.

<sup>18</sup> Veda-se, inclusive, a expedição de precatórios com cláusulas de correção monetária, como reiteradamente proclamou a Suprema Corte e tendo em vista a expressa disposição do art. 100, § 1º, que determina que os precatórios judiciais serão apresentados até 1º de julho, *data em que terão atualizados seus valores*, fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte.

<sup>19</sup> *Recurso extraordinário. Precatório. 2. O valor do crédito constante de precatório deve ser atualizado monetariamente, - também a partir de 1º de julho do exercício de sua expedição, até a data do efetivo pagamento. 3. Ressalvada a existência de norma local determinando o pagamento, de uma só vez, do valor atualizado, como sucede em São Paulo (art. 57, § 3º, da Constituição paulista cuja vigência a STF não suspendeu na ADIn n.º 446), cumprirá expedir novo precatório para o pagamento, pela Fazenda Pública, do "quantum" correspondente à atualização, de acordo com o § 1º do art. 100, da Constituição, aplicável aos créditos alimentares. 4. Agravo regimental provido, devendo o Recurso Extraordinário ser incluído em pauta, para posterior julgamento pela Turma. (STF, 2ª Turma, AGRRE nº 212285, Relator o Ministro Néri da Silveira, julgado em 22 de junho de 1999).*

### 3.8. Princípio da responsabilidade fiscal

Não há disposição expressa no texto constitucional que trate do tema da responsabilidade fiscal ou da responsabilidade na gestão fiscal, como introduzido meticulosamente no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, cuja ementa diz que *estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências*.

Mas a responsabilidade fiscal tem fundamento na própria Constituição em face do conteúdo que o art. 163 exige da legislação complementar sobre finanças públicas, conteúdo, aliás, cada vez mais explicitado em alterações constitucionais.<sup>20</sup>

Correspondendo a um programa de atuação tendente a impor restrições aos governantes e administradores públicos quanto à gestão das verbas públicas, principalmente quanto ao equilíbrio das contas públicas, fundamento da orientação neoliberal que impregna os governos desde o final do século XX, a LRF assim conceituou no seu art. 1º, § 1º:

*A responsabilidade na gestão fiscal pressupõe a ação planejada e transparente, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, mediante o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas e a obediência a limites e condições no que tange a renúncia de receita, geração de despesas com pessoal, da seguridade social e outras, dívidas consolidada e mobiliária, operações de crédito, inclusive por antecipação de receita, concessão de garantia e inscrição em Restos a Pagar.*

Como a organização do Poder no Brasil é claramente federativa e ainda presidencialista, os §§ 2º e 3º dirigem as normas da LRF à União, aos Estados-membros, ao Distrito Federal e aos Municípios, e a todos os seus Poderes e entidades governamentais, em disposição por muito acimada de inconstitucional porque afetaria cláusulas pétreas descritas no art. 60, § 4º.

---

<sup>20</sup> Interessante observar que a Lei Complementar nº 101/2000 expressamente dispõe em seu art. 1º que ela está legitimada constitucionalmente no capítulo II do Título V, embora devesse se referir especificamente ao art. 163 e seus incisos.

Reiteradamente o Supremo Tribunal Federal tem se pronunciado pela validade das normas da LRF (com exceção do que está no art. 9º, § 3º), como se vê no seguinte precedente:

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA CAUTELAR. ARTS. 35 E 51 DA LEI COMPLEMENTAR N.º 101/2000. OPERAÇÕES DE CRÉDITO ENTRE ENTES FEDERADOS, POR MEIO DE FUNDOS. CONSOLIDAÇÃO DAS CONTAS DA UNIÃO, DOS ESTADOS, DOS MUNICÍPIOS E DO DISTRITO FEDERAL. ALEGADA VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO FEDERATIVO.** *O art. 35 da Lei de Responsabilidade Fiscal, ao disciplinar as operações de crédito efetuadas por fundos, está em consonância com o inciso II do § 9º do art. 165 da Constituição Federal, não atentando, assim, contra a federação. Já a sanção imposta aos entes federados que não fornecerem dados para a consolidação de que trata o art. 51 da LC 101/2000 igualmente não implica ofensa ao princípio federativo, uma vez que as operações de crédito são englobadas pela mencionada regra constitucional e que o texto impugnado faz referência tão-somente às transferências voluntárias. Medida cautelar indeferida (ADIM 2250, Relator o Ministro Ilmar Galvão, unânime, julgada em 2 de abril de 2003).*

O princípio da responsabilidade fiscal tem sido atacado por muitos que o compreendem como a expressão da vitória ou do domínio do capitalismo internacional sobre a máquina estatal brasileira como instrumento monetarista a assegurar o pagamento da dívida externa em detrimento da destinação das verbas públicas ao que consideram como interesses verdadeiramente nacionais. O tema, no entanto, não é restrito ao debate em nosso país, mas impregna as relações políticas em todos os países periféricos, justamente aqueles impossibilitados de se isolar do contexto internacional.

Tal debate, no entanto, é muito importante como fato de legitimação do processo orçamentário, o qual deixa, assim, de ser percebido nos seus aspectos meramente formais para propiciar a arena de debate do papel do Poder Público no Estado Democrático de Direito. ♦

# Reforma Tributária Necessidade de um Novo Sistema

**IVES GANDRA DA SILVA MARTINS**

Professor Emérito da Universidade Mackenzie e da Escola de Comando e Estado Maior do Exército, Presidente do Conselho de Estudos Jurídicos da Federação do Comércio do Estado de São Paulo.

Esta breve exposição, pretendo dividi-la em três partes, ou seja, analisar, de início, a reforma que se fez em dezembro de 2003, de pouca monta (E.C. nº 42/03); em seguida examinar o principal problema de integração dos espaços comunitários, que é o fato de termos o ICMS regionalizado, para, ao final, apresentar minha proposta de reforma tributária, levada pelo Deputado Germano Rigotto à não ocorrida Revisão Constitucional de 1993, mas que vale a pena ser repensada.

## -I-

A Emenda Constitucional nº 42/03 foi mais um remendo que a Constituição recebeu do Congresso Nacional, com poderes constituintes derivados, que hoje conformam permanente “contribuição de pioria” ao texto aprovado em 1988.

Sua origem reside na PEC 41/03, que sofreu alterações profundas, desde sua apresentação e discussão, na Câmara e no Senado, com algumas amputações necessárias (progressividade do imposto sobre operações de transmissão imobiliária não onerosas e imposto sobre transmissão imobiliária onerosa) e alterações de ocasião. De rigor, reduziu-se à prorrogação da CPMF, à desvinculação da receita da União, à transferência de parte da CIDE para Estados e Municípios, além da inserção de alguns dispositivos “explicitadores”

do que já existia no texto constitucional. Postergou-se, por outro lado, o enfrentamento do grande desafio, que é equacionar os problemas provocados pelo ICMS, imposto de vocação nacional, regionalizado no país, — experiência única no mundo — com péssimos resultados colhidos até aqui, no que concerne à técnica de valor agregado.

Passo a elencar as modificações, com rápidos comentários.

Foi acrescentada a alínea “d” ao inciso III do art. 146 da Constituição Federal, com a dicção seguinte:

*“Art. 146 Cabe à lei complementar: ... III. estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre: ... d) definição de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte, inclusive regimes especiais ou simplificados no caso do imposto previsto no art. 155, II, das contribuições previstas no art. 195, I e §§ 12 e 13, e da contribuição a que se refere o art. 239”.*

Trata-se de artigo explicitador do art. 179 da lei suprema, que já continha, de forma genérica, tal disposição, estando assim redigido:

*“A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei”.*

Meu receio é de que aquilo que já se fazia por lei ordinária fique agora sujeito a regime de lei complementar. Uma vantagem, entretanto, decorre da disposição. É que a lei complementar obrigará União, Estados, Distrito Federal e Municípios, devendo, pois, voltar-se, principalmente, ao ICMS e às contribuições sociais.

O parágrafo único, com a redação que se segue, acrescenta:

*“§ único - A lei complementar de que trata o inciso III, “d”, também poderá instituir um regime único de arrecadação dos impostos e contribuições da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, observado que: I- será opcional para o contribuinte; II - poderão ser estabelecidas condições de enquadramento diferenciadas por Estado; III- o recolhimento será unificado e centralizado e a distribuição da parcela*



*de recursos pertencentes aos respectivos entes federados será imediata, vedada qualquer retenção ou condicionamento; IV- a arrecadação, a fiscalização e a cobrança poderão ser compartilhadas pelos entes federados, adotado cadastro nacional único de contribuintes”.*

A norma beneficia mais o fisco do que o contribuinte, pois, a título de favorecer o regime único de arrecadação com partilha da receita para as entidades federativas, no que concerne às empresas de pequeno porte, permitirá uma fiscalização múltipla, objetivando o exercício do controle das 3 esferas da Federação, o que gerará dificuldades muito superiores às que existem na atualidade. É possível que se verifique um aumento do arbítrio e de desvios como a “concussão” e “corrupção”, visto que tal regime autorizará o exercício do poder fiscalizatório por todas as esferas e de todas as entidades federativas ao mesmo tempo. Uma empresa que trabalhe com 10 Estados e 50 Municípios, poderá sofrer 60 fiscalizações e não apenas aquela do Município e do Estado onde está sediada.

O artigo 146-A é positivo, tendo a seguinte redação:

*“Lei Complementar poderá estabelecer critérios especiais de tributação, com o objetivo de prevenir desequilíbrios da concorrência, sem prejuízo da competência de a União, por lei, estabelecer normas de igual objetivo”.*

Objetiva evitar concorrência predatória, através de incentivos fiscais abusivos, que possam desequilibrar a livre competição entre empresas de diversos Estados ou Municípios, ou mesmo entre empresas conformadas por grupos diversos, mas sob controle único.

Poderá, entretanto, facultar o arbítrio fiscal, alargando o espectro de atuação da polêmica e é, a meu ver, inconstitucional, norma anti-elisão (L.C. 104/00).

O § 1º do art. 149 recebeu redação ofertada pela E.C. n. 41/03 (previdência), estabelecendo critérios para a cobrança de contribuição de servidores dos Estados, D.F., Municípios, estando assim redigido:

*“§ 1º Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão contribuição, cobrada de seus servidores, para o custeio, em benefício destes, do regime previdenciário de que trata o art. 40, cuja alíquota não será inferior à da contribuição dos servidores titulares de cargos efetivos da União”.*

O § 2º do art. 149, inciso II, alargou o campo de incidência das contribuições sociais e de intervenção do domínio econômico. Com relação a estas últimas, nenhuma delas ostenta perfil interventivo para regular setores descompassados na economia, tendo por objetivo apenas ensejar o aumento da arrecadação. São, pois, meros rótulos. Tem, a norma, a seguinte dicção:

*"As contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico de que trata o "caput" deste artigo: .... II. incidirão também sobre a importação de produtos estrangeiros ou serviços; ..."*

O argumento de que teria por finalidade equiparar os produtos importados ou serviços prestados no exterior aos que se produzem ou se prestam no Brasil perde consistência, num país de juros elevados, pela antecipação de receita que implicará, no âmbito das contribuições não cumulativas, considerável aumento.

Dispositivo a ser elogiado é o da letra "c" do artigo 150, com o discurso que se segue:

*"Art. 150 Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:*

*.... c) antes de decorridos 90 dias da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou, observado o disposto na alínea "b"."*

Acresce-se, pois, ao princípio da anterioridade, o da denominada "noventena". Assim, mesmo que promulgada em 31/12, uma lei prevendo aumento ou instituição de tributo não excepcionado do princípio, só entrará em vigor em 31 de março —ou 30, se o ano for bissexto.

O § 1º do artigo 150 apresenta, todavia, "n" exceções, estando assim redigido:

*"A vedação do inc. III, "b", não se aplica aos tributos previstos nos arts. 148, I, 153, I, II, IV e V; e 154, II, e a vedação do inc. III, "c", não se aplica aos tributos previstos nos arts. 148, I, 153, I, II, III e V, e 154, II, nem à fixação da base de cálculo dos impostos previstos nos arts. 155, III, e 156, I."*

Por erro de promulgação, esqueceu, o constituinte, de acrescentar o inciso I, letra "b", do § 4º do art. 177, assim redigido:

*"A lei que instituir contribuição de intervenção no domínio econômico relativa às atividades de importação ou comercialização de petróleo e seus derivados, gás natural e seus derivados e álcool combustível deverá atender aos seguintes requisitos: I. a alíquota da contribuição poderá ser: ... b) reduzida e restabelecida por ato do Poder Executivo, não se lhe aplicando o disposto no art. 150, III, b";*

que também introduz uma exceção à contribuição de intervenção no domínio econômico a que me refiro.

Como se percebe, há mais regras de exceção do que regra geral, com o que o constituinte dá com uma mão e retira com a outra o benefício outorgado.

O § 3º, inciso IV, do artigo 153 contém, por outro lado, novidade programática, sendo sua dicção a que segue:

*"§ 3º O imposto previsto no inc. IV: ..... IV. terá reduzido seu impacto sobre a aquisição de bens de capital pelo contribuinte do imposto, na forma da lei".*

De rigor, dependerá de lei a redução do nível impositivo do IPI sobre a aquisição de bens de capital, como forma de incentivar a produção nacional de tais imprescindíveis bens para o desenvolvimento do país, valendo, também, para as máquinas e equipamentos importados.

Espera-se que a lei seja rapidamente publicada. E será lei ordinária federal.

O § 4º, inciso III, introduz novidade, estando assim redigido: *"O imposto previsto no inc. VI do "caput": ... III. será fiscalizado e cobrado pelos Municípios que assim optarem, na forma da lei, desde que não implique redução do imposto ou qualquer outra forma de renúncia fiscal".*

O município com capacidade para arrecadar o tributo ficará com a receita do ITR, desde que não reduza a alíquota estabelecida por lei federal ou promova qualquer forma de renúncia fiscal.

A intenção é boa, pois permite que se utilize o tributo de forma nacional como instrumento de política agrária, mas também beneficia os municípios com capacidade de arrecadá-lo (que tenham, pois, máquina administrativa para tanto), que ficarão com o produto de sua arrecadação.

O artigo 155, § 2º, inc. X, letra "a", foi também alterado, tendo a seguinte dicção:

*"§ 2º O imposto previsto no inc. II atenderá ao seguinte: ... X - não incidirá: a) sobre operações que destinem mercadorias para o exterior, nem sobre serviços prestados a destinatários no exterior, assegurada a manutenção e o aproveitamento do montante do imposto cobrado nas operações e prestações anteriores;"*

A alteração tornou definitiva, no âmbito do ICMS, a "não exportação de tributos", já contemplada na lei complementar nº 87/96, porém de duvidoso significado pois, a título de regulamentar quais seriam os produtos semi-elaborados não sujeitos ao ICMS, declarou que não havia nenhum.

A alteração é, portanto, positiva.

A letra "d", do mesmo inciso, foi introduzida como se segue:

*"d) nas prestações de serviço de comunicação nas modalidades de radiodifusão sonora e de sons e imagens de recepção livre e gratuita".*

A norma é boa e atende à discussão que se trava sobre se seriam ou não, tais operações, alcançadas pelo tributo. Corrige, e para melhor, a omissão anterior, ensejadora de dúvidas e discussões.

O § 6º, introduzido no artigo 155, acerca do imposto sobre a propriedade de veículos automotores (previsto no inciso III), está assim redigido:

*"O imposto previsto no inciso III: I. terá alíquotas mínimas fixadas pelo Senado Federal; II. poderá ter alíquotas diferenciadas em função do tipo e utilização".*

A meu ver, também foi positiva a introdução, visto que tem por objetivo eliminar a guerra fiscal entre os Estados. A alíquota mínima fixada pelo Senado evita que os veículos de um Estado sejam licenciados em outro, por força de alíquota menor.

Elemento positivo da reforma.

O artigo 195, inciso IV, introduziu nova forma de tributação para as contribuições sociais, a saber:

*"Art. 195 A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante*

*recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: .... IV. do importador de bens ou serviços do exterior, ou de quem a lei a ele equiparar”.*

Já comentei o dispositivo anteriormente. Quando a contribuição for cumulativa, representa efetiva elevação da carga tributária. Foi editada, para torná-la exigível, a M.P. 164/03 já transformada em lei.

O § 12º, do respectivo artigo, tem a seguinte redação:

*“A lei definirá os setores de atividade econômica para os quais as contribuições incidentes na forma dos incisos I, “b”; e IV do “caput”, serão não-cumulativas”.*

Abre, pois, a faculdade de serem as contribuições não cumulativas. Na redação que foi veiculada (mera faculdade), o § 12º é despiendo. Se não existisse, nem por isto seria proibida a adoção da não-cumulatividade para as contribuições. O próprio governo — antes da promulgação da referida emenda — já veiculara a M.P. 135/03, introduzindo a não-cumulatividade — a meu ver, inconstitucional por outros motivos (inconstitucionalidades formais e materiais) e não por este (introdução da não-cumulatividade para a Cofins).

E, por fim, o ato complementar das disposições transitórias — a Constituição Brasileira, com 48 emendas, é a mais transitória que conheço, razão pela qual a considero uma Constituição provisória — foi acrescido de 5 novos artigos (89 a 94), quatro, assim redigidos, dedicados ao sistema tributário:

*“Art. 90 - O prazo previsto no «caput» do art. 84 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias fica prorrogado até 31/12/2007.*

*§ 1º - Fica prorrogada, até a data referida no «caput» deste artigo, a vigência da Lei 9.311, de 24/10/96, e suas alterações.*

*§ 2º - Até a data referida no «caput» deste artigo, a alíquota da contribuição de que trata o art. 84 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias será de trinta e oito centésimos por cento.*

*Art. 91 - A União entregará aos Estados e ao Distrito Federal o montante definido em lei complementar, de acordo com critérios, prazos e condições nela determinados, podendo conside-*

*rar as exportações para o exterior de produtos primários e semi-elaborados, a relação entre as exportações e as importações, os créditos decorrentes de aquisições destinadas ao ativo permanente e a efetiva manutenção e aproveitamento do crédito do imposto a que se refere o art. 155, 2º, X, «a».*

*§ 1º - Do montante de recursos que cabe a cada Estado, setenta e cinco por cento pertencem ao próprio Estado, e vinte e cinco por cento, aos seus Municípios, distribuídos segundo os critérios a que se refere o art. 158, parágrafo único, da Constituição.*

*§ 2º- A entrega de recursos prevista neste artigo perdurará, conforme definido em lei complementar, até que o imposto a que se refere o art. 155, II, tenha o produto de sua arrecadação destinado predominantemente, em proporção não inferior a oitenta por cento, ao Estado onde ocorrer o consumo das mercadorias, bens ou serviços.*

*§ 3º- Enquanto não for editada a lei complementar de que trata o «caput», em substituição ao sistema de entrega de recursos nele previsto, permanecerá vigente o sistema de entrega de recursos previsto no art. 31 e Anexo da Lei Complementar 87, de 13/09/96, com a redação dada pela Lei Complementar 115, de 26/12/2002.*

*§ 4º - Os Estados e o Distrito Federal deverão apresentar a União, nos termos das instruções baixadas pelo Ministério da Fazenda, as informações relativas ao imposto de que trata o art. 155, II, declaradas pelos contribuintes que realizarem operações ou prestações com destino ao exterior.*

*Art. 92 - São acrescidos dez anos ao prazo fixado no art. 40 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.*

*Art 93 - A vigência do disposto no art. 159, III, e § 4º, iniciará somente após a edição da lei de que trata o referido inciso III.*

*Art. 94- Os regimes especiais de tributação para microempresas e empresas de pequeno porte próprios da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios cessarão a partir da entrada em vigor do regime previsto no art. 146, III, "d", da Constituição".*

*Prorrogam-se, por tais disposições, a CPMF e a desvinculação da receita da União; garante-se aos Estados compensação pela per-*

da da incidência do ICMS nas exportações imunes dos semi-elaborados, cabendo aos Municípios parte desta compensação (25%); admite-se que, um dia, adotar-se-á o polêmico regime de destino, até lá continuando a prevalecer o sistema atual; aumentam-se as exigências burocráticas para as exportações, acrescentando às existentes, aquelas que os Estados irão obter junto aos contribuintes para informar a União, na busca de maior partilha; prorroga-se por mais 10 anos o prazo do artigo 40, mantendo-se os incentivos da Zona Franca (até 2023); condiciona-se à edição de lei o repasse da contribuição de intervenção no domínio econômico para Estados e Municípios, no percentual de 25%; e declara-se o esgotamento de toda a legislação que hoje beneficia as empresas de pequeno porte, tão logo editada a lei complementar a que se refere o artigo 146, inciso III, letra "d", já comentado anteriormente.

De rigor, a reforma tributária foi pífia. Pequenos remendos, o sempre previsível aumento de carga tributária, quando se fala em reforma tributária, e a permanência de quase todos os grandes problemas que, desde 1988, prejudicam a vida dos contribuintes.

Os artigos comentados, que propiciam o aumento da Cofins, CIDE e outras incidências – por um espectro mais lato de imposição instituído — certamente trarão, para o futuro, mais complicações na vida dos contribuintes e, certamente, maior carga, para amarrar o desenvolvimento nacional, que já hoje não permite que o Brasil evolua no mesmo nível de outros países emergentes, como China, Índia e Rússia, com crescimento superior a 8% anuais.

Não sem razão, graças à permanente "contribuição de pioria" que a reforma tributária vem representando até aqui, o Brasil caiu de 8ª economia do mundo — lugar obtido nos tempos do regime autoritário — para 15ª em 2003, prevendo-se, em face do excesso de burocracia, do excesso de tributos e dos excessivos juros, que dias piores virão.

## -II-

Nas duas primeiras décadas do século XXI, deverá ocorrer nítida aproximação dos sistemas tributários de todo o mundo.

No momento, tal aproximação se dá, na esmagadora maioria dos países que participam de algum sistema de integração comunitária (Zona Franca, União Aduaneira, Mercado Comum ou Comuni-

dade Econômica e/ou Política), através do imposto sobre valor agregado que, nas relações entre países que ocupam tais espaços, faz o papel de tributo integrativo, de regulação da concorrência não predatória e de satisfação das necessidades das burras estatais.

O sistema aduaneiro, do ponto de vista da política tributária, não oferece problemas maiores, na medida em que ou é protetor de cada país, nas suas relações econômicas não integradas, ou funciona a partir das soluções de zona franca, como um elemento de segurança de mercados acordados, quando não apenas de redução de suas barreiras, para permitir que os produtos entre países negociantes escoem-se em condições de vantagem.

Não chega a ser um escudo protetor, nos sistemas de zona franca, pois nele há apenas uma redução de tarifas acordadas entre os Estados signatários do acordo, mas já o é, nas denominadas tarifas externas comuns, que servem de blindagem contra a entrada de produtos e serviços de países não signatários, tarifas estas só eleváveis ou redutíveis mediante acordo entre as nações participantes do bloco.

Por ser a tarifa aduaneira, de rigor, um tributo não de natureza arrecadatória, como é o IVA, mas de natureza regulatória de mercados, sua importância é grande, na conformação dos espaços comunitários, mas indiscutivelmente menor — após tal conformação — do que a do imposto sobre o valor agregado, este o imposto comunitário por excelência, ou, se desejarem os formalistas (que só admitem a terminologia para os espaços já perfilados em “comunidades”), é o imposto por excelência dos países ocupantes de espaços plurinacionais acordados.

Para a configuração deste tributo, há uma evidente aproximação de técnicas de cobrança e de desenho das hipóteses de imposição, visto que quanto maior a proximidade entre os sistemas internacionais, tanto melhor se fará o fluxo econômico, dentro de espaços formados.

Não é uma verdade absoluta que tal imposto — a vedete das áreas supranacionais — seja, necessariamente, aquele a ser adotado pelos países que decidam empreender uma integração maior com seus vizinhos, sendo talvez o NAFTA o exemplo mais claro de espaço em que sua adoção não se dá, visto que os Estados Unidos não



têm o IVA em seu sistema de tributação, em verdade, o que oferta insuperável problema de integração, maior do que a mera redução tarifária que o Acordo permite.

É de se lembrar, outrossim, que nos espaços não só europeu, como do cone sul-americano (União Européia e Mercosul), a circulação é livre tanto de bens como de pessoas, o mesmo não ocorrendo no acordo do Canadá, México e Estados Unidos (NAFTA), em que canadenses e americanos livremente transpõem suas fronteiras, mas não os mexicanos. Poder-se-á dizer que transitória limitação semelhante existe, no espaço europeu, para os novos países aderentes (10) e para os que pretendem aderir (2), mas a própria integração ampla está projetada para o futuro —o que não tem horizontes tão claros para acontecer no espaço aberto para o continente norte da América. Assim, NAFTA é, apenas, um acordo tarifário sofisticado.

Em verdade, as dificuldades dos Estados Unidos decorrem de sua Federação. Na sua conformação, o constituinte de 1787 deixou claro que essa forma de Estado fora dotada com não poucas vacilações, visto que, durante 11 anos, não sabia a nova nação se deveria ser uma confederação de países ou uma federação de Estados.

E o certo é que a federação americana é uma “quase confederação”. Outorga tal autonomia aos Estados, que têm eles legislação própria nos campos civil, penal, processual etc., característica que a maior parte das federações não possui, como é o caso, por exemplo, no Cone Sul, da Argentina e do Brasil.

É de se compreender, pois, que a federalização de um imposto circulatório, à semelhança do IVA argentino ou alemão, com partilha entre as unidades federativas, não é tarefa factível enquanto não se avança —o que considero impossível nas próximas décadas — para outras integrações legislativas dentro da Federação americana. No Nafta, não será fácil, portanto, o caminho da integração via IVA.

O Brasil sofre de idêntico problema, pois regionalizou o IVA, dividindo-se em 5 imposições circulatórias, todas, em parte, não cumulativas (PIS, COFINS, ICMS, ISS, IPI).

Mesmo para aquelas imposições em que o governo impõe a não cumulatividade (IPI e ICMS) e não apenas torna optativa sua adoção (COFINS e PIS expressamente e implicitamente ISS), esta não-cumulatividade é afastada por incidências monofásicas, tribu-

tando-se antecipadamente, na própria origem, mediante a figura da substituição tributária para frente, toda a cadeia produtiva, ou instituindo-se a incidência monofásica para determinados produtos, sem se levar em consideração o valor futuro da operação. Há, ainda, o processo da substituição tributária para trás em que, também mediante a eleição de um substituto ou da figura da imunidade, desoneram-se as operações anteriores, como ocorre nas operações interestaduais com combustíveis.

Enfim, a multiplicação de incidências circulatórias na Federação brasileira, com incidência federal do IPI sobre a produção de bens, ICMS estadual sobre sua circulação e ISS municipal sobre os serviços, excluídos os de transporte e comunicação, de âmbito estadual, além das contribuições sociais, cuja finalidade é mais arrecadatória que social (PIS e COFINS), — torna o sistema tributário brasileiro de difícil integração com o IVA, hoje consagrado na Argentina, Uruguai e Paraguai, países signatários do Mercosul, como imposto centralizado.

Acresce-se a questão de não poder a União (Poder Público), outorgar, por lei, incentivos fiscais estaduais e municipais, em virtude de vedação constitucional. Assim, a evolução do acordo tributário integrativo entre os países do Mercosul terá que necessariamente passar por uma reforma constitucional no Brasil, visto que os 3 outros países já têm o IVA centralizado, até mesmo em nível federativo, como ocorre com a Argentina.

O certo é que o IVA é o primeiro e mais relevante tributo de integração comunitária, nada obstante os problemas que oferta. Hoje, por exemplo, se percebe a dificuldade de adoção de um sistema de origem na arrecadação do tributo incidente sobre mercadoria ou serviço destinado a outro Estado, visto que a existência de uma câmara de compensações entre Estados importadores líquidos e exportadores líquidos não é de fácil organização. Depende de que todos os países empreendam esforço idêntico, tanto para arrecadar receita própria quanto para arrecadar o que pertence a outro membro da comunidade, devendo-lhe ser remetido.

A Europa, que evoluiu mais do que qualquer país na conformação de um IVA nacional (*todas as nações fazem o que quiserem com este tributo dentro de suas fronteiras*) e comunitário (com re-

gras acordadas entre os países signatários dos diversos tratados, desde o de Roma), ainda precisa aperfeiçoar mais a sistemática implementada, para que possa substituir a arrecadação no destino pela arrecadação na origem com repasse ao país de destino, objetivo perseguido desde o Tratado de Maastrich.

No NAFTA, a solução canadense de regularização parcial é menos complexa, para uma integração futura, do que o sistema do "tax on sale" dos americanos; e, no Mercosul, a regionalização do ICMS – principal tributo brasileiro – praticamente inviabiliza um sistema comum integrativo.

### **-III-**

Passo, agora, a expor a Proposta de Emenda Constitucional que fiz, em 1990, de um novo sistema tributário.

## *Título VI Da Tributação e do Orçamento*

### *Capítulo 1 Do Sistema Tributário Nacional*

#### *Seção 1 Dos Princípios Gerais*

*"Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:*

*I. impostos;*

*II. taxa pela utilização de serviços públicos específicos e divisíveis prestados ao contribuinte, sempre que o contribuinte não tenha alternativa válida para deles prescindir, limitada ao custo da prestação;*

*III. contribuição de melhoria decorrente de obras públicas, que impliquem valorização do imóvel e no limite de seu custo.*

*Art. 146. Os impostos serão graduados segundo a capacidade contributiva dos cidadãos, residentes e outros que a lei determinar, respeitados os direitos e garantias individuais e proibido o confisco.*

*Parágrafo único. É vedada a utilização do mesmo fato gerador para mais de um tributo, ou as taxas não poderão ter base de cálculo própria de imposto.*

*Art. 147. Cabe à lei complementar estabelecer normas gerais em matéria tributária, assim como regular as limitações ao poder de tributar e dirimir conflitos entre os poderes tributantes.*

*Art. 148. A União, mediante lei complementar, poderá instituir empréstimos compulsórios para atender despesas extraordinárias decorrentes de calamidade pública ou de guerra externa.*

*Art. 149. Compete exclusivamente à União instituir uma contribuição social incidente sobre movimentação financeira para atender a seguridade social, nos termos da lei complementar.*

## *Seção II*

### *Das limitações do poder de tributar*

*Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:*

*I. exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça;*

*II. instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos;*

*III. cobrar tributos:*

*a) em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado;*

*b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou, respeitada a determinação do art. 165, § 2, °;*

*c) antes de decorridos 90 dias da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou, observado o disposto na alínea "b";*

*IV. utilizar o tributo com efeito de confisco;*

*V. estabelecer limitações ao tráfego de pessoas ou bens;*

*VI. instituir impostos sobre:*

*a) patrimônio, rendas e circulação de bens e serviços, uns dos outros;*

*b) templos de qualquer culto;*

*c) patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores e empregadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos;*

*d) livros, jornais, periódicos, assim como papel, insumos, máquinas e equipamentos destinados à sua impressão, publicidade e anúncios neles veiculados;*

*e) livros, jornais, periódicos por meios eletrônicos ou audiovisuais, inclusive textos destinados à educação, formação e informação das pessoas de forma não periódica.*

*§ 1.º. A vedação do inc. III, "b", não se aplica aos impostos previstos no art. 153, inciso I, respeitado o disposto no art. 165, § 2.º.*

*§ 2.º. A vedação do inc. VI, "a", é extensiva às autarquias e às fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, no que se refere ao patrimônio, à renda e à circulação de bens e serviços vinculados às suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes.*

*§ 3.º. As vedações do inciso VI, "a", e do parágrafo anterior não se aplicam ao patrimônio, à renda e à circulação de bens e serviços relacionados com exploração de atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados, ou em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário, nem exonera o promitente comprador da obrigação de pagar imposto relativamente ao bem imóvel.*

*§ 4.º. As vedações expressas no inciso VI, alíneas "b" e "c", compreendem somente o patrimônio, a renda e a circulação de bens e serviços relacionados com as finalidades essenciais das entidades nelas mencionadas.*

*Art. 151. É vedado à União:*

*I. instituir tributo que não seja uniforme em todo o território nacional ou que implique distinção ou preferência em relação a Estado, ao Distrito Federal ou a Município, em detrimento de outro, admitida a concessão, nos impostos, de incentivos*

*destinados a promover o equilíbrio do desenvolvimento sócio-econômico entre as diferentes regiões do país;*

*II. tributar por imposto a renda das obrigações da dívida pública dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como a remuneração e os proventos dos respectivos agentes públicos, em níveis superiores aos que fixar para suas obrigações e para seus agentes.*

*PARÁGRAFO ÚNICO. A União poderá celebrar tratados internacionais tributários, estabelecendo incentivos e estímulos tributários estaduais e municipais.*

*Art. 152. É vedado aos Estados e ao Distrito Federal estabelecer diferença tributária entre bens e serviços, de qualquer natureza, em razão de sua procedência ou destino.*

### *Seção III*

#### *Os impostos da União*

*Art. 153. Compete à União instituir os seguintes impostos:*

*I. imposto sobre a importação e exportação de produtos;*

*II. imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza.*

*§ 1º. É facultado ao Poder Executivo, atendidas as condições e os limites estabelecidos em lei, alterar as alíquotas do imposto enumerado no inciso I.*

*§ 2.º. O imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza, quando incidente sobre os rendimentos do mercado financeiro, poderá ser alterado sem submissão ao disposto nos arts. 150, inciso III, letra "b", e 165, § 2.º.*

*Art. 154. A União poderá instituir, em caso de guerra externa, impostos extraordinários, compreendidos ou não em sua competência tributária, os quais serão suprimidos, gradativamente, cessadas as causas de sua criação.*

### *Seção IV*

#### *Do imposto dos Estados e do Distrito Federal*

*Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e à prestação de serviços.*

*§ 1º. O imposto previsto neste artigo atenderá ao seguinte:*

*I. será não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à produção, circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante incidente nas anteriores a favor do mesmo ou de outro Estado ou do Distrito Federal;*

*II. será seletivo, em função da essencialidade das mercadorias e dos serviços;*

*III. Resolução do Senado Federal, de iniciativa do Presidente da República ou de um terço dos Senadores, aprovada pela maioria absoluta de seus membros, estabelecerá as alíquotas máximas aplicáveis às operações e prestações internas, interestaduais e de exportação, assim como os limites das isenções e benefícios fiscais;*

*IV. em relação às operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado, adotar-se-á:*

*a) a alíquota interestadual, quando o destinatário for contribuinte do imposto;*

*b) a alíquota interna, quando o destinatário não for contribuinte dele;*

*V. na hipótese da alínea "a" do inciso anterior, caberá ao Estado da localização do destinatário o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual;*

*VI. não incidirá sobre operações que destinem ao exterior produtos industrializados;*

*VII. poderá a lei complementar estabelecer hipóteses de substituição tributária por antecipação;*

*VIII. cabe à lei complementar definir o regime jurídico nacional do imposto mencionado neste artigo.*

## *Seção V*

### *Do imposto dos Municípios*

*Art. 156. Compete aos municípios e ao Distrito Federal instituir imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana e rural e sobre veículos automotores.*

*Parágrafo único. Cabe à lei complementar fixar as alíquotas mínimas e máximas do imposto previsto neste artigo.*

## *Seção VI*

### *Da repartição das receitas tributárias*

*Art. 157. Pertencem à União 40% do produto da arrecadação dos impostos previstos nos arts. 155 e 156.*

*Art. 158. Pertencem aos Estados 35% do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 153, II e 156.*

*Art. 159. Pertencem aos Municípios 25% do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 153, I e II, e 155.*

*Art. 160. Pertence ao Distrito Federal, na proporção da repartição fiscal, percentual idêntico ao dos Municípios.*

*Art. 161. Cabe à lei complementar definir os critérios para a participação recíproca mencionada nos arts. 157 a 160, devendo a unidade da Federação em que seja recolhido imposto de competência das demais unidades, ter, no mínimo, 50% do produto da arrecadação transferida aplicados em seu território.*

*Parágrafo único. As unidades federativas poderão condicionar a entrega da participação recíproca ao pagamento de seus créditos de qualquer natureza.*

*Art. 162. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios deverão repassar a parcela correspondente às demais entidades federativas até quinze dias de sua recepção.*

.....

*Artigo 195 A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e da contribuição social prevista no artigo 149”.*

### **Justificação**

O anteprojeto objetivou simplificar a estrutura tributária constitucional.

Para não alterar a numeração, manteve a seqüência de artigos do texto atual (145 a 162), embora não tenha feito a adaptação do



art. 195 e de outros relacionados com o sistema. Farei as adaptações, no futuro, se a proposta tiver aceitação.

De rigor, mantenho as cinco espécies tributárias, reduzo os impostos para quatro, além de manter a competência residual limitada aos impostos extraordinários. As contribuições especiais são reduzidas a uma contribuição social incidente sobre as transações financeiras em até 1% sobre o valor da transação. As taxas são cobradas apenas para serviços públicos e não mais para exercício do poder de polícia. Procurei separar sua conformação daquela própria do preço público. Por fim, os empréstimos compulsórios serão instituídos apenas nos casos de guerra e calamidade pública.

No capítulo da partição de receitas tributárias, tornei todas as unidades federativas participantes do contraído elenco de tributos.

Serve, esta primeira minuta, como um boneco para o início das discussões e fica, de certa forma, vinculada — o espectro um pouco mais alargado — à proposta que fiz na Comissão de Finanças da Câmara dos Deputados, lembrando que a função do IOF foi substituída pela maior elasticidade que outorgo, na proposta, ao imposto de renda na fonte para o sistema financeiro. ◆

# A Responsabilidade Médica e o Dever de Informar

**SERGIO CAVALIERI FILHO**

Desembargador do TJ/RJ, Diretor-Geral da EMERJ e Professor da Universidade Estácio de Sá

## 1. A personalização do consumidor

Temos repetido inúmeras vezes que o Código do Consumidor foi a lei mais revolucionária do século XX. Revolucionária pela avançada técnica legislativa que adotou, baseada em princípios e cláusulas gerais, o que faz dela uma lei principiológica; revolucionária porque, embora sendo um minissistema, acabou influenciando todo o sistema – a doutrina e a jurisprudência brasileiras mudaram profundamente após a sua vigência. O Código do Consumidor tornou-se uma espécie de sobre-estrutura jurídica multidisciplinar, norma de sobredireito por meio da qual passamos a reler todos os contratos e institutos que geram relação de consumo.

Não foram apenas estas, entretanto, as contribuições do Código do Consumidor. Entendemos que sua principal contribuição foi a *repersonalização* do consumidor.

O que queremos dizer com isso?

A produção e o consumo em massa, amparados pelas teorias econômicas que lhe serviram de suporte – liberalismo, livre iniciativa, autonomia da vontade, neoliberalismo etc. – levaram à despersonalização da pessoa humana que figurava no elo final da cadeia de consumo. Passou a ser considerada um ente abstrato, um dado econômico, um número ou uma coisa de valor patrimonial.

Nos transportes públicos falava-se em milhões de passageiros, os empresários falavam em milhões de clientes, os serviços públicos em milhões de usuários, os bancos em milhões de

correntistas, as seguradoras em milhões de segurados, os jornais em milhões de leitores, as televisões em milhões de telespectadores e assim por diante. Ninguém falava no consumidor, no cidadão, na pessoa humana como titular de direitos.

Quanto maior a carteira, maior o valor patrimonial da empresa. O assim chamado *homo economicus* indica o distanciamento da realidade existencial do ser humano que consome. Não era sujeito de direito, apenas destinatário de produtos e serviços. Até suas necessidades eram provocadas artificialmente pelo monumental aparato publicitário que cercava os produtos e serviços lançados no mercado.

Pois bem, o Código do Consumidor, como já ressaltado, resgatou a dimensão humana do consumidor na medida em que passou a considerá-lo *sujeito de direito*, titular de direitos constitucionalmente protegidos. Proteger o consumidor, esse novo titular de direito, passou a ser um dever do Estado, consoante art. 5º, XXII, da Constituição. E o art. 6º do CDC, por sua vez, dispõe sobre os direitos básicos do consumidor, apresentando ali um extenso elenco desses direitos. Eis aqui, repetimos, a grande contribuição. O consumidor não é mais um número ou um ente abstrato, mas um sujeito de direitos, titular de direitos básicos. E à medida que a lei atribuiu direitos ao consumidor, criou obrigações para o fornecedor de produtos e serviços.

## **2. O direito à informação**

Entre os direitos básicos do consumidor especificados nos vários incisos desse art. 6º do CDC, o direito à informação é um dos mais importantes. E isto porque vivendo em uma sociedade perigosa, quanto maior o risco a que está exposto o consumidor, quanto maior o perigo dos produtos e serviços, maior relevância terá o direito de ser informado. O Código de Defesa do Consumidor refere-se expressamente a esse direito em vários dispositivos, especialmente no inciso III do seu art. 6º: "informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, bem como sobre os riscos que apresentam."

Se o direito à informação é um direito básico do consumidor, então, em contrapartida, o dever de informar é um dos principais deveres do fornecedor, corolário do princípio da boa-fé objetiva, que

se traduz na cooperação, na lealdade, na transparência, na correção, na probidade e na confiança que devem existir nas relações de consumo. Seus requisitos principais são, em primeiro lugar, a *adequação* – os meios de informação devem ser compatíveis com os riscos do produto ou do serviço e o seu destinatário; *suficiência* – a informação deve ser completa e integral; *veracidade* – além de completa, a informação deve ser verdadeira, real. Somente a informação adequada, suficiente e veraz permite o *chamado consentimento informado*, pedra angular na apuração da responsabilidade do fornecedor. A informação tem por finalidade dotar o consumidor de elementos objetivos de realidade que lhe permitam conhecer produtos e serviços e exercer escolhas conscientes.

Bom exemplo da importância da informação vamos encontrar na questão do cigarro, cuja indústria passa por maus momentos nos Estados Unidos e em outros países por ter descumprido o dever de informar.

### **3. A atividade médica e o dever de informar**

Quanto à atividade médica, estamos convencidos de que, hoje, o seu principal dever é o de informar. Não nos referimos aos casos clássicos de erros médicos grosseiros, cuja culpa é inquestionável, por todos repelidos, até pelos próprios médicos, dos quais são exemplos os seguintes julgados:

Paciente submetida a cirurgia de varizes que lhe deixou seqüelas permanentes. (Apelação Cível nº 18.691/2002 – TJRJ); Queimadura causada na parte posterior do joelho da paciente por bisturi elétrico durante cesariana (Resp 200.831-RJ); Simples traumatismo no dedo de um menor que, não obstante o atendimento médico recebido, acaba se transformando em infecção grave a ponto de se fazer necessária a amputação cirúrgica da terceira falange. (Ap.Civ. 11.323/99/TJ RJ); Simples fratura acabou acarretando a amputação do braço do paciente em virtude da omissão médica e da deficiência de tratamento (Ap. Civ. 6.314/95 TJRJ); Alta hospitalar prematura de criança nascida com peso muito inferior ao normal e com deficiência respiratória, que veio a falecer menos de oito horas depois da alta (Ap.Civ. 1.217/96 TJRJ); Seqüela de anestesia. Paciente que após cirurgia para histerectomia total abdominal, ficou paraplégica. Aplicação de anestesia combinada – geral e epidural. (Ap. Civ. 1.674/97).

Não é desses casos que falamos.

Estamos nos referindo ao chamado *risco inerente*, risco inevitável que toda cirurgia traz, até mesmo a mais simples, e que não decorre de defeito do serviço. Não é possível realizar determinados tratamentos sem graves riscos, às vezes até com efeitos colaterais. Assim, por exemplo, a quimioterapia, ou a cirurgia em um paciente idoso e com a saúde fragilizada.

Em princípio, o médico e o hospital não respondem pelos riscos inerentes. Transferir as conseqüências desses riscos para o prestador do serviço seria ônus insuportável; acabaria por inviabilizar a própria atividade. Daí resulta, entretanto, a extrema relevância do dever de informar do médico. A falta de informação, a violação do dever de informar, pode levar o médico ou hospital a ter que responder até mesmo pelo *risco inerente*, não por ter havido defeito do serviço, nem por culpa pelo insucesso do tratamento, mas pelo defeito de informação; pela omissão em informar ao paciente os reais riscos do tratamento.

O dever de informar pode também ser extraído do art. 15 do novo Código Civil, pelo menos a contrário senso, que dispõe: "Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica." Ora, quem não pode ser constrangido também não pode ser enganado, nem mal informado. A leitura que fazemos deste dispositivo é a de que todo e qualquer tratamento de risco deve ser precedido do consentimento informado do paciente.

Pois bem, embora médicos e hospitais, como já destacado, em princípio não respondam pelos riscos inerentes da atividade que exercem, podem eventualmente responder se deixarem de informar aos pacientes as conseqüências inevitáveis do tratamento a que serão submetidos. Só o consentimento informado pode afastar a responsabilidade médica pelos riscos inerentes à sua atividade. O ônus da prova quanto ao cumprimento do dever de informar caberá sempre ao médico ou hospital.

Vem a propósito o caso julgado pela 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, na Apelação Cível nº 20.632/99, relator o Desembargador Roberto Wider. O paciente foi submetido a uma cirurgia de prostatectomia, decorrente de um diagnóstico de

hipertrofia prostática, ou seja, próstata aumentada de volume. Realizada a intervenção cirúrgica, o paciente veio a sofrer incontinência urinária e impotência sexual. Na ação indenizatória movida pelo paciente contra o médico que fez a cirurgia, foi alegado o risco inerente, tendo a perícia médica confirmado que a incontinência urinária e a impotência sexual são conseqüências inevitáveis naquele tipo de cirurgia, pelo menos naquele caso específico, pelo que não haveria que se falar em culpa, sequer em defeito do serviço. Mesmo assim o pedido indenizatório foi acolhido porque o paciente não havia sido informado desses riscos, para que pudesse decidir, e só ele, se os correria ou não. Em suma, faltou o consentimento informado.

O voto do relator destacou: "Se um paciente sofre de hipertrofia prostática com as conhecidas conseqüências em relação às dificuldades de micção e freqüentes infecções urinárias, e o tratamento cirúrgico indicado tem riscos tão elevados, seqüelas freqüente de incontinência urinária e impotência, impõe-se que se comprove expressamente que o paciente estava ciente de tais riscos e com eles concordou, pois é intuitivo e de sabedoria comum, que ninguém, em sã consciência, trocaria um problema de próstata aumentada, dificuldades de micção e infecções urinárias pelo risco de seqüela permanente de impotência sexual, incontinência urinária e uso de fraldas pelo resto da vida."

Hoje ainda suscita controvérsia a questão da cirurgia plástica embelezadora, se ela gera obrigação de meio ou de resultado. Meditando sobre o tema chegamos à conclusão de que o seu ponto nodal não é esse, mas sim o que foi informado ao paciente quanto ao resultado esperável. Se o paciente só foi informado dos resultados positivos que poderiam ser obtidos, sem ser advertido dos possíveis efeitos negativos, eis aí a violação do dever de informar, suficiente para respaldar a responsabilidade médica.

Em suma, além dos deveres de cuidado e sigilo, deve ainda o médico prestar ao paciente todas as informações necessárias sobre a terapêutica ou cirurgia indicada para o caso, seus riscos e possíveis resultados, dele obtendo o indispensável consentimento (ou do responsável). Toda vez que houver algum risco a correr, é preciso contar com o consentimento esclarecido do paciente, só dispensável em situação emergencial que não possa ser superada, ou de atua-

ção compulsória. Cabe unicamente ao paciente decidir sobre a sua saúde, avaliar o risco a que estará submetido com o tratamento ou a cirurgia, e aceitar ou não a solução preconizada pelo médico (Ruy Rosado de Aguiar Jr., **Responsabilidade Civil dos Médicos**, RT 713/36).

#### **4. Limites do consentimento informado**

É ainda preciso ressaltar que o consentimento do paciente, mesmo que plenamente informado, tem limites. Haverá casos em que persistirá a responsabilidade médica, não obstante tenha o paciente dado o seu consentimento, se estiver em jogo bem indisponível, procedimento imprudente, princípios éticos invioláveis. Assim, por exemplo, o consentimento do paciente não justifica a eutanásia, o aborto, nem uma cirurgia plástica para modificar o rosto de um perigoso marginal, e assim por diante.

Outras vezes teremos numa zona cinzenta, de difícil definição, como é o caso das irmãs gêmeas do Irã, unidas pela cabeça, cuja cirurgia de separação foi mal sucedida. Esse caso, noticiado pelo **O GLOBO** de 09/07/2003, tem várias peculiaridades que dão o que pensar. As duas irmãs eram plenamente saudáveis, ambas formadas em direito, não corriam nenhum risco de vida, apenas sonhavam levar vidas separadas. Uma queria advogar em Shiraz e a outra pretendia ser jornalista em Teerã. A cirurgia era de extremíssimo risco, pois tinha que separar dois cérebros que compartilhavam a mesma artéria de irrigação. Tão arriscada que outros médicos se recusaram a fazê-la, como por exemplo, o Presidente do Instituto Internacional de Hanover, e os médicos do Hospital de Berlim.

Nestas circunstâncias cabe indagar até que ponto o consentimento foi realmente informado. Que expectativa de sucesso foi a elas transmitida? Pelo que disseram antes da cirurgia estavam esperançosas. "Começamos essa jornada juntas e esperamos que a operação finalmente ponha um fim a essa difícil situação e nos permita recomeçar nossas novas e maravilhosas vidas como duas pessoas independentes." Outra indagação: foi uma cirurgia ou uma aventura, uma experiência médica que, se bem sucedida, teria repercussão mundial? Participaram da cirurgia 28 médicos e 100 assistentes. Isso é uma cirurgia ou é uma encenação? E mais, se os próprios

médicos não tinham pleno conhecimento dos problemas que haveriam de enfrentar, como poderiam se escudar no consentimento das vítimas? Vejam o que diz a notícia. “O maior problema surgiu logo no início, na duplicação da artéria responsável pela irrigação do cérebro, compartilhado pelas duas... Em seguida, a equipe enfrentou outro sério problema. Os cérebros das irmãs estavam muito fundidos e a separação foi mais complicada que o previsto. Os médicos conseguiram separá-las, mas as duas perderam muito sangue e acabaram não resistindo.”

Se é verdade que um caso vale por mil palavras, o caso dessas gêmeas vale por um milhão. Se o paciente (consumidor, sujeito de direitos) tem o direito à informação plena, o médico, em qualquer caso, mas principalmente nos casos de elevados riscos, tem o dever de informar plena e verazmente. Só o consentimento informado pode afastar a responsabilidade médica pelos riscos inerentes à sua atividade. O consentimento do paciente, entretanto, tem limites. Não poderá ser invocado para ocultar a imprudência médica, o seu espírito de aventura, ou a sua expectativa de ganho. ♦



# Da Hipossuficiência

ROGERIO DE OLIVEIRA SOUZA  
Juiz de Direito do TJ/RJ.

**1. A hipossuficiência no sistema jurídico.** O Sistema Jurídico Positivo Brasileiro recebeu o reforço de novo conceito jurídico-legal, trazido à baila pela Lei 8.078, de 11.09.1990, ao dispor no inciso VIII do art. 6º, que "são direitos básicos do consumidor, a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele *hipossuficiente*, segundo as regras ordinárias de experiência". O dispositivo legal onde o novo conceito foi inserido é cheio de indagações, tendo merecido diversos estudos e interpretações jurisprudenciais. A Ciência do Direito, cujo instrumento maior é a palavra escrita, deve procurar definir, em detalhes e com limites estreitos, os conceitos de que faz uso, de molde a evitar interpretações e aplicações distorcidas; na medida do possível e do desejável, cada conceito jurídico deve servir a uma utilidade prática, perfeitamente identificável e definida pelo operador do Direito e útil ao destinatário final da norma.

Segundo o Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa, a palavra hipossuficiente é composta pelos prefixo "hipo" e pelo substantivo "suficiente", indicando seu significado: "diz-se de, ou pessoa que é economicamente fraca, que não é auto-suficiente". O prefixo "hipo", por si, significa "posição inferior". Segundo o sentido lingüístico da palavra, portanto, a hipossuficiência relaciona-se às próprias condições econômicas da pessoa, situando-a em posição inferior dentro da sociedade.

**2. O assento constitucional.** A Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso LXXIV, estabelece como direito do cidadão a assistên-

cia jurídica, no seguintes termos: "o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos". A seu turno, a Lei 1.060, de 05.02.1950, definiu quem seja "necessitado" para os fins de receber assistência jurídica prestada pelo Estado: "considera-se necessitado, para os fins legais, todo aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários e advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família". A lei federal veio regulamentar o parágrafo 35 do art. 141 da Constituição Federal de 1945, que estabelecia que "o poder público, na forma que a lei estabelecer, concederá assistência judiciária aos necessitados"<sup>1</sup>. Posteriormente, com a Constituição de 1967 com a Emenda Constitucional no. 1, o art. 153 dispôs no parágrafo 32 que "será concedida assistência judiciária aos necessitados, na forma da lei"<sup>2</sup>. A nível constitucional, houve uma evolução e um alargamento da intervenção dos Poderes do Estado ao lado do necessitado, passando da concessão de uma "assistência judiciária" à "prestação de assistência jurídica integral". O Estado deixou para trás a posição de simplesmente oferecer assistência judiciária para verdadeiramente encarregar-se, por si, de prestar efetiva e integralmente, assistência jurídica; deixou para trás a assistência judiciária, limitada à própria atuação processual, para assistir ao cidadão jurídica e integralmente em toda a sua vida de relação, ou seja, fornecendo-lhe informações, meios e instrumentos próprios na atuação

---

<sup>1</sup> Pontes de Miranda, em comentário ao dispositivo constitucional, leciona que "a regra é bastante em si, *self-executing*, a despeito da alusão à 'forma que a lei estabelecer'. Há direito subjetivo à assistência judiciária, pretensões e ações contra o Estado, conforme a percepção dos emolumentos, custas, taxas e selos (União, Estados-membros). Quer dizer: provada a miserabilidade, que é, na espécie, o não poder alguém pagar advogado, emolumentos, custas, taxas e selos, não podem os juizes deixar de processar e julgar os feitos" (cf. **Comentários à Constituição Federal de 1946**, Vol. III, p. 373, Libreria Boffoni, Rio de Janeiro, 1947).

<sup>2</sup> Mais uma vez, Pontes de Miranda comenta o dispositivo: "assistência judiciária e benefício da justiça gratuita não são a mesma coisa. O benefício da justiça gratuita é direito à dispensa provisória de despesas, exercível em relação jurídica processual, perante o juiz que promete a prestação jurisdicional. É instituto de direito pré-processual. A assistência judiciária é a organização estatal, ou paraestatal, que tem por fim, ao lado da dispensa provisória das despesas, a indicação de advogado. É instituto de direito administrativo. Para o deferimento ou indeferimento do benefício da justiça gratuita é competente o juiz da causa. Para a assistência judiciária, a lei de organização judiciária é que determina qual o juiz competente" (cf. **Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969**, Tomo V, p. 641/624, Forense, Rio de Janeiro, 1987).

de seus direitos e não apenas por meio do processo judicial<sup>3</sup>. Embora o dispositivo constitucional atual não traga qualquer referência à hipossuficiência, a matriz remota do conceito situa-se na condição de necessitado.

**3. Hipossuficiência e insuficiência de recursos.** Em todas as intervenções legislativas relacionadas ao tema da hipossuficiência, pode-se apreender, com facilidade, uma ligação umbilical que o legislador constitucional e infra-constitucional faz do direito de acesso à Justiça com as condições econômicas da pessoa. Apenas terá “assistência jurídica integral” (CF, 5º LXXIV) aquele que “comprovar insuficiência de recursos”; essa insuficiência de recursos diz respeito à impossibilidade de suportar as despesas com a contratação de advogado, as custas do processo (CPC, 19) e quaisquer gastos relacionados com a atuação em Juízo ou fora dele na defesa ou afirmação de direitos. É “instituto pré-processual”, na lição de Pontes de Miranda, não sendo indispensável a existência de processo judicial para o seu reconhecimento.

Enquanto a assistência jurídica integral e o benefício da justiça gratuita são direitos constitucionalmente garantidos a qualquer cidadão que “comprove insuficiência de recursos”, a condição de hipossuficiente depende do preenchimento de requisitos materiais, legais e processuais, não constituindo garantia processual e nem direito subjetivo da parte assistida juridicamente por órgão da Defensoria Pública. Não basta ter reconhecida a condição de “necessitado” (Lei 1.060/50, 2º, parágrafo único), para também ser reconhecida a condição qualificada de “hipossuficiente”.

---

<sup>3</sup> O art. 134 da Constituição Federal de 1988, ao considerar a Defensoria Pública como uma das “funções essenciais da Justiça”, dispôs que a ela cabe a “orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º LXXIV”. A atribuição de “orientação jurídica” é espectro maior do que simplesmente participar em processos judiciais; pretende a Constituição, através dos órgãos da Defensoria Pública, colocar à disposição do cidadão necessitado todas as informações necessárias e indispensáveis para que o mesmo se realize enquanto sujeito de direitos em uma ordem jurídica democrática. O papel da Defensoria Pública, ao prestar “orientação jurídica” é ativo, dando ao dispositivo constitucional que prevê a “assistência jurídica integral” plena e completa eficácia em prol do necessitado.

**4. A hipossuficiência e a relação de consumo.** A hipossuficiência possibilita à parte reconhecida como hipossuficiente o exercício de um "direito básico" do consumidor, qual seja, a inversão do ônus da prova. A hipossuficiência somente tem existência e aplicação em processos judiciais onde se discuta alguma relação de consumo, ou seja, aquela onde estão presentes um "consumidor" (Lei 8.078/90, 2º) e um "fornecedor" (idem, 3º), e o objeto da relação jurídica existente entre os mesmos seja um produto ou serviço oferecido indistintamente no mercado. A hipossuficiência se apreende apenas dentro da relação processual, após a verificação da condição das partes litigantes e do objeto material do litígio; nem todo consumidor é hipossuficiente, embora possa ser "necessitado"; mas o hipossuficiente tem quer ser antes um consumidor. A existência de uma demanda onde se discuta alguma relação de consumo, portanto, é pressuposto básico para se perquirir sobre o reconhecimento da condição da parte como hipossuficiente. Até o momento, o legislador não previu tal situação em outras relações processuais ou materiais; embora não haja vedação constitucional ou legal para tanto, é de se considerar que a hipossuficiência tem por escopo garantir o princípio de igualdade entre as partes no processo, tratando desigualmente partes que são desiguais em suas condições pessoais de existência, como por exemplo, uma grande empresa e um consumidor residente em bairros populares.

**5. As espécies de hipossuficiência.** A hipossuficiência deve ser analisada sob três aspectos: a hipossuficiência econômica, a hipossuficiência de informação (ou técnica) e a hipossuficiência jurídica. A hipossuficiência se apresenta como um conceito de direito material e não processual, embora somente possa ser averiguada dentro de uma relação jurídica processual. A hipossuficiência tem relação direta com as condições pessoais da parte consumidora, devendo ser perquirida junto às suas próprias condições de vida, ou seja, situação social, econômica e cultural, de molde a possibilitar o preenchimento do conceito. A investigação, no entanto, se desenvolve dentro do processo, inexistindo procedimento específico e autônomo que demonstre ao Juiz tal condição, valendo apenas para o fim de demonstrar ao julgador a existência de um dos elementos

que autorizam o deferimento da inversão da carga probatória processual.

Sob o primeiro aspecto, existe correlação entre o conceito de hipossuficiência e o de necessitado, conforme previsto na Lei 1.050/60, posto que se refere à parte, considerada como consumidor, que não dispõe dos meios econômicos próprios e suficientes para prover às despesas do processo sem prejuízo do seu sustento e de sua família. Desta forma, ao deferir à parte consumidora a assistência judiciária (através de órgão estatal ou privado, ou profissional particular incumbido da defesa de seus interesses em juízo) e conceder-lhe a gratuidade de justiça, o Juiz também já reconheceu sua condição de hipossuficiente econômico, preenchendo parte de um dos requisitos previstos no inc. VIII do art. 6º da Lei 8.078/90<sup>4</sup>.

A hipossuficiência de informação (ou técnica) volta-se para as próprias condições pessoais da parte que não avalia o que seja relevante para a defesa de seus interesses, não compreendendo o valor deste ou daquele documento, da identificação de pessoas habilitadas a prestarem depoimentos em juízo, a carência de identificação

---

<sup>4</sup> "Em relação ao elemento consistente na hipossuficiência do consumidor, há de se ter em consideração sua realidade social (*rectius*, econômica), com projeção imediata em suas condições processuais de produzir a prova da alegação. A hipossuficiência, assim, tem origem no reconhecimento da existência de verdadeira desigualdade sócio-econômica entre as partes no processo. Esta desigualdade há de ser tal que os meios postos à disposição do consumidor para se desincumbir da produção da prova de sua alegação se revelam de difícil aquisição, seja por dificuldades patrimoniais (locomoção, condução de testemunhas, honorários periciais etc.), seja por assistência judiciária desprovida dos mesmos recursos disponíveis à outra parte (contratação de peritos, juntada de documentos, confecção de plantas, visita a locais etc.). A hipossuficiência tem natureza extra-processual, assentada na realidade sócio-econômica do consumidor: reconhece o legislador que o consumidor que integra as camadas populares da sociedade, cujo acesso à Justiça é dificultado por diversas circunstâncias que se encontram antes e fora do processo, há de receber tratamento diferenciado quanto ao ônus da produção da prova de suas alegações. A hipossuficiência tratada pelo legislador é aquela concernente às condições sócio-econômicas do consumidor, gerando impossibilidade ou dificuldades jurídico-processuais no que diz respeito ao ônus probatório. Em tese, não haveria "hipossuficiência jurídica", posto que o advogado ou o defensor público que atende ao consumidor se encontra nas mesmas condições profissionais que o grande advogado que representa o potentado econômico réu. A hipossuficiência jurídica nasce das parcas condições sócio-econômicas do consumidor para prover os meios necessários à aquisição e produção das provas de seu interesse; tal dificuldade, evidentemente, não existe para a instituição bancária, financeira ou econômica com quem contende no processo, cujos recursos são superiores em grau acentuado àqueles do consumidor considerado hipossuficiente" (cf. Rogério de Oliveira Souza, "Da Inversão do Ônus da Prova", *Revista EMERJ*, v.3, nº 12, Rio de Janeiro, 2000).

de locais e situações que forneçam elementos de prova, a falta de cuidado na preservação de objetos de prova (*v.g.*, documentos, pron-tuários, receitas, bens móveis etc.). Tal deficiência gera evidentes dificuldades para o profissional encarregado de sua defesa, podendo, inclusive, conduzir à formulação de estratégia errada e fadada ao insucesso. A hipossuficiência técnica tem relação direta com a capacidade individual da parte consumidora em prover informações de cunho relevante ao processo, gerando incerteza quanto ao reconhecimento do direito pleiteado. A hipossuficiência técnica se apresenta como conseqüência inarredável das próprias condições econômicas a que se sujeita a parte consumidora em sua vida de relação, impossibilitando-a de adquirir conhecimentos mínimos sobre o direito que pleiteia. A base legal do reconhecimento da hipossuficiência de informação (ou técnica) situa-se no próprio Código do Consumidor, ao estabelecer, como princípio, que o consumidor é a "parte vulnerável no mercado de consumo" (art. 4º, I), que o mesmo tem direito à "educação e informação (...) quanto aos seus direitos e deveres" (id., IV), elencando, ainda, dentre os seus "direitos básicos", a "educação e divulgação sobre o consumo adequado de produtos e serviços" (art. 6º, II), "informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços" (id., III), e "proteção contra a publicidade enganosa" e outras práticas comerciais ilícitas (ib., IV). Este direito básico à "informação adequada" garante ao consumidor, em razão de sua vulnerabilidade, o reconhecimento da hipossuficiência técnica na identificação dos elementos de prova necessários à defesa de seus interesses. Somente o consumidor bem informado, isto é, com informação adequada sobre o produto ou serviço objeto da demanda, pode proporcionar elementos de prova hábeis à defesa de seus direitos; o consumidor mal informado, seja em razão de sua hipossuficiência econômica, seja em razão de ofensa aos seus direitos de informação, se apresenta como hipossuficiente técnico, fazendo jus ao reconhecimento pleno de sua condição protetiva. O direito à informação adequada se apresenta, assim, sob duplo aspecto: material e processual, voltando o primeiro para o conhecimento mínimo razoável sobre o produto ou serviço fornecido e, o segundo, para a identificação de elementos de prova indispensáveis à propositura de eventual demanda; se o primeiro é mal

compreendido pelo consumidor, gerará dificuldades enormes na própria defesa do direito em Juízo.

Por último, apresenta-se a hipossuficiência jurídica, onde a parte consumidora é assistida por profissional de baixa qualificação ou mal qualificado para o exercício de seu mister, proporcionando a apresentação deficiente ou inaproveitável da demanda judicial (CPC, 295), desincumbindo-se de maneira desidiosa ou imperita sobre os elementos do processo (partes, pedido, provas, recursos), ensejando uma assistência jurídica imperfeita para os fins de proteção do consumidor. A hipossuficiência jurídica, embora de maneira indireta, também apresenta relação direta com a hipossuficiência econômica da parte consumidora, posto que, seja através da intervenção deficiente do Estado, seja através da atuação particular do advogado, a atuação judicial do hipossuficiente se vê evidentemente prejudicada. A ocorrência da hipossuficiência jurídica na relação processual de consumo não tem o condão de possibilitar ao Juiz proceder à substituição cogente do profissional que assiste à parte; pode, apenas, reconhecer de ofício, o direito à inversão do ônus da prova<sup>5</sup>, mesmo que não requerido processualmente pela parte, como uma das manifestações de um "direito básico do consumidor", que, no caso, se apresenta como "a facilitação da defesa de seus direitos" (Lei citada, art. 6º, VIII). É evidente que tal medida apenas se dará no caso de a demanda chegar a bom termo, isto é, até a fase probatória, sendo de pouca valia se a petição inicial for indeferida.

A condição de hipossuficiente, em princípio, somente pode ser reconhecida à parte consumidora se presente esta tripla manifestação, posto que, embora a hipossuficiência econômica possa, na maioria das vezes, ensejar a ocorrência da hipossuficiência técnica e jurídica, tal encadeamento lógico não é inevitável. A parte consumidora pobre, mal informada e mal assistida, é evidentemente hipossuficiente, para os fins do art. 6º inc. VIII da Lei 8.078/90 (devido, então, ser analisada a verossimilhança de sua alegação). A

---

<sup>5</sup> O conceito de hipossuficiência, conforme estabelecido na legislação de consumo, integra, como elemento constitutivo, o direito básico do consumidor de obter a inversão do ônus de produzir a prova de sua alegação; por si, não é suficiente ao tratamento protetivo, impondo também o reconhecimento de que suas alegações são "verossímeis". (cf. Rogério de Oliveira Souza, ob. cit.).

hipossuficiência econômica, por si, garante apenas o reconhecimento da condição de “necessitado”, nos termos do parágrafo único do art. 2º da Lei 1.060/50, não sendo bastante para ser considerado hipossuficiente para os fins protetivos do Código do Consumidor. A hipossuficiência jurídica, a seu turno, garante à parte consumidora a intervenção oportuna do Juiz, no sentido de determinar a inversão do ônus da prova, a seu favor, mesmo que não requerida pelo profissional que a assiste.

**6. A relevância da hipossuficiência de informação.** A hipossuficiência de informação (ou técnica), portanto, se afigura como elemento mestre na decisão quanto à hipossuficiência, posto que poderá levar a demanda ao insucesso, em razão da falta de informação relevante (falta de conhecimento) sobre os fatos necessários à demanda.

Na sociedade moderna, onde a rapidez e complexidade da informação se impõem a todos os consumidores, não se pode negar que grande parte da população, mormente aquela integrante das camadas mais pobres, apresenta grande dificuldade em entender o real significado das informações que lhe vem ter às mãos. A dificuldade tem origem na própria formação escolar, deficiente ou inexistente, onde o consumidor apenas “desenha” o nome, ao invés de escrevê-lo. Não sabe o que é “bula” de remédio; não entende espanhol ou inglês, língua dos manuais de utilização dos eletrodomésticos ou brinquedos que adquire; não sabe seguir os “passos” para a utilização da rede inumerável de máquinas eletrônicas bancárias, de supermercados etc., que é colocada à sua disposição para o uso diário e cotidiano. Além disso, a contratação de serviços (bancários, de financiamento, de saúde etc.) pressupõe a leitura de instrumentos longos, confusos e ininteligíveis ao interessado que, premido pela necessidade, aquiesce aos seus termos sem o seu pleno conhecimento ou entendimento. A incidência de erro – derivado da ignorância ou do conhecimento deficiente – é grande, gerando conseqüências patrimoniais e emocionais negativas para o consumidor.

Ao garantir o direito à “informação adequada” (Lei 8.078, art. 6º, II, III e IV), o legislador teve sua atenção voltada para a grande massa de consumidores que constitui a maioria esmagadora do



mercado de consumo, formado por pessoas de baixa ou nenhuma instrução ou capacidade de compreensão, mas que, ao mesmo tempo, adquire e consome produtos e serviços por toda a sua vida. A capacidade do consumidor em compreender o produto ou serviço que gerou a demanda judicial, desta forma, se revela como indicador mestre ao Juiz para o reconhecimento de sua condição de hipossuficiente frente ao fornecedor, devendo ser apreciada no caso concreto. Por exemplo, o engenheiro necessitado juridicamente (hipossuficiente econômico), que adquire este ou aquele material para servir à sua casa, deve, presumivelmente, conhecer suas características intrínsecas e extrínsecas, não podendo, ao cabo, alegar que o mesmo não atendia às especificações que apresentava; diversamente se dá quando o morador de uma comunidade carente adquire determinado produto de beleza que promete o “rejuvenescimento dos cabelos” e os mesmos vêm a cair, porque o shampoo não podia ser utilizado em cabelos tais ou quais. A atenção do legislador, assim, está dirigida para a proteção do consumidor enquanto sujeito receptor da devida informação sobre o produto ou o serviço consumido; se a informação é adequadamente apreendida, o consumidor não pode requerer seja reconhecida sua hipossuficiência, sob este aspecto.

A hipossuficiência de informação conduz, quase sempre, ao reconhecimento da hipossuficiência; não basta ser pobre e ser assistido juridicamente; imprescindível que a informação recebida pelo consumidor tenha sido adequada e que o mesmo tenha condições pessoais de entender o direito que pretende exercer. Na falta destes elementos, o consumidor faz jus ao reconhecimento de sua condição carente de uma maior proteção processual. A preocupação do fornecedor quanto à qualidade da informação prestada deve ser diretamente proporcional às próprias condições pessoais do consumidor: quanto mais carente, melhor e mais compreensível deve ser a informação concernente ao produto ou ao serviço a ele dirigido. O dano causado pelo produto ou pelo serviço e que seja deduzido em Juízo, assim, estará diretamente ligado às condições do consumidor na apreensão e compreensão das informações recebidas pelo fornecedor (v.g., a utilização de um bujão de gás, a troca de lâmpadas, a utilização de determinado remédio etc.).

**7. A consequência processual da hipossuficiência.** A solução encontrada pelo legislador constitucional<sup>6</sup> e ordinário<sup>7</sup> foi, reconhecendo a “vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo”, estabelecer “direitos básicos”, dentre os quais “a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive, com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência”. A verificação pelo Juiz da condição de hipossuficiência da parte consumidora, em sua tripla manifestação, impõe ao mesmo que se detenha na análise da verossimilhança de suas alegações, a fim de, concluindo pela afirmativa, reconhecer seu direito à inversão do ônus da prova, “a seu favor”.

Desta forma, para a constituição do direito à inversão do ônus da prova, a condição de hipossuficiência se apresenta como um de seus elementos, ao lado da verossimilhança da alegação.

A finalidade precípua da condição de hipossuficiente da parte consumidora, portanto, é restabelecer sua igualdade jurídico-processual na defesa de seus interesses frente ao fornecedor. O fornecedor detém o controle da produção ou da prestação do serviço, para os efeitos legais (embora possa não ser, efetivamente, o produtor), conhecendo o processo de produção em sua inteireza. A ele cabe prover o consumidor com toda a informação adequada, nutrindo-o com o conhecimento das características intrínsecas e extrínsecas do produto ou do serviço, de molde que o consumidor, ao adquirir este ou aquele produto ou serviço, esteja, efetivamente, exercendo sua vontade na realização de uma finalidade que atende aos seus interesses. Se a informação prestada é deficiente ou não é compreendida por seu destinatário final, ou o produto ou serviço não preenche a finalidade para o qual foi posto ao consumo, o consumidor se encontra em posição inferior, frente ao fornecedor, na defesa de seu direito. O reconhecimento da hipossuficiência apenas recoloca

---

<sup>6</sup> Constituição Federal, art. 5º, inc. XXXII: “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor” e art. 170, inc. V: “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”.

<sup>7</sup> Lei 8.078/90, art. 4º e 6º (Código de Defesa do Consumidor).

as partes frente à frente no mesmo nível processual, não significando nenhuma vantagem para o consumidor, mas apenas um restabelecimento da igualdade entre as partes no processo, que, caso contrário, seriam tratadas desigualmente.

A relevância da hipossuficiência se dirige, notadamente, para o processo, possibilitando que o consumidor tenha invertido, a seu favor, o ônus da prova de suas alegações. De pouca valia seria o novel conceito jurídico, se a relação entre consumidor e fornecedor não fosse deduzida em Juízo, permanecendo apenas produzindo seus efeitos entre pessoas privadas, sem a intervenção do Estado, através do juiz. A hipossuficiência (junto com a verossimilhança da alegação) tem o condão de impor ao fornecedor a demonstração de que a alegação formulada pelo consumidor não é verdadeira ou não é totalmente verdadeira. Se o consumidor não fosse reconhecido como hipossuficiente, restaria inalterada a disposição geral quanto ao ônus da prova, prevista no art. 333, I do Código de Processo Civil. ♦

# A Transmissibilidade do Direito de Indenização do Dano Moral

**ANDRÉ GUSTAVO CORRÊA DE ANDRADE**

Juiz de Direito do TJ/RJ. Professor de Direito Civil e Processo Civil da EMERJ

## 1. Introdução

Questão não isenta de controvérsias é a relativa à transmissibilidade, *mortis causa*, do direito à indenização do dano moral. A peculiar natureza dos bens ou interesses atingidos por essa espécie de dano levaram a doutrina e a jurisprudência a divergir sobre a possibilidade de o respectivo direito de indenização ser exercido por outrem que não a própria vítima. Desnecessário salientar a importância do tema, que, em razão do crescente número de ações de reparação, vem sendo trazido cada vez mais para exame judicial.

Menos debatida, embora não menos relevante em termos doutrinários, é a questão referente à transmissibilidade *inter vivos* desse mesmo direito. Impõe-se verificar se para essa questão a solução é idêntica à dada para a primeira.

O presente trabalho aborda os problemas, examinando algumas manifestações doutrinárias e jurisprudenciais a respeito.

## 2. As correntes formadas acerca da questão da transmissibilidade *mortis causa* do direito de indenização do dano moral

No tocante à possibilidade de transmissão por morte do direito indenizatório do dano moral, três correntes se formaram a respeito na doutrina: a) intransmissibilidade; b) transmissibilidade condicionada ao ajuizamento da ação indenizatória pelo lesado ou à sua manifestação da vontade de exercer a pretensão; c) transmissibilidade.<sup>1</sup> Passem-se em revista essas correntes.

---

<sup>1</sup> MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**, tomo 22, § 2.723, 4, p. 218.

## 2.1. Intransmissibilidade

Representante da primeira corrente, Wilson Mello da Silva sustentava que o dano moral, "dado seu caráter eminentemente subjetivo, jamais se transferiria ativamente a terceiros, seja pela cessão comum, seja pelo *jus haereditatis*".<sup>2</sup> Argumentava que os bens morais são inerentes à pessoa e com ela desaparecem, pois dizem respeito a seu foro íntimo. Embora os terceiros possam compartilhar da dor da vítima, sentindo, eles próprios, *por eles mesmos*, as mesmas angústias, não se concebe que a vítima possa transferir as suas dores e angústias para terceiros.<sup>3</sup> Em apoio de sua posição, invocava o autor os entendimentos de Demogue e Ripert.<sup>4</sup> Este último via no caráter punitivo da indenização do dano moral, por ele defendido enfaticamente, uma razão para a intransmissibilidade do direito de indenização do dano moral: "Em todo o caso qualquer reparação por prejuízo moral, desde que não foi liquidada, desaparece com a vítima; é uma prova de que a vítima tem menos em vista a reparação de um prejuízo, do que exercer um direito de punição."<sup>5</sup>

Mais modernamente, Patrice Jourdain manifesta-se teoricamente contrário à transmissibilidade do direito de indenização do dano moral, fundado no que considera o caráter eminentemente pessoal do referido direito.<sup>6</sup> Embora a jurisprudência francesa atual admita essa transmissibilidade sem restrições, argumenta o autor que a questão é controvertida em sede doutrinária. Pondera que a indenização do dano moral preenche a função peculiar de trazer para a vítima uma satisfação destinada a compensar seu sofrimento ou de infligir ao agente uma espécie de sanção civil que satisfaz a uma necessidade, se não de vingança, ao menos de afirmação pública do direito daquela. Portanto, seria evidente que, "para preencher verdadeiramente esta função a indenização deve ser reclama-

---

<sup>2</sup> SILVA, Wilson Mello da. **O dano moral e sua reparação**, p. 648.

<sup>3</sup> *Ibidem*, p. 649.

<sup>4</sup> *Idem*.

<sup>5</sup> RIPERT, Georges. **A regra moral nas obrigações civis**, p. 343. Ao contrário do sustentado pelo autor, o caráter punitivo da indenização justificaria a transmissibilidade do direito à indenização.

<sup>6</sup> VINEY, Geneviève.; JOURDAIN, Patrice. **Traité de Droit Civil. Les effets de la responsabilité**, p. 328.

da e obtida pela própria vítima. Se o é por seus herdeiros, ela não traz nenhum alívio aos sofrimentos suportados e não dá nenhuma satisfação moral àquele que os experimentou. Seu único efeito é o de permitir aos sucessores a obtenção de uma soma em dinheiro a partir de um sofrimento que não é seu e a respeito do qual a própria vítima talvez não quisesse ela mesma demandar reparação, o que parece particularmente antipático, se não francamente imoral.”<sup>7</sup>

## 2.2. Transmissibilidade condicionada

A segunda corrente também parte do princípio de que o dano moral, porque reside na “dor” ou lesão de sentimentos íntimos, é inerente à pessoa do lesado e somente por ele pode ser invocada.<sup>8</sup> Isso significa que a ação (*rectius*, a pretensão) de indenização do dano moral carrega consigo as características particulares do direito violado, razão pela qual tal ação, de acordo com a classificação doutrinária das ações baseada no direito que protegem, deve ser incluída na categoria das ações personalíssimas.<sup>9</sup> Assim, antes de exercida, a pretensão indenizatória é de natureza personalíssima e, portanto, intransmissível. Assume o caráter patrimonial, contudo, depois da propositura da ação. Pressupõe-se que a falta de ajuizamento da demanda indenizatória pode significar, *v.g.*, que a vítima não se sentiu injuriada ou agravada em sua honra; ou que, simplesmente, não tivesse a intenção de pleitear indenização; pode, ainda, significar que ela renunciou à pretensão ou perdoou o ofensor. Em contrapartida, o ajuizamento da ação indenizatória pela própria vítima revelaria não apenas a existência do dano moral, mas a disposição daquela de obter a reparação, que poderia, a partir de então, ser transmitida aos herdeiros.

---

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 325. No original: “Or il est bien évident que, pour remplir véritablement cette fonction l’indemnisation doit être réclamée et obtenue par la victime elle-même. Si elle l’est par ses héritiers, elle n’apporte aucun soulagement aux souffrances endurées et ne donne aucune satisfaction morale à celui qui les a subies. Son seule effet est de permettre aux successeurs de faire argent d’une souffrance qui n’est pas la leur et don’t peut-être leur auteur n’aurait voulu lui-même demander réparation, ce qui paraît particulièrement antipathique, sinon même franchement immoral.”

<sup>8</sup> É o entendimento de Alfredo Orgaz. **El daño resarcible. Actos ilícitos**, p. 261.

<sup>9</sup> BREBBIA, Roberto H. **El daño moral**, p. 247.

Esse era, em linhas gerais, o entendimento de Savatier, para quem a vítima pode transmitir livremente, por convenção ou sucessão, seu direito de indenização por dano moral, pois que dela apenas depende a conversão desse dano em uma indenização pecuniária. Assim, a partir do ajuizamento da ação indenizatória pela vítima, poderiam seus herdeiros sucedê-la no respectivo crédito. Se, ao contrário, a vítima não propusesse a demanda, não haveria transmissão hereditária. Argumentava o autor que os herdeiros não saberiam quantificar pecuniariamente, por sua própria conta, a dor física ou moral do *de cuius*.<sup>10</sup>

Essa solução foi adotada expressamente pelo Código Civil argentino, em seu artigo 1.099: "Se se tratar de delitos que não houverem causado senão agravo moral, como as injúrias ou a difamação, a ação civil não passa aos herdeiros e sucessores universais, senão quando houver sido ajuizada pelo defunto."<sup>11</sup> O dispositivo legal, como se vê, estatui a intransmissibilidade como regra e a transmissibilidade como exceção.

Pizarro, em comentário ao dispositivo legal, observa que a existência e a natureza do agravo moral "se nutre de parâmetros marcadamente subjetivos, cuja ponderação corresponde exclusivamente ao próprio lesado", de modo que apenas a este cabe tomar, "em forma absolutamente potestativa, a decisão de exercitar ou não o seu direito à reparação do dano moral". A partir de então, a pretensão ressarcitória assume um conteúdo predominantemente patrimonial, suscetível de ser transmitido aos herdeiros.<sup>12</sup>

Zavala de Gonzalez, por seu turno, entende que o exercício da pretensão indenizatória pelo lesado é um dado meramente circunstancial, que não modifica a essência do direito, nem transforma em patrimonial uma ação que antes era personalíssima. Argumenta que a pretensão já existia e o seu exercício não "é uma questão contingente, sem virtualidade para determinar a índole de um direito sur-

---

<sup>10</sup> SAVATIER, René. *Traité de la responsabilité civile en Droit français*, tomo II, p. 210.

<sup>11</sup> No original: "Art.1099 – Si se tratare de delitos que no hubiesen causado sino agravo moral, como las injurias o la difamación, la acción civil no pasa a los herederos y sucesores universales, sino cuando hubiese sido entablada por el difunto."

<sup>12</sup> PIZARRO, Ramón Daniel. *Daño moral*, p. 247.

gido desde antes, com um contorno e uma substância bem delimitados.”<sup>13</sup> Por outro lado, pondera que a transmissão da ação ajuizada pela vítima, na verdade, é incompatível com o prevalente caráter ressarcitório da indenização do dano moral, uma vez que essa transmissão faz recair a indenização sobre as mãos de pessoas que não padeceram nenhum prejuízo espiritual ressarcível, não podendo, assim, cumprir sua finalidade compensatória ou satisfativa. Conclui que a transmissibilidade condicionada da ação de indenização deriva, em última análise, de considerações de política legislativa, que muitas vezes circunscrevem ou limitam a aplicação de certos princípios, como o da função ressarcitória do dano moral.<sup>14</sup> A lei, por razões de ordem prática, simplesmente estabeleceu um limite temporal e um requisito objetivo – o ajuizamento da ação pelo lesado – para a transmissão do direito de indenização do dano moral.<sup>15</sup>

Na Espanha, é pacífico o entendimento de que, uma vez ajuizada a ação de indenização por dano não patrimonial, o respectivo direito, em caso de morte ulterior da vítima, é transmitido aos herdeiros. No caso de a vítima não ter ajuizado a ação, há dissenso entre a doutrina e a jurisprudência. Parte considerável da doutrina considera que o direito à compensação por dano não patrimonial tem natureza patrimonial, razão pela qual seria sempre transmissível para os sucessores da vítima, independentemente do ajuizamento de ação indenizatória por esta. A Suprema Corte, no entanto, tem rejeitado sistematicamente a transmissibilidade nessa última hipótese, admitindo-a apenas quando o lesado tiver ajuizado a ação.<sup>16</sup>

Na Holanda, entende-se que o direito de postular indenização por dano não patrimonial é estritamente pessoal e, em princípio,

---

<sup>13</sup> ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde. **Resarcimiento de daños. Daños a las personas**, v. 2-a, p. 580.

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 581.

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 582. Observa a autora, ainda, que a norma em comento visaria a compensar, de certo modo, o impedimento, trazido pelo art. 1.078 do Código Civil argentino, à possibilidade de os lesados indiretos intentarem, por direito próprio, ação de indenização por lesões sofridas em vida por um parente. Essa restrição se contrabalançaria, em certa medida, com a abertura da transmissão da ação que então tivesse sido proposta pelo lesado direto.

<sup>16</sup> MARTÍN-CASALS, Miquel; RIBOT, Jordi; SOLÉ, Josep. "Non-pecuniary loss under Spanish Law". *Ir. ROGERS, W. V. Damages for non-pecuniary loss in a comparative perspective*, p. 200.



intransmissível. Contudo, o art. 6:106 (2) do BW (*Burgerlijk Wetboek* – Código Civil holandês), estabelece que o referido direito passa para os herdeiros, se a vítima tiver notificado ou de qualquer modo informado o responsável da sua intenção de reclamar indenização.<sup>17</sup>

Na Grécia, o art. 933 do Código Civil estabelece que o direito de indenização se transmite para os herdeiros somente quando reconhecido em instrumento de transação ou quando o lesado tiver ajuizado demanda indenizatória.<sup>18</sup> Na Polônia, regra semelhante é estabelecida pelo art. 445, 3, do Código Civil.<sup>19</sup>

### **2.3. Transmissibilidade (incondicionada)**

Para essa corrente, o direito de indenização do dano moral é sempre transmissível, como o é o direito de indenização do dano material. Distingue-se, acertadamente, o direito da personalidade do direito de indenização. O primeiro, sim, é por natureza intransmissível, enquanto o último tem caráter patrimonial e é transmissível aos herdeiros do falecido. Em última análise, o direito indenizatório constitui um crédito que integra o conjunto de bens patrimoniais da vítima e pode, como os créditos em geral, ser cedido por ato entre vivos ou transmitido por morte do titular.

Assim já se manifestava De Cupis: "Se o fato prejudicial viola um direito transmissível (como o direito da personalidade), esta intransmissibilidade não leva consigo a do direito ao ressarcimento, que por ter por objeto uma prestação pecuniária de caráter patrimonial (ressarcimento) constitui um elemento do patrimônio do prejudicado com uma regulação independente na qual se compreende a transmissibilidade, de modo igual ao de qualquer direito privado patrimonial."<sup>20</sup> Esse é o entendimento hoje vigente no Direito italiano, como informam Busnelli e Comandé: "Se, em caso de morte, a víti-

---

<sup>17</sup> WISSINK, Mark H.; BOOM, Willem H. van. "Non-pecuniary loss under Dutch Law". *Irr. Damages for non-pecuniary loss in a comparative perspective*, p. 160.

<sup>18</sup> KERAMEUS, Konstantinos D. "Non-pecuniary loss under Greek Law". *Irr. ROGERS, W. V. Damages for non-pecuniary loss in a comparative perspective*, p. 131.

<sup>19</sup> NESTEROWICZ, Mirosław; BAGINSKA, Ewa. "Non-pecuniary loss under Polish Law". *Irr. ROGERS, W. V. Damages for non-pecuniary loss in a comparative perspective*, p. 179.

<sup>20</sup> DE CUPIS, Adriano. *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*, p. 662.

ma sobreviveu por um razoável período de tempo, então terá sofrido um dano psicofísico que poderá ser qualificado como *danno biologico* e seus herdeiros poderão demandar em juízo. O mesmo vale para o sofrimento moral.<sup>21</sup>

No Direito germânico, o art. 847, nº 1, parte final, do BGB condicionava a transmissibilidade do direito de indenização do dano moral à existência de um instrumento escrito de transação no qual o ofensor reconhecesse esse direito ou ao ajuizamento da ação indenizatória pela vítima. Esse condicionamento era, em geral, objeto de críticas. Em 1990, foi revogada a parte final daquele dispositivo,<sup>22</sup> de modo que, a partir de então, deixou de haver restrições à transmissibilidade do direito à indenização do dano moral, que, em caso de morte da vítima, passa automaticamente aos herdeiros.<sup>23</sup>

Na França, foi bem marcada a evolução da questão na jurisprudência. Da intransmissibilidade do direito de indenização do dano moral (até 1946) passou-se à transmissibilidade condicionada ao ajuizamento da ação em vida pela vítima (de 1946 a 1976), até chegar à transmissibilidade sem restrições desse direito (a partir de 1976). Em 30 de abril de 1976, a Cour de Cassation, em câmara mista, estabeleceu, em dois *leading cases*, que o direito de indenização do dano não patrimonial se transmite da vítima a seus herdeiros sem nenhuma restrição. No primeiro caso, os herdeiros haviam demandado indenização, a título de *pretium doloris*, pelo sofrimento suportado pela vítima entre o acidente e sua morte. A Corte afirmou que "toda pessoa vítima de um dano, seja qual for a sua natureza, tem direito de obter reparação daquele que o causou por sua falta;

---

<sup>21</sup> BUSNELLI, F. D.; COMANDÉ, G. "Non-pecuniary loss under Italian Law". *In*: ROGERS, W. V. **Damages for non-pecuniary loss in a comparative perspective**, p.137. No original: "*If, in case of death, the victim survived for a reasonable period of time so that he/she suffered temporary psychophysical impairment that can be qualified as danno biologico, his/her estate could claim it. The same is true for moral suffering.*"

<sup>22</sup> Art. 847 do BGB: "(1) No caso de lesão do corpo ou da saúde, assim como no caso de privação da liberdade, pode o lesado, também em razão do dano não patrimonial, exigir uma equitativa satisfação em dinheiro. A pretensão não é transmissível e não passa aos herdeiros, salvo se tiver sido reconhecida por contrato ou se tiver havido litispendência." (Grifou-se o trecho revogado).

<sup>23</sup> MAGNUS, Ulrich; FEDTKE, Jörg. "Non-pecuniary loss under German Law". *In*: ROGERS, W. V. **Damages for non-pecuniary loss in a comparative perspective**, p. 115.

que o direito à reparação do dano resultante do sofrimento físico experimentado pela vítima antes de seu falecimento, tendo entrado em seu patrimônio, transmite-se a seus herdeiros...; que não pode, em consequência, ser rejeitada a ação de perdas e danos ajuizada por um filho que, na qualidade de sucessor, pleiteia indenização pelo sofrimento suportado por seus pais entre o dia do acidente e seu falecimento".<sup>24</sup> No segundo caso, o falecido era o pai de um rapaz morto em um acidente. O pai morreu um ano após seu filho, sem que tivesse ajuizado ação para obter compensação pelo *préjudice d'affection* sofrido com a morte do filho. Seu espólio, então, pleiteou indenização. A Cour de Cassation, reformando decisão que considerara que o espólio não sucede o *de cuius* no direito indenizatório quando este não o exercitou em vida, afirmou que "o direito à reparação do dano resultante do sofrimento moral experimentado pelos pais em razão da morte de seus filhos, tendo entrado em seu patrimônio, se transmite com a sua morte a seus herdeiros, os quais podem demandar indenização desse dano, mesmo se o pai não propôs nenhuma ação antes de sua morte".<sup>25</sup> Este segundo julgamento assinala que a transmissibilidade do direito de indenização do dano moral se dá não apenas em casos nos quais o *de cuius* foi vítima direta de lesão corporal, mas também em casos nos quais ele foi vítima indireta ou em ricochete.<sup>26</sup>

No Direito português, a transmissão por morte do direito de indenização do dano não patrimonial é admitida sem vacilações, como observa Capelo de Souza: "E hoje também é comumente admitida a hereditabilidade do direito de indemnização por danos não patrimoniais ou morais, uma vez que, embora tais danos não sejam

---

<sup>24</sup> VINEY, Geneviève e JOURDAIN, Patrice. *Traité de Droit Civil. Les effets de la responsabilité*, p. 327. No original: " toute personne victime d'un dommage, quelle qu'en soit la nature, a droit d'en obtenir réparation de celui qui l'a causé par sa faute; que le droit à réparation du dommage résultant de la souffrance physique éprouvée par la victime avant son décès, étant né dans son patrimoine, se transmet à ses héritiers... ; que ne peut donc être rejetée la demande en dommages et intérêts formée par un fils au titre du préjudice successoral représenté par la souffrance subie par ses parents entre le jour de l'accident et leur décès."

<sup>25</sup> *Idem.* V, também, GALAND-CARVAL, Suzanne. "Non-pecuniary loss under French Law". In: ROGERS, W. V. *Damages for non-pecuniary loss in a comparative perspective*, p. 96.

<sup>26</sup> GALAND-CARVAL, Suzanne. *Op. et loc. cit.*

ressarcíveis porque, versando sobre a pessoa do lesado, são insuscetíveis de avaliação pecuniária (*v.g.*, lesões de integridade física, da saúde, da honra, do bom nome etc.), são, nos termos dos n<sup>os</sup> 1 e 3 do art. 496<sup>o</sup> e do art. 566<sup>o</sup>, susceptíveis de serem compensados através de uma indemnização em dinheiro e assim o direito de indemnização reveste também um carácter patrimonial e como tal hereditável.<sup>27</sup>

Na doutrina brasileira Mário Moacyr Porto bem situou a questão, afastando, com propriedade, as objeções à corrente da intransmissibilidade do direito à indenização do dano moral: “Na verdade, a dor, o sofrimento, quer físico ou moral, é algo entranhadamente pessoal, pelo que não se pode, razoavelmente, admitir a sua transmissão aos herdeiros. Mas convém não tomar a nuvem por juno. O que é perfeitamente transmissível por direito hereditário é o direito de acionar o responsável pela morte, é a faculdade de perseguir em juízo o autor do dano, quer material ou moral (...) Tal direito de ação é de natureza patrimonial e não extrapatrimonial. O herdeiro não sucede no sofrimento da vítima, mas no direito de ação que a vítima tinha ao tempo do seu falecimento, direito que, incorporado ao seu patrimônio, transmite-se aos seus herdeiros. O sofrimento é personalíssimo, mas o direito de ação, de natureza patrimonial, é de outra natureza e, por isso, compõe a herança transmitida com a abertura da sucessão (art. 1.572, do CC).”<sup>28</sup>

---

<sup>27</sup> CAPELO DE SOUZA. **Lições de direito das sucessões**, v. 1, p. 316. No mesmo sentido, Pedro Branquinho Ferreira Dias, **O dano moral – na doutrina e na jurisprudência**, p. 45, para quem “o direito à indemnização por danos não patrimoniais – como dos patrimoniais – nasce logo que os danos se verificam e preenchidos que estejam os demais pressupostos da responsabilidade civil, sendo certo que tal direito possui indiscutivelmente um conteúdo patrimonial, pois traduz-se, normalmente, no direito de exigir o pagamento de uma indemnização em dinheiro”. Em igual sentido, Diogo Leite de Campos, **Nós. Estudos sobre o direito das pessoas**, p. 338, sustenta que “o direito de indemnização, mesmo por danos não patrimoniais, reveste um inegável carácter patrimonial. É este facto que justifica a sua hereditabilidade”.

<sup>28</sup> PORTO, Mário Moacyr. Algumas notas sobre dano moral. *In: Revista de Direito Civil*, n<sup>o</sup> 37, jul-set, p.12. Em outra oportunidade, o autor reafirmou esse entendimento: “O sofrimento, em si, é intransmissível. A dor não é ‘bem’ que componha o patrimônio transmissível do *de cuius*. Mas me parece de todo em todo transmissível, por direito hereditário, o direito de ação que a vítima, ainda viva, tinha contra o seu ofensor. Tal direito é patrimonial.” (Dano por ricochete. *In: Revista dos Tribunais*, n<sup>o</sup> 661, p. 10).

Pontes de Miranda já aludira às três correntes formadas acerca da questão, indicando que o art. 1.526 do Código Civil seguiu a solução da transmissibilidade: "O direito de exigir reparação e a obrigação de prestá-la transmitem-se com a herança, exceto nos casos em que este Código excluir." Nos termos do referido dispositivo legal, a transmissão somente não ocorrerá "nos casos que a regra jurídica especial torne incólume a herança ao *princípio da transmissibilidade da pretensão à indenização pelo dano moral*."<sup>29</sup>

No mesmo sentido, o magistério de Aguiar Dias: "A ação de reparação é transmissível? Não há princípio nenhum que a isso se oponha. A ação de indenização se transmite como qualquer outra ação ou direito aos sucessores da vítima. Não se distingue, tampouco, se a ação se funda em dano moral ou patrimonial."<sup>30</sup>

Rui Stocco assinala que: "Não há princípio algum que se oponha à transmissibilidade da ação de indenização visando à reparação de danos, ou do direito à indenização. A ação de indenização se transmite como qualquer outra ação ou direito aos sucessores da vítima, por força do princípio da substituição processual contido no art. 43 do CPC. Não se distingue, tampouco, se a ação se funda em dano moral ou patrimonial."<sup>31</sup>

Sérgio Cavalieri Filho enfatiza a necessidade de distinguir entre o dano moral e o direito de indenização daquele resultante: o

---

<sup>29</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. t. XXII, p. 218. O autor entende, porém, que em se tratando dos casos especiais dos artigos 1.548 e 1.549 do antigo Código Civil, os quais previam indenização em caso de violência sexual contra a mulher, a transmissibilidade da pretensão indenizatória dependeria da manifestação da vontade da mulher. Nas palavras do autor, "seria absurdo que não se fizesse limitação ao princípio [da transmissibilidade] em se cogitando de ofensa à mulher. Tem-se de atender a que a natureza do delito sugere que se adote, como exceção, o princípio da solução b) [a transmissibilidade condicionada]. Seria contra o próprio fim da reparação moral que a virgem e menor, que foi deflorada, ficasse exposta, depois de morta, à apuração de delito, que ela não narrou; ou que o mesmo acontecesse à mulher honesta que foi violentada ou aterrada por ameaças, ou seduzida com promessa de casamento, ou raptada. Bem assim, estando em causa qualquer outro crime de violência sexual. Ai, sim, tem o intérprete de admitir exceção implícita ao art. 1.526 do Código Civil". O autor, no entanto, no tomo XXVI do *Tratado*, p. 36, cuidando do dano não patrimonial, parece manifestar entendimento no sentido da transmissibilidade condicionada: "Se o titular da pretensão à reparação em natura, ou pecuniária, a exerceu, ou mostrou que era sua intenção firme exercê-la, transmite-se ela aos herdeiros." Cf. ainda, do autor, o *Tratado das ações. Ações condenatórias*, tomo V, p. 121.

<sup>30</sup> DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*, vol. 2, p. 938.

<sup>31</sup> STOCO, Rui. *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial*, p. 93.

primeiro é profundamente pessoal e intransmissível, cessando com a morte da vítima; o último ingressa no patrimônio da vítima no momento da lesão e é transmitido aos sucessores por ocasião da morte do titular: "O dano moral, que sempre decorre de uma agressão a bens integrantes da personalidade (honra, imagem, bom nome, dignidade etc.), só a vítima pode sofrer, e enquanto viva, porque a personalidade, não há dúvida, extingue-se com a morte. Mas o que se extingue – repita-se – é a personalidade, e não o dano consumado, nem o direito à indenização. Perpetrado o dano (moral ou imaterial, não importa) contra a vítima quando ainda viva, o direito à indenização correspondente não se extingue com sua morte."<sup>32</sup>

### **3. A questão da transmissibilidade *mortis causa* da indenização do dano moral na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**

Por diversas vezes o Superior Tribunal de Justiça foi chamado a decidir sobre a questão da transmissibilidade *mortis causa* da indenização do dano moral. Em vários casos nos quais o *de cujus* propusera em vida a ação de indenização por dano moral, decidiu-se que os herdeiros poderiam prosseguir com a demanda.<sup>33</sup>

Posteriormente, aquela Corte se viu chamada a decidir acerca da transmissibilidade incondicionada, examinando casos nos quais a pretensão indenizatória havia sido formulada originariamente por herdeiros da vítima, que não chegara a ajuizar a ação. Em um primeiro julgamento, o STJ se manifestou no sentido da intransmissibilidade desse direito. No julgamento do recurso especial nº 302029/RJ, da 3ª Turma, relatado pela Ministra Nancy Andrighi, entendeu-se que as filhas de pessoa que fora ofendida em vida não tinham legitimidade para a propositura de ação de indenização por danos morais. A decisão foi tomada por maioria, com voto divergente do Min. Pádua Ribeiro, que se manifestou favorável à transmissibilidade, observando que, em caso de dano moral, não se transmite a dor ou o aborrecimento, mas o direito à indenização, de cunho patrimonial. Invocou o art. 1.526 do antigo Código Civil (correspondente ao art. 943 do Código Civil vigente), para sustentar que "o direito de exigir reparação e a obrigação de prestá-la transmitem-se com a herança". Já o Min. Ari Pargendler acompanhou o voto da Relatora, mas por entender não estar demonstrado que o *de cujus*,

<sup>32</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil, p. 105.

<sup>33</sup> STJ, RESP 11735/PP, AGA 174004, RESP 219619/RJ e RESP 440626/SP.

no caso concreto, sentira o dano moral, pois nunca manifestara em vida, nem mesmo aos parentes, ter sido atingido em sua honra ou reputação. O Min. Carlos Alberto Direito, diante das circunstâncias especiais do caso, também acompanhou o voto da Relatora, deixando, no entanto, ressalvada a possibilidade de reexame da tese jurídica em outra oportunidade.<sup>34</sup>

Depois desse julgamento, em que as opiniões ficaram tão divididas, o Superior Tribunal de Justiça passou a reconhecer, explicitamente, a transmissibilidade sem restrições do direito à indenização por dano moral, ainda quando a ação indenizatória não tivesse sido ajuizada pela própria vítima. Primeiro, no julgamento do recurso especial nº 324886/PR. O caso tratou de dano moral sofrido por indivíduo do sexo masculino atingido em sua intimidade, vida privada e imagem, com a publicação abusiva de edital que divulgara a sua condição de portador do vírus HIV, fato que lhe causou constrangimentos. Após o falecimento do lesado, seus pais ajuizaram ação, postulando, na condição de herdeiros, indenização pelo dano moral sofrido pelo filho. Considerou-se que o direito de indenização por dano moral tem natureza patrimonial e, por conseguinte, se transmite aos sucessores da vítima.<sup>35</sup>

---

<sup>34</sup> STJ, RESP 302029/RJ, DJU de 1º.10.2001 (julgado em 29.5.2001), 3ª Turma, Min. Nancy Andrighi.

<sup>35</sup> STJ, RESP 324886/PR, DJU de 3.9.2001 (julgado em 21.6.2001), 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado. O aresto ganhou a seguinte ementa: "Processual civil. Direito civil. Indenização. Danos morais. Herdeiros. Legitimidade. 1. Os pais estão legitimados, por terem interesse jurídico, para acionarem o Estado na busca de indenização por danos morais, sofridos por seu filho, em razão de atos administrativos praticados por agentes públicos que deram publicidade ao fato de a vítima ser portadora do vírus HIV. 2. Os autores, no caso, são herdeiros da vítima, pelo que exigem indenização pela dor (dano moral) sofrida, em vida, pelo filho já falecido, em virtude de publicação de edital, pelos agentes do Estado réu, referente à sua condição de portador do vírus HIV. 3. O direito que, na situação analisada, poderia ser reconhecido ao falecido, transmite-se, indubitavelmente, aos seus pais. 4. A regra, em nossa ordem jurídica, impõe a transmissibilidade dos direitos não personalíssimos, salvo expressão legal. 5. O direito de ação por dano moral é de natureza patrimonial e, como tal, transmite-se aos sucessores da vítima (RSTJ, vol. 71/183). 6. A perda de pessoa querida pode provocar duas espécies de dano: o material e o moral. 7. "O herdeiro não sucede no sofrimento da vítima. Não seria razoável admitir-se que o sofrimento do ofendido se prolongasse ou se estendesse ao herdeiro e este, fazendo sua a dor do morto, demandasse o responsável, a fim de ser indenizado da dor alheia. Mas é irrecusável que o herdeiro sucede no direito de ação que o morto, quando ainda vivo, tinha contra o autor do dano. Se o sofrimento é algo entranhadamente pessoal, o direito de ação de indenização do dano moral é de natureza patrimonial e, como tal, transmite-se aos sucessores" (Leon Mazeaud, em magistério publicado no Recueil Critique Dalloz, 1943, pg. 46, citado por Mário Moacyr Porto, conforme referido no acórdão recorrido). 8. Recurso improvido."

Esse entendimento foi reafirmado pouco depois, no julgamento do recurso especial nº 343654, que cuidou de dano moral decorrente de lesões corporais sofridas por vítima de acidente de trânsito. Quatro anos após o acidente, tendo falecido a vítima, o espólio ajuizou ação para pleitear indenização pelo dano moral sofrido pelo *de cujus*. Entendeu-se que o direito de exigir reparação, tanto do dano moral quanto do material, transmite-se com a herança, nos termos do art. 1.526 do Código Civil de 1916, então vigente, e que tal pretensão pode ser deduzida pelo espólio do *de cujus*.<sup>36</sup>

Portanto, a tese vencedora na jurisprudência mais recente do STJ é a da transmissibilidade incondicionada do direito à indenização do dano moral.

#### **4. A compatibilidade da tese da transmissibilidade com o ordenamento jurídico**

A jurisprudência atual do Superior Tribunal de Justiça é a que, efetivamente, está em harmonia com os princípios jurídicos e com o direito positivo. O direito à indenização é inconfundível com o dano moral que lhe dá causa. O dano moral, sim, é indissociável da pessoa da vítima, porque atinge seus bens personalíssimos. Já o direito à indenização constitui um crédito ilíquido, que entra no patrimônio material da vítima tão logo esta venha a sofrer o dano, e se transmite imediatamente por morte do titular aos respectivos herdeiros.

A nota da intransmissibilidade é característica de determinados direitos, como o de (postular) alimentos, que se extingue com a morte do alimentante, fato que retira a própria razão de ser do aludido direito: proporcionar meios de subsistência a alguém.<sup>37</sup> Do

---

<sup>36</sup> STJ, RESP 343654/SP, DJU de 1º.7.2002 (julgado em 6.5.2002), 3ª Turma, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito: "Responsabilidade civil. Ação de indenização em decorrência de acidente sofrido pelo *de cujus*. Legitimidade ativa do espólio. 1. Dotado o espólio de capacidade processual (art. 12, V, do Código de Processo Civil), tem legitimidade ativa para postular em Juízo a reparação de dano sofrido pelo *de cujus*, direito que se transmite com a herança (art. 1.526 do Código Civil). 2. Recurso especial conhecido e provido."

<sup>37</sup> Não obstante, os alimentos vencidos e não pagos ao alimentando constituem crédito incorporado definitivamente ao seu patrimônio e transmitem-se, por morte, aos herdeiros. Na lição de Pontes de Miranda: "Falecendo o alimentário, o direito a alimentos não se transmite a seus herdeiros porque a pensão tinha por fim manter o beneficiado, e tal razão deixou de existir. Os alimentos só são devidos durante a existência do necessitado (...) Mas os alimentos, que em vida do necessitado se venceram e não lhe foram pagos, os seus herdeiros podem reclamar, pois que se trata de direito definitivamente adquirido pelo alimentário: já fazia parte de seu patrimônio; e como tal é perfeitamente transmissível!" (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado. Direito de família*, tomo 9, p. 288).



mesmo modo, a morte do titular exclui, também, o fundamento do direito de obter a separação de corpos ou o divórcio.<sup>38</sup> Em todos esses casos, o fundamento do direito deve encontrar-se presente no momento mesmo da propositura da ação, na qual se busca atender a uma necessidade atual.

O mesmo não ocorre em relação ao direito à indenização por dano moral, que visa a compensar a vítima por um fato ocorrido no passado, ainda que com reflexos no futuro. O direito à indenização nasce a partir do dano ocorrido e para compensar este dano. Não é necessário que, no momento da propositura da ação indenizatória, o lesado ainda padeça ou sinta reflexos do evento lesivo. A vítima pode ter superado inteiramente o dano, seja ele físico ou psicológico, não apresentando nenhuma seqüela nem introjetando nenhum sentimento negativo. Ainda assim, a indenização será exigível, pois não terá perdido o seu fundamento, situado que está em um acontecimento passado. É este fato pretérito que servirá de base para a fixação da indenização, que tem contorno patrimonial, não se inserindo entre os direitos personalíssimos.

Por outro lado, não há razão plausível para que o ajuizamento da ação indenizatória pelo *de cujus* constitua condição para a transmissibilidade do direito indenizatório. Não é a propositura da ação de reparação pela vítima que confere caráter patrimonial ao direito indenizatório, até porque, como bem observado por Capelo de Souza, a ação é “meramente certificativa e não constitutiva do direito”.<sup>39</sup>

A falta de propositura da ação pelo lesado não pode também, por óbvio, ser interpretada como renúncia ao direito indenizatório, pois não se admite renúncia presumida ou implícita. Tampouco pode ser interpretada como desinteresse da vítima em obter a reparação do dano, pois várias são as circunstâncias que podem ter determinado a falta de propositura da ação: é possível que a vítima não tenha tido tempo hábil para a propositura da ação; os padecimentos sofridos ou o abatimento espiritual trazidos pelo dano moral podem ter levado a vítima à inação; a vítima pode ter relutado em demandar apenas por receio das vicissitudes de um processo judicial.

---

<sup>38</sup> PONTES DE MIRANDA, F. C. *Comentários ao Código de Processo Civil*, tomo III, p. 637.

<sup>39</sup> CAPELO DE SOUZA, Rabindranath. *Lições de Direito das Sucessões*, p. 317, nota 814.

A propositura da ação de reparação pelo *de cuius* também não pode ser considerada como indício único da existência do dano moral. Em se tratando de lesão aos chamados direitos da personalidade *físicos* e *morais* (como a integridade física, a imagem, a reputação), o dano é comprovável diretamente; já em relação às ofensas aos denominados *direitos psíquicos da personalidade* do indivíduo (v.g., a ofensa à honra subjetiva), o dano é presumido a partir de algum fato objetivo.

Não prospera, também, a objeção de que, com a morte da vítima, a indenização não mais preencheria sua função de compensação ou satisfação. Sempre restaria o caráter sancionatório ou punitivo, próprio de qualquer reparação e que é ainda mais acentuado em se tratando de indenização do dano moral, uma vez que a doutrina dominante considera que esta exerce uma dupla função: punitiva e compensatória.<sup>40</sup> A função punitiva justificaria a transmissibilidade *mortis causa* da indenização do dano moral, uma vez que a indenização, embora não pudesse exercer nenhuma função de reparação, compensação ou satisfação para a vítima, ainda seria útil como forma de punição do lesante.

De todo modo, afigura-se dispensável aludir à residual função sancionatória da indenização, uma vez que, adentrando o patrimônio da vítima, a pretensão à reparação é exercitável por seus herdeiros como simples direito patrimonial. O direito à indenização, como pondera Diogo Leite de Campos, “nasceu para compensar um prejuízo, podendo dizer-se que, se não o reparou efectivamente, o poderia ter feito.”<sup>41</sup> A partir de seu nascimento, a indenização assume feição patrimonial e se transmite como os direitos patrimoniais em geral.

---

<sup>40</sup> Ver, por todos, Sergio Cavaleri Filho, *op. cit.*, p. 96, para quem a indenização do dano moral, a par de sua função satisfatória, “funcionará também como uma espécie de *pena privada* em benefício da vítima”; e Caio Mário da Silva Pereira, *Responsabilidade Civil*, p. 338, que pondera que na indenização por dano moral estão conjugados dois motivos, ou duas concausas: “*punição* ao infrator pelo fato de haver ofendido um bem jurídico da vítima, posto que imaterial” e proporcionar ao ofendido “uma *satisfação* de qualquer espécie, seja de ordem intelectual ou moral, seja mesmo de cunho material”.

<sup>41</sup> CAMPOS, Diogo Leite de. *Nós. Estudos sobre o direito das pessoas*, p. 326.

## 5. A transmissibilidade *inter vivos* (cessibilidade) do direito à indenização do dano moral

Menos freqüente, como já observado, é o debate sobre a questão da transmissibilidade do direito de indenização do dano moral por ato entre vivos. Alguns autores que tratam do tema demonstram dificuldade em anuir com a cessibilidade desse direito. Repugna-lhes a idéia de que a vítima de dano moral possa negociar com o respectivo direito à reparação.

Os irmãos Mazeaud, que se manifestaram francamente favoráveis à transmissibilidade *mortis causa* do direito à indenização do dano moral, independentemente do ajuizamento da demanda pelo *de cuius*,<sup>42</sup> repudiaram, no entanto, a possibilidade de transmissão *inter vivos* desse direito, asseverando que “unicamente a vítima ou seus herdeiros, por serem estes os continuadores da pessoa daquela, podem exercitá-lo”. Para os autores seria chocante “ver uma vítima ceder a um terceiro o preço de seus sofrimentos”.<sup>43</sup> Fundaram-se no disposto no art. 1166 do Código Civil francês, pelo qual os credores podem exercer todos os direitos e ações de seu devedor, “à

---

<sup>42</sup> No entender dos mestres franceses, “a pessoa da vítima sobrevive em seus herdeiros. Os herdeiros são continuadores da pessoa do falecido. As ações unidas à pessoa do *de cuius* não se separam dele, pois, quando são exercitadas pelos herdeiros. Nada se opõe a que a ação surgida do dano moral se transmita aos herdeiros da vítima (...) Por exemplo, os herdeiros poderão perseguir as difamações de que haja sido vítima o ofendido antes de sua morte e das que não tenha pedido reparação (...) Poderão demandar igualmente a reparação do prejuízo moral sofrido pela vítima em consequência do fato de suas lesões, ou de um tratamento médico equivocado, ou da perda de um ser querido (...) A ação da vítima, para a reparação do prejuízo corporal de ordem material ou moral, ou de um prejuízo moral qualquer que haja experimentado antes de sua morte, passa, pois, a seus herdeiros” (MAZEAUD, Henry e León; TUNC, André. **Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual**, tomo II, vol. 2, p. 538). Em sua tradução para o castelhano: “(...) *la persona de la víctima sobrevive en sus herederos. Los herederos son los continuadores de la persona del difunto. Las acciones unidas a la persona del de cuius no se separan de él, pues, cuando son ejercitadas por los herederos. Nada se opone a que la acción surgida del daño moral se transmita a los herederos de la víctima. (...) Por ejemplo, los herederos podrán perseguir las difamaciones de que haya sido víctima su causante antes de su muerte y de las que no había pedido reparación (...) Poderán demandar igualmente la reparación del perjuicio moral sufrido por su causante por el hecho de sus lesiones o de un tratamiento médico equivocado o de la pérdida de un ser querido*”.

<sup>43</sup> *Ibidem*, p. 548.

exceção daqueles que são unidos exclusivamente à pessoa".<sup>44</sup> Patrice Jourdain, por seu turno, observa que a doutrina francesa, em seu conjunto, descarta a possibilidade de cessão entre vivos do crédito de indenização dos danos morais, que estariam estreitamente ligados à pessoa. Ressalva, no entanto, que a questão, ao que parece, não chegou a ser objeto de exame pelos tribunais.<sup>45</sup>

À luz do Direito positivo argentino, Zavala de Gonzalez entende que a cessão entre vivos do direito de indenização do dano moral deve seguir a mesma solução encontrada para a transmissão por morte, qual seja, poderia haver a cessão do direito indenizatório apenas depois do ajuizamento da ação pelo respectivo titular. Sustenta haver uma analogia entre as situações, razão pela qual se impõe um tratamento coerente.<sup>46</sup> No mesmo sentido, Iturraspe, para quem "a solução deve guardar coerência estrita com o disposto para o caso de transmissão por causa da morte. A vítima poderá ceder o direito aos danos morais sempre que houver iniciado a ação, transmitindo então o direito à ação ajuizada".<sup>47</sup>

De outro lado, Pizarro sustenta que o direito à reparação do dano moral é plenamente transmissível por ato entre vivos, sem a limitação prevista em lei para a transmissibilidade *mortis causa* do referido direito. Argumenta que no Direito argentino não há norma jurídica que proíba, expressa ou implicitamente, essa transmissibilidade.<sup>48</sup> O autor observa que o tema foi objeto de exame, em setembro de 1993, nas "XV Jornadas Nacionales de Derecho Civil", onde,

---

<sup>44</sup> O antecedente art. 1165 estabelece a regra geral de que as convenções produzem efeitos apenas em relação às partes contratantes. O art. 1166 abre exceção a essa regra, estatuinto: "Todavia, os credores podem exercer todos os direitos e ações de seu devedor, à exceção daqueles que são exclusivamente ligados à pessoa". No original: "*Article 1166 – Néanmoins les créanciers peuvent exercer tous les droits et actions de leur débiteur, à l'exception de ceux qui sont exclusivement attachés à la personne.*"

<sup>45</sup> VINEY, Geneviève.; JOURDAIN, Patrice. **Traité de Droit Civil. Les effets de la responsabilité**, p. 323.

<sup>46</sup> ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde. **Resarcimiento de daños. Daños a las personas**, vol. 2-a, p. 582.

<sup>47</sup> ITURRASPE, Jorge Mosset. **Responsabilidad por daños. El daño moral**, tomo V, p. 260.

<sup>48</sup> PIZARRO, Ramón Daniel. **Daño moral**, p. 253.

por maioria de votos aprovou-se a seguinte conclusão, *de lege lata*: "Existe a possibilidade de transmissão por ato entre vivos do direito à indenização por dano moral."<sup>49</sup>

Entre nós, o tema não chamou a atenção da doutrina, certamente em razão da extrema raridade de sua aplicação prática.<sup>50</sup> Mas a melhor orientação, à luz de nosso Direito positivo, é no sentido da cessibilidade da pretensão indenizatória. Cabe, aqui, a já apontada distinção entre o dano moral e o direito à indenização que dele decorre. O que se transmite a terceiro é o direito indenizatório, que é de natureza marcadamente patrimonial, não o próprio dano moral, a dor ou o bem da personalidade lesado. O direito à indenização constitui um crédito, que pode ser cedido como qualquer outro, desde que ele não tenha sido extinto por qualquer dos motivos que levam à extinção dos créditos em geral.

Não constitui óbice a esse entendimento a regra do art. 286 do Código Civil, que impede a cessão de determinados créditos em razão da "natureza da obrigação".<sup>51</sup> Analisando o art. 1.065 do Código Civil de 1916, que já trazia essa regra,<sup>52</sup> Pontes de Miranda expôs que a natureza da obrigação impediria a cessão creditícia quando esta implicasse alteração do conteúdo daquela, como ocorreria com as prestações de alimentos ainda não vencidas.<sup>53</sup> No caso da transmissão do crédito correspondente à indenização do dano moral, não ocorre a alteração do conteúdo da obrigação da qual ele se origina. Vale para a transmissão *inter vivos* da pretensão indenizatória o que se disse acerca da transmissão *mortis causa*. O direito à indenização do dano

---

<sup>49</sup> *Ibidem*, p. 259. No original: "Existe la posibilidad de transmisión por acto entre vivos del derecho a la indemnización por daño moral."

<sup>50</sup> Pontes de Miranda parece favorável à transmissibilidade: "Os sucessores entre vivos e a causa de morte são, de regra, legitimados às indenizações (...) As pretensões oriundas de ofensa aos direitos de personalidade e, em geral, aos bens incorpóreos são transmissíveis entre vivos e a causa de morte." PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado. Direito das obrigações*, tomo XXVI, p. 37. No *Tratado das ações* (t. V, p. 121), porém, o autor parece ter esposado entendimento contrário.

<sup>51</sup> Código Civil: "Art. 286. O credor pode ceder o seu crédito, se a isso não se opuser a natureza da obrigação, a lei, ou a convenção com o devedor; a cláusula proibitiva da cessão não poderá ser oposta ao cessionário de boa-fé, se não constar do instrumento da obrigação."

<sup>52</sup> Código Civil de 1916: "Art. 1.065 - O credor pode ceder o seu crédito, se a isso não se opuser a natureza da obrigação, a lei, ou a convenção com o devedor."

<sup>53</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado. Direito das obrigações*, tomo XXIII, p. 277.

moral, que encontra seu fundamento em um fato pretérito (o dano), incorpora-se imediatamente, em razão desse mesmo fato, ao patrimônio da vítima, passando, a partir de então, a constituir um crédito ilíquido, cessível como o é o crédito correspondente ao dano material.

Incessíveis, também, na precisa observação de Pontes de Miranda, são as “prestações a que por sua natureza não é indiferente quem seja o credor. Os exemplos mais relevantes são o contrato de locação de serviços, o de mandato e gestão de negócios”.<sup>54</sup> Em se tratando do direito indenizatório, a pessoa do credor é indiferente para o responsável pelo cumprimento da obrigação. Do ponto de vista jurídico, nada importa para o devedor a pessoa a quem será pago o valor da indenização.

A transmissibilidade do direito, na verdade, como pondera Pizarro, decorre não propriamente de seu caráter patrimonial, mas de sua finalidade. Quando somente puder atender à sua finalidade, se exercitado pelo próprio titular, o direito será intransmissível, do contrário, será transmissível.<sup>55</sup> No caso do dano moral, o respectivo direito indenizatório pode atingir sua finalidade ressarcitória sem que, para isso, o titular tenha que persegui-lo em juízo. Na verdade, a cessão de crédito pode vir a constituir, para o lesado, uma forma mais célere e eficaz para a reparação do dano do que a via judicial, com suas incertezas e lentidões. Algumas situações hipotéticas imaginadas pelo jurista argentino bem demonstram que a transmissão *inter vivos*, além de não desvirtuar a finalidade compensatória da indenização, pode, em termos práticos, vir a possibilitar a realização dessa função.

Por que negar, por exemplo, a cessão onerosa do direito indenizatório a terceiro, quando essa constituir a forma encontrada para a compensação de uma pessoa com AIDS em consequência de transfusão de sangue contaminado com o vírus HIV? A indenização

---

<sup>54</sup> Na lição de Pontes de Miranda: “Os créditos que, satisfeitos a outrem, e não ao credor primitivo, seriam atingidos em seu conteúdo, não podem ser cedidos. Tal ocorre às prestações de alimentos” (*Idem*). Em sentido idêntico, Caio Mário observa que não pode ser objeto de cessão o crédito “quando não seja possível fazer efetiva a prestação ao cessionário sem alteração de seu conteúdo; ou ainda quando a pessoa do credor é levada em consideração exclusiva para a constituição do vínculo” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil. Teoria geral de obrigações**, v. II, p. 248).

<sup>55</sup> PIZARRO, Ramón Daniel. **Daño moral**, p. 255.

decorrente de decisão judicial talvez só fosse entregue quando a vítima já tivesse morrido ou quando o seu estado de saúde estivesse gravemente deteriorado e ela não tivesse condições de usufruir o valor recebido.<sup>56</sup>

Qual a justificativa para a proibição da cessão onerosa do direito indenizatório, quando esta pudesse ser a forma que a vítima encontrou para saldar uma dívida hipotecária? A indenização talvez só viesse anos depois de a vítima ter perdido sua casa e passado, com sua família, por imensas dificuldades.<sup>57</sup>

Como negar igual direito ao aposentado, de poucos recursos e de idade avançada, vítima de dano moral, que poderia obter uma rápida satisfação por meio da cessão do seu direito à indenização? Que satisfação essa indenização poderia proporcionar, se o aposentado já tivesse falecido ou tivesse vivido em estado de privação os últimos anos em que ainda dispunha de vigor físico?<sup>58</sup>

Verifica-se, pois, não haver razões para negar a transmissibilidade *inter vivos* do direito à indenização do dano moral. Não a impede a lei ou a natureza da obrigação. Tampouco se encontra, *a priori*, alguma nota de imoralidade nessa transmissão, que não significa que o titular do direito esteja a mercadejar com a própria dor ou com os direitos da personalidade. Trata-se de simples ato de disposição de direito patrimonial, o qual pode, em diversas circunstâncias, constituir o meio mais adequado para a vítima obter a compensação pelo dano moral sofrido.

## 6. Considerações finais

As resistências à transmissibilidade, *mortis causa* ou *inter vivos*, do direito à indenização do dano moral decorrem, em grande medida, de confusões conceituais ainda existentes acerca do próprio conceito de dano moral e do papel a ser desempenhado pela respectiva indenização. Nessas questões, como em outras, ainda subsiste algum resquício da ultrapassada noção de que há algo de

---

<sup>56</sup> *Ibidem*, p. 256-257.

<sup>57</sup> *Idem*.

<sup>58</sup> *Idem*.

aviltante ou imoral na indenização dessa espécie de dano. As objeções atuais, não podendo se dirigir à indenizabilidade em si do dano moral, dada a consagração constitucional deste, se dirigem principalmente à extensão desse direito. A jurisprudência, no entanto, vem, a pouco e pouco, afastando as oposições existentes e, entre avanços e recuos, encontrando os caminhos para o adequado tratamento jurídico desse direito fundamental.

As teses favoráveis à transmissibilidade *mortis causa* e *inter vivos* da indenização do dano moral não apenas são compatíveis com o ordenamento jurídico como são as que mais atendem ao irrestrito comando do art. 5º, V e X da Constituição Federal. ♦



# Transparência Administrativa e Participação da Magistratura nos Orçamentos do Poder Judiciário\*

**LUIS FELIPE SALOMÃO**

Juiz de Direito no Estado do Rio de Janeiro, ex-Presidente da AMAERJ, Professor Universitário.

*"Não há quem não deseje uma Justiça esclarecida, imparcial, independente. Poucos, todavia, a tem conseguido – e pela razão muito simples, talvez, de que tem faltado a habilidade e a coragem de outorgar aos magistrados o grande poder de que carecem para o melhor desempenho de suas altas funções."*  
(Saint Girons)

Distingüido para abordar o tema da "*Transparência Administrativa e Participação da Magistratura nos Orçamentos do Poder Judiciário*", procurei destacar os dois principais aspectos de ambas as questões: o político e o técnico.

Com efeito, após uma rápida abordagem histórica tanto em relação ao orçamento público como ao próprio desenvolvimento do tema no que pertine ao Judiciário, propõe-se uma análise comparada da situação de transparência da magistratura e salienta-se a experiência pioneira do Rio de Janeiro, onde, pela primeira vez, os juízes contribuíram com suas sugestões para elaboração das propostas orçamentárias do Poder Judiciário, assim como para o plano bienal de ação governamental.

\* I Encontro Nacional de Juízes Estaduais - "O Judiciário e a Paz Social", realizado em Santa Catarina, de 28 a 30/11/2002, quando o autor exercia a presidência da AMAERJ.

Esse é o plano de trabalho, que espero possa despertar o interesse e a participação dos colegas.

· Apenas uma advertência que funciona como salvaguarda - pois como todo tema que se apresenta extremamente novo e perigosamente aberto a novas interpretações - vale repetir a lição do renomado Professor Barbosa Moreira, em conferência recente, proferida na AMAERJ sobre os aspectos processuais do novo Código Civil, "... decididamente, a perfeição não é desse mundo".

Acredito que existe um texto que pode simbolizar bem o que se pretende dizer.

Trata-se de apertadíssimo resumo do livro que me foi apresentado pela colega de Diretoria da AMAERJ, a juíza Andréa Pachá, de autoria do consagrado dramaturgo norueguês Ibsen, denominado "*Um inimigo do povo*".

Apesar de escrito em 1922, o livro é de impressionante atualidade.

O personagem que domina a trama e prende a atenção do leitor é o Doutor Tomas Stockmann. Ele ajudou a fundar um balneário que se transformou em sensação para turistas, trazendo prosperidade ao lugarejo onde vivia. De repente, ele descobre que as águas da estação, porque mal captadas (cada um pretendeu gordas indenizações com o sistema de canalização) são perigosas. Quando avisa que irá denunciar a situação, há uma trama que estabelece solidariedade entre o Prefeito da Cidade (irmão do Dr. Stockmann), a imprensa e os acionistas. Desejam impor os custos aos contribuintes e fazer com que todos identifiquem no Dr. Stockmann o "inimigo do povo".

Tudo faz ligar a trama do Ibsen, servindo como fio condutor ao tema aqui abordado.

O conflito entre o interesse "público X privado", entre a "verdade X mentira", e o final em que o personagem deseja reiniciar tudo com o idealismo que marca as suas peças: "*E quando formos homens livres e distintos, que é o que faremos então? Vocês escorraçarão os lobos para além das montanhas*".

## II – SÍNTESE HISTÓRICA BREVÍSSIMA SOBRE O ORÇAMENTO PÚBLICO E SUA FINALIDADE ATUAL

A história do orçamento público remonta à Inglaterra (1217), quando o Rei João, na Carta Magna, expressou que “nenhum tributo ao auxílio será instituído no reino, senão pelo seu Conselho Comum”.

Em duas palavras, está aí o germe do *"planejamento/controle"*.

A pressão por regras claras e transparentes quanto a receitas e despesas públicas permeou as lutas da sociedade nas Revoluções Francesa e Americana (século XVII) e também na Inconfidência Mineira do Brasil (século XVIII).

Mas foi só a partir do final do século XIX que os orçamentos públicos passaram a ter a feição atual, com o princípio da *anualidade*, sua *votação antes do início do exercício*, inclusão de *todas as previsões financeiras* e a *não vinculação da receita às despesas específicas*.

A partir da metade do século XX, foi estabelecida uma significativa diferença entre as práticas orçamentárias norte-americana e européia. Os EUA conferem amplos poderes ao Legislativo nessa matéria, enquanto os europeus prestigiam o Executivo (*Cabinet*) – e qualquer desconfiança, há a troca do governo no regime parlamentarista.

No Brasil, a Constituição Imperial, de 1824, estabelecia que o Ministro da Fazenda era o responsável pela elaboração e encaminhamento à Assembléia Geral dos Orçamentos e de “todas as despesas” e “receitas públicas”.

A Constituição de 1891, que se seguiu à proclamação da República, transferiu ao Congresso a atribuição da elaboração orçamentária, englobando os Poderes da Nova República.

Com a Constituição outorgada de 1934, no entanto, perde espaço o Parlamento e volta a reinar absoluto o Executivo – que elaborava e decretava o orçamento.

Diante da redemocratização (Constituição de 1946), houve nova alteração: o Executivo elaborava proposta orçamentária, que depois era discutida e votada nas duas Casas do Congresso.

Durante o período de ditadura, é desnecessário qualquer outro comentário sobre o tratamento do tema.

Contudo, com o advento da Constituição de 1988, a matéria passou a ser tratada com destaque e de maneira detalhada<sup>1</sup>. O Congresso volta a ter papel destacado.

Em apertada síntese, o especialista na matéria Desembargador Jessé Torres<sup>2</sup>, expõe com muita clareza o ciclo relativo à proposta pública orçamentária:

*Extrai-se da Constituição, especialmente de seus arts. 165 e seguintes, que, a cada ano, o Poder Legislativo deve aprovar a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e a Lei do Orçamento (LOA), que regerão a execução, do ponto de vista da receita e da despesa, dos programas e projetos do interesse da Sociedade e do Estado no exercício seguinte.*

*A LDO estabelece objetivos, metas e prioridades. A LOA define quais os programas e projetos que se compatibilizam com as diretrizes da LDO e distribui os recursos previstos entre eles, estimando as receitas e fixando as despesas de cada qual. A LDO precede a LOA e orienta a elaboração desta, por isto que ao Legislativo não é dado entrar em recesso sem aprovar a LDO.*

*Ambas as leis começam o seu ciclo vital no primeiro semestre de cada exercício, embora almejem o exercício subsequente. Note-se que, quando o art. 100 da CF/88 estabelece 1º de julho como a data limite para a inserção dos precatórios judiciais no orçamento do ano seguinte, está a indicar que este deve ter a sua proposta consolidada e apresentada até essa data. Os Poderes encaminham as suas respectivas propostas ao Executivo, que as consolida e remete ao Legislativo, que é o competente para transformá-las em lei (art. 48, II). Daí a regra do art. 99, § 1º, da CF/88 – "Os tribunais elaborarão suas propostas orçamentárias dentro dos limites estipulados conjuntamente com os demais Poderes na lei de diretrizes orçamentárias".*

---

<sup>1</sup> Arts. 165 a 169, CF/88.

<sup>2</sup> Gerente do Fundo Especial do TJ/RJ e que elaborou este texto especialmente para os associados da AMAERJ.

*O ciclo orçamentário desdobra-se em quatro etapas: elaboração (das propostas), aprovação (das propostas consolidadas e sua conversão em lei), execução (durante o exercício a que se referirem a LDO e a LOA) e controle (avaliação, quanto à legalidade, legitimidade e economicidade, da aplicação dos recursos orçamentários, durante e após o exercício, pelos órgãos de controle interno e externo – CF/88, art. 74).*

*O orçamento público, além de ser expressão constitucional e legal de relações entre os Poderes (a Lei de Responsabilidade Fiscal trouxe várias regras e inovações nesse sentido, todas restritivas), deve traduzir um processo de escolhas e servir como instrumento de gestão das organizações.*

### **III – O PLANEJAMENTO COMO DECISÃO POLÍTICA**

A decisão de planejar, coordenar as ações e controlar despesas e investimentos públicos é essencialmente política.

Vale dizer, depende de coragem e determinação do administrador público, pois significa imprimir qualidade ao gasto das receitas, de sorte a que sua conformação atenda, essencialmente, aos anseios sociais. O planejamento e controle implicam amarras (sadias) ao administrador.

Nosso país não tem uma tradição de planejamento da atividade pública, tampouco uma vivência grande na elaboração de orçamentos públicos.

A partir de 1940<sup>3</sup>, ocorrem as primeiras tentativas de controle e planos de metas na administração brasileira<sup>4</sup>. Sobretudo o “Plano de Metas” (1956/61) pode ser considerado a grande e pioneira experiência de planejamento público no Brasil.

Até esse momento (em torno de 1961), havia no país uma forte atuação de movimentos sociais que impulsionavam o planejamento das políticas públicas. No entanto, a partir de 1970 (em plena ditadura), com o fim do “milagre econômico”, surge a crise fiscal

---

<sup>3</sup> “O planejamento no Brasil – Observações sobre o plano de metas”, Ministro Celso Lafer, 1987.

<sup>4</sup> Relatório Simonsen: Diagnóstico da Comissão Mista Brasil-EUA (1951); Plano Saute (1948).

que dele decorre e, com esse malogro, a escassez de recursos públicos se transforma na tônica do momento<sup>5</sup>.

O que se denominou "crise da administração pública" tinha suas raízes profundas<sup>6</sup>:

a) baixa capacidade e pouca experiência dos órgãos públicos em planejamento, com conseqüências na elaboração do deficiente orçamento público.

b) deficiência e falta de controle na política de recursos humanos (pouca motivação dos servidores).

c) falta de recursos tecnológicos adequados.

Para superar essa situação de defasagem, que se perdura desde então, afigura-se necessário uma severa reforma do estado – que já vem sendo aplicada em países desenvolvidos, e que, a partir daí, espera-se uma guinada nas políticas públicas visando a transformações econômicas e sociais.

A par do indispensável planejamento, conjugado com procedimentos de ordenamento e controle da despesa pública, a estratégia para a saída da crise, a permitir melhor gerenciamento das contas públicas, passa por algumas receitas básicas.

Não só os países em desenvolvimento, mas também as superpotências se deparam com a "ferrugem" da máquina estatal.

Nos EUA, entre 1993 e 1996, foi implantado o programa "Reinventando o Governo: funcionar melhor e custar menos". Parte-se de um modelo de gestão com três características básicas: *clareza na definição de objetivos; indicadores de desempenho definidos; sistema de responsabilidade partilhada*.

Nos processos de modernização da administração pública, em quase todos os países que tiveram sucesso, não foi possível a empreitada sem que houvesse interação com a sociedade. Em outras palavras, é fundamental que haja *transparência e responsabilidade compartilhada*, com medidas tais como:

1) *publicidade de Governo* (publicação de orçamentos, balanços, de maneira clara e transparente).

---

<sup>5</sup> Foi para buscar o equilíbrio fiscal que o Brasil recorreu a organismos multilaterais de financiamento, como o BID e Banco Mundial.

<sup>6</sup> "Transparência e controle social como paradigmas para gestão pública no Estado Moderno", Milton Coelho Neto (RT, 2002).

2) prestação de contas das ações públicas.

3) participação da sociedade na elaboração da proposta pública de orçamento.

Recentemente, em dois diplomas legais, fica patente a intenção do legislador brasileiro de rumar nessa trilha (art. 9º, § 4º, 32, § 4º, 45, 48, 49 e 67 da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar 101/2000) e arts. 2º, II, XIII, 4º, III, b e § 3º, 40, 44 do Estatuto da Cidade – Lei 10.257/2001).

A responsabilidade compartilhada, ademais, não deve ser vista como evento isolado ou descontínuo: a participação popular é processo dialético de avaliação e inovação.

O controle social da administração pública, por certo, não exclui os demais controles, antes os estimula a atuar<sup>7</sup>.

#### **IV – BREVÍSSIMO HISTÓRICO SOBRE AS FORMAS ADMINISTRATIVAS DO JUDICIÁRIO E A EVOLUÇÃO QUANTO À ELABORAÇÃO DO SEU ORÇAMENTO**

Dos tempos em que os juízes eram os sacerdotes, passando pela fase que das sentenças surgiam as leis (dos quais o Código de Hamurabi, exposto no Museu do Louvre, é ainda um exemplo), a imbricação entre religião e direito, o formalismo do direito arcaico, o direito grego e depois o romano, saltando pela Idade Média (o direito feudal), até os dias atuais do direito contemporâneo, a administração da Justiça passou por enormes transformações. Notadamente, quando o poder deixa de ser exercido pelos monarcas e passa a existir a idéia de nação e estado.

Os três grandes sistemas jurídicos modernos, como se sabe, são: o da *civil law* (sistema continental ou romano/germânico), em contrapartida ao sistema da *common law* (preponderância para os precedentes) e o sistema soviético (regime socialista).

As fórmulas, portanto, de administração da Justiça são especialmente variáveis de acordo com o sistema jurídico adotado pelo país e, ainda levando em conta, sobretudo, a forma de Estado e de Governo.

Partindo para exame histórico da situação peculiar do Brasil, necessária a leitura da obra primorosa do magistrado gaúcho Lenine

<sup>7</sup> J. Habermas fala em tornar mais real a democracia formal.

Nequete<sup>8</sup>, que conta um pouco da trajetória acerca do funcionamento do Poder Judiciário no nosso país.

Lembra o Ministro Carlos Mário da Silva Velloso (STF), na apresentação do trabalho do historiador e magistrado, que a trajetória do Judiciário brasileiro, desde o Brasil-Colônia, foi longa e penosa. Ele afirma:

*"... essa trajetória sempre foi **ascendente**. É dizer, a Justiça brasileira, a partir do descobrimento, a partir, mais exatamente, de 1530, quando, Martins Afonso de Souza foi investido, pelo Rei de Portugal, de poderes de jurisdição administrativa e judiciária, até os nossos dias, é uma história de sucessos, de conquistas, com a ampliação – o que, aliás, é a tônica do constitucionalismo contemporâneo – das atribuições do Judiciário brasileiro".*

Nesse caminho da Justiça brasileira há uma nota interessante que merece ser assinalada e que diz respeito diretamente ao tema aqui tratado. Ela está indelevelmente marcada no regimento que criou a Relação do Rio de Janeiro (alvará de 13/ outubro/1751):

*Art. 104 – Haverá um cofre de duas chaves, em que se receba todo o dinheiro, que sou servido aplicar para as despesas da Relação; e deste se fará receita ao Tesoureiro das mesmas despesas, que será o Guarda-Mor, enquanto eu não mandar o contrário; e das ditas chaves terá uma o Juiz, que o Governador nomear, e outra o sobredito Tesoureiro, que de três em três anos dará conta, tomando-lha o Contador, que o mesmo Governador nomear, e armando-lha o Escrivão desta receita, que será o Escrivão mais antigo das apelações e agravos.*

Tanto quanto no Brasil-Colônia, passando pelo Império, até chegar a proclamação da República, a atividade judicial era apêndice da função administrativa, sem qualquer autonomia – especialmente no que tange à ausência total de orçamento próprio: é que existia o Poder Moderador (na verdade, poder único), que apagava a existência dos Poderes Legislativo e Judiciário.

---

<sup>8</sup> "O Poder Judiciário no Brasil", quatro volumes, STF, 2000.



Mas foi desenganadamente a partir da República que a magistratura foi sendo reconhecida, desde o primeiro momento, como integrante de um dos Poderes do Estado e, paulatinamente, foi ganhando independência e consolidando garantias (não dos juizes, mas dos jurisdicionados).

Desde a Constituição de 1891 até a atual de 1988, procurou-se preservar a intangibilidade do Poder Judiciário.

Mas, em tempo algum, houve regras tão claras quanto à transparência e engajamento da magistratura no funcionamento da máquina judiciária como atualmente existe.

No tocante à *transparência* dos atos judiciais e administrativos e também à garantia de autonomia administrativa e financeira, vale mencionar os arts. 93, IX, X e 99, §§ da Constituição/88<sup>9</sup>.

Recentemente, no julgamento da liminar da ADIN n° 2.700 (RJ), o STF deixou assentado:

*"Por maioria, o Tribunal deferiu a medida acauteladora para suspender, até a decisão final da ação, a eficácia do artigo 156 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, considerada a redação imprimida pela Emenda Constitucional n. 28, de 25 de junho de 2002, do mesmo Estado, vencidos os Senhores Ministros Sepúlveda Pertence e o Presidente, o Senhor Ministro Marco Aurélio. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello. Plenário, 17.10.2002."*

O resumo da notícia relativa a essa decisão é auto-explicativo:

---

<sup>9</sup> "Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

*IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes; X – as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros;*

*Art. 99. Ao Poder Judiciário é assegurada autonomia administrativa e financeira.*

*Parágrafo 1º. Os tribunais elaborarão suas propostas orçamentárias dentro dos limites estipulados conjuntamente com os demais Poderes na lei de diretrizes orçamentárias.*

*Parágrafo 2º. O encaminhamento da proposta, ouvidos os outros tribunais interessados, compete:*

*I. No âmbito da União, aos Presidentes do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores, com a aprovação dos respectivos tribunais.*

*II. No âmbito dos Estados e no do Distrito Federal e Territórios, aos Presidentes dos Tribunais de Justiça, com a aprovação dos respectivos tribunais."*

*Por aparente inconstitucionalidade formal, o Tribunal, por maioria, deferiu o pedido de medida liminar em ação direta ajuizada pelo Procurador-Geral da República para suspender, até decisão final da ação, a eficácia do art. 156 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, na redação dada pela EC 28/2002, do mesmo Estado – que, tratando dos critérios para a apuração da antiguidade de juízes, disciplina a recusa de promoção, exige sessão administrativa pública e veda o escrutínio secreto bem como o voto não declarado.*

*Considerou-se que as normas sobre promoção de juízes devem ser tratadas, conforme seu alcance, ou no Estatuto da Magistratura Nacional (CF, art. 93), ou na lei de organização judiciária de iniciativa do respectivo Tribunal de Justiça (CF, art. 96, II, d), ou mesmo no Regimento Interno do Tribunal (CF, art. 96, I, a). Vencidos os Ministros Sepúlveda Pertence, que recusava o fundamento de vício formal, por entender que a Constituição do Estado pode disciplinar temas relevantes da organização do Poder Judiciário estadual, e Marco Aurélio, por considerar que a norma impugnada surge dos princípios da moralidade, da impessoalidade, da publicidade e da eficiência, que norteiam a administração pública (CF, art. 37, caput). ADI (MC) 2.700-RJ, Rel. Min. Sydney Sanches, 17.10.2002.*

No entanto, emitindo parecer<sup>10</sup> a respeito desse mesmo assunto, o renomado jurista Luís Roberto Barroso deixou patente que: *De todo o exposto, é possível concluir que os dispositivos da Emenda Constitucional nº 28/2002, à Constituição do Estado do Rio de Janeiro, que afirmam a obrigatoriedade do voto aberto e motivado nas decisões acerca da promoção de magistrados (art. 156, II, d e X, a e b), são perfeitamente compatíveis com a Constituição de 1988, tanto do ponto de vista material quanto formal. As razões que levam a tais conclusões podem ser compendiadas nas proposições objetivas abaixo enunciadas.*

*1. A EC 28/02 é materialmente constitucional porque:*

---

<sup>10</sup> Parecer emitido por solicitação da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) e AMAERJ, em 17/09/2002.

1. *A votação aberta é a regra constitucional em matéria de deliberação dos órgãos do Poder Público. O voto secreto somente é previsto a título de exceção, sempre em norma expressa. Não há esta previsão excepcional no tocante às decisões de promoção de magistrados.*

2. *A fundamentação ou motivação de toda decisão judicial ou administrativa proferida pelo Poder Judiciário é exigência expressa do texto constitucional (art. 93, IX e X).*

3. *O voto aberto e motivado é a forma mais adequada de realização dos valores constitucionais, tal como expressos nos princípios constitucionais pertinentes na matéria: republicano e democrático, publicidade, eficiência, impessoalidade e devido processo legal.*

4. *A Lei Orgânica da Magistratura Nacional (LOMAN) nada dispõe sobre o regime de votação aplicável às decisões acerca da promoção de magistrados. Logo, prevalece a regra geral da votação aberta e motivada estabelecida na Constituição, sendo irrelevante para o presente estudo a discussão sobre a possibilidade de a lei complementar criar outras exceções além das previstas no texto constitucional.*

5. *Os dispositivos da EC 28/02 à Constituição do Estado do Rio de Janeiro aqui analisados são plenamente compatíveis com a Constituição Federal e com a LOMAN, limitando-se a reproduzir o que já resulta naturalmente da interpretação desses dois documentos normativos.*

II. *A EC 28/02 é formalmente constitucional porque:*

1. *O constituinte estadual tem o poder-dever de zelar pelo cumprimento da Constituição da República (CF, arts. 23, 1 e 125), especialmente à vista de um procedimento informal e costumeiro que a afronta.*

2. *Os dispositivos da EC 28/02 aqui analisados não inovam na ordem jurídica. Limitam-se a interpretar, da única forma legítima, o regime estabelecido pela Constituição Federal para a matéria.*

3. *Não há sentido em falar-se em invasão do espaço de lei complementar, pois não poderia ela dispor de forma diversa*

*da estabelecida pela Constituição Federal e reproduzida pela EC 28/2002.*

Vale aqui mencionar, ainda, o Kantiano de transparência, que faz suspeitar como injusto tudo aquilo que não possa, de algum modo, tornar-se público<sup>11</sup>.

Por outro lado, há ainda tribunais que criaram Ouvidorias, que, quando atuantes, conferem transparência e servem de canal de contato entre o cidadão-jurisdicionado e a administração judiciária.

No que pertine à *autonomia administrativa e financeira*, nesse mesmo passo, há também muito ainda por fazer.

Tirante alguns estados que possuem lei que confere independência financeira ao Judiciário<sup>12</sup>, o enunciado constitucional ainda não passa de mera promessa inalcançável.

À falta de um percentual fixo das receitas líquidas do Estado, que deveria ser fixado no texto constitucional, o que ocorre é que a grande maioria dos tribunais necessitam da famosa "suplementação de verba", uma porta escancarada para a "troca de favores" e condescendências administrativas mediante práticas intoleráveis e incompatíveis com a ética que deve nortear o administrador público.

Os números do orçamento em âmbito federal e referentes ao ano de 2000, falam por si:

- Executivo – 28,81%
- Legislativo – 1,51% (só o Congresso Nacional)
- Judiciário – 0,40% (todo o sistema judiciário federal em todo o Brasil, incluindo a justiça do Distrito Federal).
- Outros encargos – 69,28%

E a Lei da Responsabilidade Fiscal ainda estabelece o percentual de 6% para o limite de gastos com pessoal do Judiciário (art. 20, II, "b", da Lei Complementar 101/2002)<sup>13</sup>.

<sup>11</sup> Kant, "Zum Ewigen Frieden", Volume: XI, Werkausgabe, Frankfurt Aum Main, 1988, p.250.

<sup>12</sup> No Rio de Janeiro, o art. 1º da Lei Estadual nº 2.524/96, dispõe: "Fica criado, na estrutura administrativa do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, o Fundo Especial do Tribunal de Justiça – FETJ". Ainda assim, a folha de pagamento dos servidores e magistrados é provida pelo Executivo, sendo o Tribunal responsável por todas as despesas de custeio.

<sup>13</sup> A propósito da origem da LRF como imposição do FMI e sua inspiração na legislação semelhante do Estado Unitário da Nova Zelândia, confira-se "Aspectos Constitucionais da LRF", Jessé Torres, *Revista da EMERJ*, v. 04, nº 15, 2001, p. 63.

Em termos de direito comparado, buscando análise apenas em dois paradigmas (norte-americano e europeu), assevere-se que, nos EUA, tanto a elaboração como a destinação do orçamento do Judiciário tem ampla participação popular. Inclusive, em alguns estados, o custeio dos tribunais é proveniente de uma combinação de recursos públicos e privados.

Em relação à Europa, há uma proposta da Associação Européia de Magistrados para a Democracia e as Liberdades (MEDEL) para o "Estatuto Europeu da Magistratura", que passaria a incorporar os avanços que já ocorrem em alguns países daquele velho continente.

Vale conferir os artigos 3.2, 3.3 e 3.4 da proposta:

*3.2 Na sua composição, metade, pelo menos, do Conselho deve ser constituída por magistrados eleitos pelos seus pares segundo a regra da representação proporcional. O Conselho incluirá, ainda, personalidades designadas pelo parlamento. Todos os seus membros devem ser nomeados por tempo determinado.*

*3.3 O parlamento vota o orçamento da Justiça sob proposta do Conselho Superior da Magistratura e do Governo. O Conselho deve dispor de orçamento próprio para executar as suas atribuições.*

*3.4 As reuniões do Conselho devem ser públicas, salvo nos casos referidos no ponto 8.2., parágrafo 2º, que podem ser à porta fechada.*

*As actas, decisões, relatórios, pareceres e recomendações, bem como o orçamento e as contas devem publicados. As decisões relativas ao recrutamento, à colocação e à disciplina dos magistrados devem ser fundamentadas e passíveis de recurso contencioso para um Tribunal Supremo.*

*Anualmente, o Conselho deve apresentar ao Parlamento o relatório da sua actividade e do estado de justiça.*

## **V – A ELABORAÇÃO DA PROPOSTA ORÇAMENTÁRIA DO PODER JUDICIÁRIO COM A PARTICIPAÇÃO DOS JUÍZES. A EXPERIÊNCIA DO RIO DE JANEIRO**

Convém lembrar que o ciclo orçamentário desdobra-se em quatro etapas:

- a) elaboração das propostas;
- b) aprovação das mesmas propostas, agora consolidadas e convertidas em lei;

- c) execução;
- d) controle (durante e após o exercício).

No caso do Rio de Janeiro, no ano de 2002 houve a solicitação da Associação dos Magistrados (AMAERJ) para que os magistrados pudessem participar da proposta orçamentária e da elaboração do plano bienal<sup>14</sup>, o que foi pioneiramente acolhido pelo Presidente do Tribunal de Justiça, Desembargador Marcus Faver.

Como a experiência é pioneira, a verdade é que nós, juízes, ainda estamos “aprendendo” a trabalhar nesse sentido.

Ocorreram os passos ordinariamente dados na elaboração da proposta orçamentária, considerando:

I - os limites da receita do Fundo Especial do Tribunal de Justiça (arrecadação média mensal em torno de quinze milhões de reais);

II - os programas e projetos do plano bienal de ação governamental 2001-2002 (o plano 1999-2000, o primeiro da história do TJRJ, foi executado em 82%, esperando-se igual ou superior desempenho na execução do plano vigente);

III - as previsões que nossa Secretaria de Planejamento colhe junto aos órgãos responsáveis pelas despesas (as de custeio, que são as que cuidam da manutenção, e as de capital, que são as que investem em obras e equipamentos, cujo somatório, neste exercício, situa-se na média mensal de dez milhões de reais);

IV - e que as despesas com a folha de pessoal (incluindo magistrados e serventuários, em todo o Estado), que superam oitenta milhões ao mês, constituem encargo do Tesouro Estadual, não do Fundo, segundo a legislação estadual que a este criou.

Nesse passo, a Administração Judiciária Superior do RJ deu, neste ano, o passo inicial de um método novo de elaboração de proposta orçamentária, de modo a contar com a participação, igualmente, dos magistrados.

Prossegue o eminente Des. Jessé Torres<sup>15</sup>:

---

<sup>14</sup> O ideal é que a participação ocorra em todas as fases antes mencionadas.

<sup>15</sup> Texto já mencionado.

*Por isto que, no Judiciário, a elaboração da proposta orçamentária anual não deve mais ser vista como uma questão exclusivamente técnica. Além dos matizes técnicos, indissociáveis das balizas que a ordem constitucional e legal traça, a proposta orçamentária deve refletir aquele compromisso, de cuja consecução muito se pode e deve esperar do magistrado, seu artífice principal. Este acha-se na ponta da prestação jurisdicional, entregando-a a cada dia aos titulares de direitos e interesses em conflito. Sente, em conseqüência, as dificuldades que se erguem à execução daquela prestação, sejam as de ordem estratégica (definição de princípios, objetivos, metas e prioridades do sistema adotado pela organização), gerencial (a estruturação dos meios disponíveis ou mobilizáveis pelos gestores, com o fim de propiciar a melhor realização da missão institucional), ou operacional (a gestão cotidiana desses meios). Tudo, infra-se, podendo confluír ou defluír do orçamento, se compreendido este como poderoso instrumento de gestão.*

*É evidente que cada magistrado, na região em que exerce a jurisdição, terá uma perspectiva daquelas dificuldades. Sua manifestação, conciliada com a manifestação dos demais, é que propiciará a visão sistêmica do conjunto e ajudará na definição, com maior pertinência e senso de realidade, dos programas e projetos a serem estabelecidos como prioritários em face dos recursos disponíveis. É o desafio que se abre ao Judiciário que quer ser, como nós queremos, fiel intérprete das expectativas dos jurisdicionados e da ordenação racional dos recursos organizacionais, materiais e humanos para atendê-las em tempo razoável.*

Pioneiro em atos que possibilitaram maior transparência administrativa, o TJ-RJ, através do Ato Normativo nº 01/99, instituiu o Centro de Acompanhamento e Controle de Custos do Poder Judiciário, o qual produz um relatório periódico dos gastos jurisdicionais e administrativos de todas as Comarcas<sup>16</sup>.

---

<sup>16</sup> Anexo o Relatório de Acompanhamento de Custos (RAC), referente ao 2º quadrimestre de 2002. Cada processo custa, no Rio de Janeiro, o valor de R\$ 353,12 e, por habitante R\$ 23,48 (dados recolhidos do mencionado relatório).

O vigente Plano de Ação Governamental – 2001/2002, respaldado na Lei Complementar nº 101/00, especialmente no que se refere ao planejamento, à geração de despesa, ao controle e à transparência de recursos públicos, enseja segurança ao Administrador Público do Judiciário.

Fazendo parte também do plano estratégico foram indicados pela Administração do Tribunal 11 juízes de direito (das diversas regiões do Estado) para colaborarem na elaboração da Proposta Orçamentária do Tribunal de Justiça/RJ para o exercício de 2003<sup>17</sup>.

A AMAERJ intermediou a integração da Secretaria de Planejamento com o magistrados<sup>18</sup>, objetivando um orçamento participativo. Dentre outras sugestões enviadas pelos juízes, que serão incluídas na próxima edição do Plano de Ação Governamental para o biênio de 2003/2004, podemos citar:

- melhoria nas instalações físicas;
- aquisição de equipamentos de informática;
- construção de Foros;
- realização de seminários, congressos e cursos de atualização<sup>19</sup>.

Desta união resultou maior conhecimento, tanto de parte da Secretaria de Planejamento no que concerne às reais necessidades das Comarcas que compõem o Poder Judiciário, quanto dos Magistrados, no que se refere às dificuldades encontradas pela Administração em atender todas as reivindicações propostas, tendo em vista as limitações impostas pela arrecadação e pela Lei de Responsabilidade Fiscal.

A proposta é uma só: melhores condições de trabalho para um atendimento adequado ao cidadão, usuário do sistema judicial.

---

<sup>17</sup> Juízes Elton Martinez Carvalho Leme (Capital); Maria Sandra Rocha Kayat (Niterói); Alexandre Teixeira De Souza (Região Correspondente Ao 3º Nurc); Elizabete Alves De Aguiar (Região Correspondente Ao 4º Nurc); Renato De Oliveira Freitas (Região Correspondente Ao 5º Nurc); Denise Appolinária Dos Reis Oliveira (Região Correspondente Ao 6º Nurc); Francisco Ferraro Junior (Região Correspondente Ao 7º Nurc); Lúcia Regina Esteves De Magalhães (Região Correspondente Ao 8º Nurc); Andrea Barroso Silva (Região Correspondente Ao 9º Nurc); Alexandre Correa Leite (Região Correspondente Ao 10º Nurc); Alexandre Chini Neto (Região Correspondente Ao 11º Nurc).

<sup>18</sup> Foi fundamental a participação da Des. Leila Mariano (1ª Vice-Presidente da AMAERJ e Diretora da ESAJ – Escola de Administração do Tribunal de Justiça) nessa interlocução com a Administração.

<sup>19</sup> Muitas solicitações e sugestões já foram atendidas e outras tantas constam do plano de ação da próxima gestão.



No entanto, não se olvida aqui o fato geral, aplicável ao Judiciário, de que “quando algum governante decide abrir espaço para a cidadania participar das decisões públicas, “a burocracia como grupo faz tudo para coagir uma real participação. Daí a necessidade de atuar com muita sabedoria política para assegurar a preservação dos mecanismos que institucionalizam a participação”<sup>20</sup>.

## VI – CONCLUSÃO

Em tempos atuais de globalização econômica, o mercado passa a ser colocado como instância máxima de regulação social.

O fenômeno denominado de “novo capitalismo” desconhece fronteiras jurídicas entre as nações e permite o trânsito de capitais sem qualquer controle governamental.

A transnacionalização dos mercados, no dizer do professor José Eduardo Faria, coloca o Judiciário em uma encruzilhada, um Poder em busca de uma identidade funcional.

Vale aqui uma rápida menção a uma fábula indiana, cujo texto circulou pela internet, de sorte a ilustrar o que se pretende desenvolver. Uma expedição de caça rumou para a África e anunciava a descoberta de uma fórmula mágica para o sucesso da empreitada: um flautista que, ao som do instrumento, fazia parar as feras e permitia a caçada fácil. No início, a inovação se mostrou um sucesso. Inúmeras feras foram abatidas com grande facilidade, o que fez os caçadores relaxarem nas tarefas de defesa. Certo dia, porém, um leão não se intimidou com a flauta e, alterando a lógica da expedição, a caça passou a caçador, abatendo todos os integrantes do grupo. Moral da fábula: prepare-se sempre para enfrentar o leão *surdo*, preveja o futuro e previna soluções. Sempre se prepare para situações difíceis e inesperadas.

Temos um quadro no Brasil de hoje bastante complexo, a demonstrar que não houve preparo adequado para resolver o dilema em que se encontra o Poder Judiciário.

A transparência administrativa é *exigência* dos nossos tempos. O momento, ademais, é de participação.

---

<sup>20</sup> Enrique Saraiva, Cadernos de Estudos da EPAB/FGV, dezembro/98).

A magistratura quer estar engajada e atuante, contribuindo para identificar os pontos onde haja possibilidade de melhorar a sua atividade-fim.

A participação ordenada, transparente e qualificada de magistrados na elaboração da proposta orçamentária de certo que lhe conferirá maior teor de aptidão para responder aos reptos do novo século, em matéria de eficiência no desempenho da jurisdição, afastando a concentração de poderes e superando a compartimentação que caracterizam a cultura administrativa da elaboração orçamentária. Será mais um encargo, dentre tantos outros que integram o nosso dia-a-dia. Mas, afinal, esta é a responsabilidade do Judiciário, a que decerto corresponderão a vocação e o compromisso a que a toga nos conclama. ♦

# Direitos Sociais: Sua Circunstância e sua Justiciabilidade

**MARIA CRISTINA DE BRITO LIMA**  
Juíza de Direito do TJ/RJ.

A abordagem que se pretende dos direitos sociais no contexto de sua circunstância tem por objetivo a investigação do conteúdo ontológico desses direitos no seu ambiente, ante as influências que sofrem, a análise de suas particularidades, bem como o desafio que a eles se impõe. Assim, desde logo, cabe um ligeiro retorno às bases históricas do tema.

## 1.1 PERCURSO INICIAL

A estruturação dos direitos sociais não está dissociada da formação do Estado e suas ideologias, mas, ao contrário, a ele intrinsecamente ligada.

Os direitos sociais foram concebidos em meio ao amadurecimento da sociedade e sua demanda por um instrumento que contrabalançasse os clássicos direitos individuais e civis, responsáveis pela afirmação de que todos os homens nascem e permanecem livres e iguais em direito, com os direitos políticos, os quais impõem uma limitação de acesso à participação política dos cidadãos por motivos econômicos e culturais<sup>1</sup>.

Numa primeira fase, a idéia de se organizar e participar da vida política do Estado deu ensanchas a que a sociedade fosse em busca do reconhecimento do sufrágio universal e do direito de asso-

---

<sup>1</sup> PECES-BARBA, Gregório. *"Derechos sociales y positivismo juridico (Escritos de Filosofia jurídica y política)"*. Cuadernos Bartolome de Las Casas. Instituto de Derechos Humanos Bartolome de Las Casas. Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, 1999, p. 8.

ciação<sup>2</sup>. Estes, a seu turno, acabaram por conferir nova densidade aos direitos políticos, recebendo a contribuição de novos sujeitos, novas ideologias liberal-progressistas e socialista-democráticas. A meta a ser alcançada era a criação de uma homogeneidade social através da técnica dos direitos. Em outras palavras, o objetivo dos direitos políticos estava na igualdade através da satisfação de necessidades básicas, sem as quais muitas pessoas não poderiam alcançar os níveis de humanidade necessários para desfrutar dos direitos civis e políticos, participando em plenitude da vida política e de seus benefícios<sup>3</sup>.

Esse novo cenário tornou-se propício para o desenvolvimento da idéia de um Estado intervencionista, social, em substituição ao Estado liberal de outrora. A incumbência desse novo Estado estava em conformar a vida coletiva, construindo uma sociedade onde houvesse igualdade de oportunidade para todos os cidadãos e garantia da realização das prestações correspondentes aos direitos sociais que proporcionassem às pessoas uma razoável qualidade de vida<sup>4</sup>.

Os períodos revolucionários de 1776 (Virginia Bill of Rights), 1789 e 1848 e ainda outros momentos do século XIX ajudaram a sedimentar e consagrar normativamente algumas demandas destinadas à modificação das condições de vida dos grupos menos favorecidos. Contudo, somente em finais do século XIX e metade do século XX, em meio às mazelas provenientes dos movimentos bélicos, é que nasce um verdadeiro movimento reivindicativo de um Estado social pleno, pretendendo-se a regulamentação das cargas horárias de trabalho, auxílio aos desempregados, educação, assistência pública, dentre outros<sup>5</sup>.

---

<sup>2</sup> PECES-BARBA, *ibidem*, p. 57, pontua que a luta pela generalização do sufrágio e pelo direito de associação prolongou-se por mais de um século e foi de uma dureza inusitada, expressando até onde estavam dispostos a chegar os detentores excludentes do poder para evitar que os excluídos se organizassem e participassem com seu voto da tomada de decisões políticas.

<sup>3</sup> PECES-BARBA, *Derechos y....* p. 57.

<sup>4</sup> CAETANO, Marcelo. **Direito Constitucional**. Vol. I. 2ª ed., revista e atualizada por Flávio Bauer Novelli. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 382.

<sup>5</sup> DIAZ, José Ramón Cossio. **Estado social y derechos de prestación**. Madrid:Centro de Estudios Constitucionales, 1989, p. 32.

Dessa forma, como implemento característico do Estado social está a nova geração de direitos denominados sociais, cujo conteúdo vai variar de Estado para Estado e de momento para momento na história de cada sociedade, ainda que o propósito seja sempre o mesmo: igualdade de oportunidade para todos os cidadãos e garantia da realização das prestações que proporcionem às pessoas uma razoável qualidade de vida.

Não há dúvida de que essa transição de liberal para social importou em grandes mudanças operacionais para o Estado, passando este a se encarregar da tarefa de proporcionar à sociedade prestações necessárias e serviços públicos adequados para o pleno desenvolvimento da personalidade de seus cidadãos. Contudo, não se pode deixar de afirmar que a mudança de maior importância está na reestruturação e no equilíbrio das receitas públicas e do seu planejamento social, o que somente se conseguirá através de uma boa política fiscal<sup>6</sup>.

## 1.2. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO: O CONFRONTO COM A FUNDAMENTALIDADE

Extraídos da concepção unívoca dos Direitos do Homem, os direitos de liberdade e os sociais tomaram caminhos diferenciados. Enquanto os direitos de liberdade afirmam-se por ações livres dos cidadãos, praticadas sem a possibilidade de interferência do Estado, os direitos sociais dele, em princípio, exigem a intervenção para satisfação de necessidades básicas dos cidadãos<sup>7</sup>.

Assim, enquanto os direitos de liberdade representam um *status negativus libertatis*, os direitos sociais exprimem-se como um *status positivus* do cidadão, verdadeiro *status socialis positivus*, nas palavras de JELLINEK<sup>8</sup>.

Mas em que pese seu *status*, os direitos de liberdade e os sociais não estão em posições antagônicas. A garantia do direito de

<sup>6</sup> PÉREZ-LUÑO, Antonio. *Derechos humanos, Estado de derecho y constitución*. Madrid: Tecnos, 1999, p.224.

<sup>7</sup> Convém desde já destacar que existem direitos sociais que independem da ação do Estado como, por exemplo, o direito à associação sindical.

<sup>8</sup> *Apud* MANGOLDT-KLEIN. *Das Bonner Grundgesetz*. Berlingo-Franco-forte, 1955, *passim*.

liberdade é condição para que a prestação social do Estado possa ser objeto do direito individual; a seu turno, a garantia do direito social é condição para o bom funcionamento da democracia, principalmente para a efetivação da liberdade civil e política<sup>9</sup>. Portanto, esses direitos complementam-se. De nada servirá a liberdade se o homem não puder compreender o seu significado.

O binômio igualdade/liberdade é a base de sustentação da teoria dos direitos fundamentais, que recebe os influxos em consonância com a idéia político-constitucional de cada Estado. Assim, a igualdade, na concepção liberal, representa a titularidade dos direitos e demanda liberdade para todos. Tem, portanto, caráter universal. Já na concepção social, a igualdade demanda uma efetiva igualdade de agir e a liberdade impele à ação, trata-se de uma liberdade condicionada a uma igualdade material, a um efetivo *facere* ou *dare*<sup>10</sup>.

Contudo, é inegável que os direitos sociais encontrem dificuldades conceituais em razão de sua grande complexidade<sup>11/12</sup>. JORGE MIRANDA lembra que muitos autores os relegam às zonas das imposições dirigidas ao legislador ou para a das garantias institucionais<sup>13</sup>. A dificuldade está em que os direitos sociais não possuem um catálogo fixo de bens juridicamente tutelados. Na verdade, as necessidades dos homens vão mudando de época para época, e de sociedade para sociedade. Logo, o que é imprescindível hoje para que o homem goze de uma situação igualitária na sociedade em que vive, pode deixar de ser em pouco tempo. Como o papel dos direitos sociais está justamente em remover obstáculos

---

<sup>9</sup> MAZZIOTTI, Manlio. *Diritti sociali*. Enciclopédia Del Diritto. Vol. XII, Milano: Giuffrè editore, 1964, p. 805.

<sup>10</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Vol. IV, Coimbra: 2000, p. 103, ressalta, ainda, que a igualdade material em questão deve ser criada, representando uma verdadeira consequência.

<sup>11</sup> CID, Benito de Castro. *Los derechos económicos, sociales y culturales. Análisis a la luz de la teoría general de los derechos humanos*. Universidade de Leon, 1993, p. 13 e ss.

<sup>12</sup> FORSTHOFF, Ernst. *Problemas constitucionales del Estado Social. El Estado Social*. Madrid, 1986, p. 44-67. Vale lembrar que FORSTHOFF atribuiu dificuldade até mesmo para definir uma fórmula conceitual para Estado social, sob o argumento de que o termo social sofre interpretações muito contraditórias. Em suas palavras o "social" é um indefinível definido.

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 101.

que impeçam o desenvolvimento dos cidadãos, atendendo às suas carências em relação a uma necessidade básica pontual, o bem juridicamente tutelado não pode e não deve mesmo ser fixo, mas sim variável, dependente da necessidade do momento<sup>14</sup>.

Por outro lado, ainda que variável o bem tutelado, a força motriz do direito social é inalterável, repousando sempre na *solidariedade*, ou seja, a sua meta terá sempre um sentido moral vinculativo do indivíduo à vida, aos interesses e às responsabilidades de um grupo social, de uma nação, ou da própria humanidade.

Não é sem razão que a idéia de comunhão entre os homens, através de relações baseadas no amor, na amizade, no apoio e na cooperação apareceu na Grécia, cultura que iniciou uma união espiritual viva e ativa capaz de influenciar o ocidente, responsável, finalmente, pela germinação e crescimento dos direitos sociais<sup>15</sup>. Com efeito, as grandes idéias nunca aparecem subitamente; aquelas que têm por base a verdade sempre apresentam precursores que lhes preparam parcialmente o caminho. E foi esse o papel da Grécia na história dos direitos sociais: dar-lhes a substância, para que muito se pudesse fazer no mundo em decorrência dela.

Donde se afirmar que o elemento identificador dos direitos sociais está na consequência da igualdade material criada com a implementação do bem que, em determinado momento da história, passou a ser tutelado<sup>16</sup>.

Muito se discute acerca da fundamentalidade dos direitos sociais. Contudo, a tese de que os direitos sociais são também funda-

---

<sup>14</sup> É interessante notar que muitas vezes o que é essencial para determinada sociedade em uma certa época, não é mais para outra, que já está em nível superior porque outrora seus cidadãos tiveram reconhecido determinado direito social capaz de atender à sua necessidade básica. Com isso, pode-se aduzir que os direitos sociais sofrem também gradações de Estado para Estado, de época para época. Tome-se como exemplo a questão da educação na França e no Brasil. Enquanto a França já conseguiu expandir o direito à admissão universal no jardim de infância, o Brasil ainda luta para cumprir o direito à admissão universal ao ensino fundamental, nível que se inicia apenas aos sete anos de idade.

<sup>15</sup> JAEGER, Werner. *Paidéia. "Los ideales de la cultura griega"*. Traducción para o espanhol de Joaquín Xirau y Wenceslao Roces. México: Fondo de Cultura Económica, 1967, p. 8

<sup>16</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual.....*, p. 103, com imensa propriedade sintetiza: "*os direitos de índole social resumem-se num direito geral à igualdade, a qual não se oferece, cria-se; não se propõe, efetiva-se; não é um princípio, mas uma consequência*".

mentais ainda navega por águas revoltas em busca de um porto seguro. Muitos autores vêem distinções ontológicas entre os direitos de liberdade e os sociais, a ponto de impedir que estes gozem do caráter de fundamental. A dar suporte a esse entendimento, aduzem que esses direitos articulam-se de maneira diferente em relação com dois elementos identificadores: a universalidade e os critérios de igualdade aplicáveis, ou seja, a liberdade e a igualdade.

JORGE MIRANDA, enfrentando a questão, conclui pela natureza fundamental do direito social, esclarecendo que ambos são expressões jurídico-constitucionais das relações entre as pessoas e as entidades públicas, residindo a distinção apenas no regime jurídico aplicado a cada um<sup>17</sup>.

PECES-BARBA rechaça a idéia de que os direitos sociais se reduzem a postulados políticos ou pretensões morais, não se podendo considerá-los direitos. Para ele, são direitos que servem de elemento integrador dessas sucessivas incursões, que vão desde os direitos individuais e civis aos direitos sociais, passando pelos direitos políticos<sup>18</sup>.

Antes de enfrentar a polêmica, convém refletir sobre o que ou quais são direitos fundamentais. Para tanto, será preciso um retorno às bases, que se encontram na América do Norte.

O processo de independência das colônias norte-americanas iniciou-se na Virgínia no ano de 1776. Foi lá que se elaborou a primeira Declaração de Direitos, contendo não só os direitos que os cidadãos reservavam a si, mas também a estrutura básica do Estado, uma verdadeira constituição, nos moldes atuais<sup>19</sup>. Esse primeiro passo dado por Virgínia foi seguido de perto por outras colônias, entre elas Pensilvânia (1776), Vermont (1777), Massachussetts (1780), que já denominavam as suas declarações de independência

---

<sup>17</sup> *Manual....p. 99.*

<sup>18</sup> *Derechos....p. 59.*

<sup>19</sup> VILLALON, Pedro Cruz. "Formación y evolución de los derechos fundamentales". *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 9. Num. 25. Enero-Abril, 1989, p. 44, acrescenta, ainda, que dos dezesseis artigos da Declaração de Virgínia, oito estão dedicados ao desenho da estrutura política do Estado e apenas os restantes aos direitos individuais, tendo a Declaração Francesa dos Direitos do Homem seguido o mesmo caminho.



de Constituição, integrando-a com a Declaração de Direitos e a Estrutura Política do novel Estado, conformando, assim, a declaração de direitos em efetivo direito positivo esculpido<sup>20</sup>.

Esse movimento que vinha ameahando forças concomitantemente na Europa e na América veio, posteriormente, a eclodir também na França de 1789, quando os franceses, responsabilizando a ignorância, o esquecimento ou o menosprezo dos direitos do homem pelas desgraças públicas e a corrupção dos governos, trouxeram à baila a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

Confrontando as declarações americanas e a européia, percebe-se que elas se complementam, dando motivação e propiciando a geração de novos direitos.

Enquanto a Declaração de Direitos de Virgínia, de 12 de junho de 1776, estabeleceu direitos aos homens tendentes à sua prosperidade (artigos 1º, 8º, 9º, 10, 11, 12, 13 e 16) e organizou a estrutura política do Estado (artigos 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 14 e 15), a Declaração Francesa de Direitos do Homem de 1789 estava totalmente voltada ao reconhecimento de direitos que especificamente atendessem ao homem, em sua integridade física e moral.

Assim, enquanto a Declaração de Direitos da Virgínia, modelo seguido por outras colônias americanas, incorporou os elementos necessários à formação do Estado — o que realmente se confirmou com a Declaração de Independência Americana de quatro de julho de 1776 —, a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão teve outro perfil: o de servir de bandeira libertadora do povo francês<sup>21</sup>.

---

<sup>20</sup> VILLALON, *Op. cit.*....., p. 47.

<sup>21</sup> Eis o preâmbulo da DFDHC: "*Os representantes do povo francês, constituídos em Assembléia Nacional, considerando que a ignorância, o esquecimento ou o menosprezo dos direitos do homem são as únicas causas das desgraças públicas e da corrupção dos governos, resolveram expor, numa declaração solene, os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem, a fim de que esta declaração, constantemente presente em todos os membros do corpo social, lhes recorde incessantemente os seus direitos e os seus deveres; a fim de que os atos do Poder Legislativo e os do Poder Executivo, podendo ser a cada momento comparados com o fim de toda a instituição política, sejam mais respeitados; a fim de que as reclamações dos cidadãos, fundadas doravante sobre princípios simples e incontestáveis, se voltem sempre para a conservação da Constituição e para a felicidade de todos. Em consequência, a Assembléia Nacional reconhece e declara, em presença e sob os auspícios do Ser Supremo, os seguintes direitos do homem e do cidadão.*"

Com isso, as Declarações de Direitos americanas acabaram por ser pioneiras em incluir necessariamente a observância dos direitos do homem na estrutura político-organizacional do Estado. Diferentemente da Declaração Francesa, que só serviu de preâmbulo à Constituição Francesa de 1791.

· Não se trata aqui de atribuir maior ou menor valor aos diplomas em evidência — já que cada um teve o seu valor contributivo para a história —, mas sim de demonstrar que a inserção de direitos do homem e para o homem como componente essencial na formação do Estado lhes conferiu o caráter de fundamental, ou seja, direitos que representam o próprio fundamento do Estado<sup>22</sup>. É certo que a hipótese americana teve maiores chances para fixar esta fundamentalidade, vez que se preocupava não só em estabelecer os direitos do homem, mas também em formar um Estado independente, o que não aconteceu com os franceses.

As Constituições modernas, representando a Lei Fundamental de um Estado, têm como elementos constitutivos essenciais: a forma de Estado; a forma de seu governo; os direitos fundamentais do homem e as respectivas garantias; o modo de aquisição e o exercício do poder; o estabelecimento de seus órgãos e os limites de sua ação.

Cada Estado vai definir os seus direitos fundamentais, podendo-se dizer que cada um insere em sua Lei Fundamental a "*sua declaração de direitos*".

· Toda essa trajetória serve para demonstrar que a fundamentalidade de um direito repousa no contexto de sua disposição jurídico-constitucional. Mas isto não significa de forma alguma engessamento do direito. Uma vez reconhecido constitucionalmente, todas as suas variáveis e variantes gozam do mesmo regime, ainda que inseridas no ordenamento infraconstitucional.

No que pertine aos direitos sociais, antes de ingressarem especificamente como tal nos textos constitucionais, passaram por uma fase de construção intelectual.

Com efeito, a construção intelectual de seu conteúdo e de sua denominação específicas só veio a se fixar bem mais tarde, em decorrência de um processo que teve início no final do século XIX, quando foram se configurando as linhas da ideologia do Estado social. Este Estado tinha como meta utilizar o Direito como um instru-

---

<sup>22</sup> Note-se que a eventual suspensão dos direitos fundamentais conferidos pela Constituição têm hoje o caráter de temporariedade, conforme artigos 136 a 139 da Constituição Brasileira.

mento para alcançar a igualdade que permitisse a todos, por sua extensão generalizada, participar da democracia social, desfrutando das condições dos direitos clássicos, individuais, civis e políticos, com a satisfação de suas necessidades básicas, alcançando o desenvolvimento e salvaguardando a sua livre personalidade<sup>23</sup>.

Numa etapa inicial, prestigiou-se o trabalho, dando-se relevo ao tema através da sua positivação na Constituição (jacobina) de 1793. Seu artigo 21 estabeleceu que: "*À sociedade incumbe o sustento dos cidadãos que caíram em desgraça, seja dando-lhes trabalho ou assegurando o meio de subsistência àqueles que carecem de trabalho*", como resposta à situação e à miséria social dos trabalhadores que se produziu em decorrência do processo de industrialização e por obra do modelo liberal de ordenamento da sociedade burguesa da época.

Nos primórdios do século XX, a Carta Política Mexicana de 1917 atribuiu aos direitos trabalhistas a qualidade de direitos sociais, juntamente com as liberdades individuais e os direitos políticos (artigos 5º e 123)<sup>24</sup>.

Esse precedente histórico teve grande importância, já que na Europa a consciência de que os direitos do homem têm também uma dimensão social só veio a se firmar efetivamente após a primei-

---

<sup>23</sup> PECES-BARBA, *Derechos Sociales y...*, p. 45.

<sup>24</sup> COMPARATO, Fábio Konder. "A Constituição Mexicana de 1917". No site: [www.dhnet.org.br/educar/redeedh/anthist/mex1917.htm](http://www.dhnet.org.br/educar/redeedh/anthist/mex1917.htm), enfatiza que a fonte ideológica da "Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos", promulgada em 5 de fevereiro de 1917, foi a doutrina anarcossindicalista, que se difundiu no último quartel do século XIX em toda a Europa, mas principalmente na Rússia, na Espanha e na Itália. COMPARATO aduz que «o pensamento de Mikhail Bakunin muito influenciou Ricardo Flores Magón, líder do grupo *Regeneración*, que reunia jovens intelectuais contrários à ditadura de Porfirio Díaz. O grupo lançou clandestinamente, em 1906, um manifesto de ampla repercussão, no qual se apresentaram as propostas que viriam a ser as linhas-mestras do texto constitucional de 1917: proibição de reeleição do Presidente da República (Porfirio Díaz havia governado mediante reeleições sucessivas, de 1876 a 1911), garantias para as liberdades individuais e políticas (sistematicamente negadas a todos os opositores do presidente-ditador), quebra do poderio da Igreja Católica, expansão do sistema de educação pública, reforma agrária e proteção do trabalho assalariado. Todavia, a transformação desse ideário em normas constitucionais produziu um efeito político exatamente contrário ao objetivo visado. É que, pela primeira vez, na movimentada história do caudilhismo mexicano, criou-se uma sólida estrutura estatal, independente da figura do chefe de Estado, ainda que a Constituição o tenha dotado de poderes incomensuravelmente maiores do que o texto constitucional norte-americano atribuiu ao presidente da república. O ideário anarquista de destruição de todos os centros de poder engendrou contraditoriamente, a partir da fundação do Partido Revolucionário Institucional em 1929, uma estrutura monocrática nacional em substituição à multiplicidade de caudilhos locais».

ra guerra mundial (1914-1918), quando se fechou o ciclo do "longo século XIX"<sup>25</sup>

A Constituição de Weimar, em 1919, trilhou a mesma via da Carta Mexicana, e todas as convenções aprovadas pela então recém-criada Organização Internacional do Trabalho (OIT), na Conferência de Washington do mesmo ano de 1919, regularam matérias que já constavam da Constituição Mexicana: *a limitação da jornada de trabalho, o desemprego, a proteção da maternidade, a idade mínima de admissão nos trabalhos industriais e o trabalho noturno dos menores na indústria.*

Mas nessa linha de acontecimentos exponenciais, e entre a Constituição Mexicana e a *Weimarer Verfassung* eclode a Revolução Russa, representando um acontecimento decisivo na evolução da humanidade do século XX.

O III Congresso Pan-Russo dos Soviéticos, de Deputados Operários, Soldados e Camponeses, reunido em Moscou, adotou em janeiro de 1918<sup>26</sup>, portanto antes do término da primeira guerra mundial, a Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado, a qual afirmou e levou às suas conseqüências através da Constituição da República Soviética Russa, de julho de 1918, várias medidas constantes da Constituição mexicana, tanto no campo sócio-econômico quanto no político<sup>27</sup>.

Portanto, para uma segunda etapa, viu-se ampliado o rol daqueles direitos (sociais) que visavam a garantir uma melhor condição de vida às pessoas, chegando-se na atualidade a se incluir na categoria de direitos sociais o direito à educação, à saúde, à previdência, entre outros.

---

<sup>25</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *Ibidem*.

<sup>26</sup> Em setembro de 1918, as forças aliadas desfecharam uma grande ofensiva contra os alemães, que foram obrigados a recuar. O novo governo, a "República de Weimar", assinou a rendição em 11 de novembro de 1918.

<sup>27</sup> BÖCKENFÖRDE, Emt-Wolfgang. **Escritos sobre Derechos Fundamentales**. Traducción de Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1993, p.73, aduz que os direitos sociais não constituem monopólio das Constituições socialistas e comunistas, lembrando a Constituição de Weimar e a Constituição Mexicana de 1917. Na mesma opinião manifesta-se VIEIRA DE ANDRADE, in **Direitos econômicos, sociais e culturais**. Polis Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado. Vol. 2, Lisboa: Editorial Verbo, p. 610.

Interessante notar que quase todas as Constituições modernas, posteriores ao período bélico da primeira metade do século XX, adotaram os direitos sociais em suas Constituições, senão de forma expressa, catalogando-os - como Brasil, Portugal e Espanha -, de forma implícita, como a Alemanha, que em sua Lei Fundamental de Bonn deixou de catalogá-los<sup>28</sup>, mas sustentou a fundamentalidade dos direitos sociais pelo princípio do Estado Social, insculpido no seu artigo 20<sup>29</sup> e que tem como substância máxima a tarefa da realização da justiça social como princípio e ordem universal<sup>30/31</sup>.

### 1.2.1 PECULIARIDADES CONSTITUCIONAIS

A maioria das Constituições Européias, bem como a brasileira, incorporaram no seu bojo as disposições ou os preceitos dos direitos fundamentais sociais, discutindo-se se, ante a peculiar natureza jurídico-constitucional dos preceitos encarregados de velar pela

---

<sup>28</sup> Pode-se, por exemplo, encontrar a referência ao direito social assistencial materno no artigo 6 daquela Lei Maior (*"Toda mãe terá direito à proteção e à assistência da comunidade"*), juntamente com outros direitos fundamentais, a qual foi qualificada pelo Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*) como uma norma de princípio contendo decisão sobre um determinado valor para todo o direito privado e o público (BVerfGE, 273/277). WEBER, Albrecht, in *"Estado Social, Direitos Fundamentais Sociais e Segurança Social na República Federal da Alemanha"*; **Direito Constitucional**, Estudos em homenagem a Manuel Gonçalves Ferreira Filho, Lisboa, Dialética, 1999, p.15, obtempera que esta norma de direito fundamental social representa a concretização do princípio do Estado Social, concretização esta que, em regra, falta nos demais direitos fundamentais.

<sup>29</sup> Artigo 20 [Princípios básicos institucionais; direito de resistência] 1. A República Federal da Alemanha é um Estado federal democrático e social. 2. Todo poder do Estado emana do povo. O povo o exercerá por meio de eleições e outras votações e por intermédio de órgãos específicos dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. 3. O Poder Legislativo deverá se sujeitar à ordem constitucional, aos Poderes Executivo e Judiciário, à lei e ao direito. 4. Todos os Alemães terão o direito de se insurgir contra quem tentar subverter essa ordem, quando não lhes restar outro recurso.

<sup>30</sup> A vacuidade do princípio chegou a ser reconhecida pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão (*Bundesverfassungsgericht*), aduzindo que o referido artigo só determina o quê, o objetivo, a ordem social justa, porém deixa em aberto todos os caminhos para o como, isto é, para a consecução do objetivo (BVerfGE 22, 180/204).

<sup>31</sup> WEBER, Albrecht. *"Estado Social, Direitos Fundamentais Sociais e Segurança Social na República Federal da Alemanha"*, **Direito Constitucional**, Estudos em homenagem a Manuel Gonçalves Ferreira Filho, Lisboa, Dialética, 1999, p.14.

efetividade da dimensão social do Estado de Direito, seria mesmo necessário que estivessem elencados na Constituição<sup>32</sup>.

BÖCKENFÖRDE aduz que, em geral, se se opta por colocar na Constituição os *direitos fundamentais sociais*, deve-se cuidar para que estes estejam separados ao máximo dos direitos fundamentais individuais e coletivos e estejam claramente diferenciados destes, pois não podem tomar a forma de asseguramento dos direitos de liberdade<sup>33</sup>.

Ainda segundo o autor alemão, a intenção de codificar uma carta de direitos mais ampla possível de mandados constitucionais sociais teria como consequência, contrariamente ao que sucede nas codificações de direitos de liberdade, a de que os mandados particulares se debilitariam entre si, ou ainda se neutralizariam. Seria apenas um programa de boa política.

E é nesse contexto dos direitos fundamentais sociais que tem grande relevo para a questão o estudo de um dos pilares essenciais do edifício da teoria dos direitos fundamentais: *a distinção entre regras e princípios*<sup>34</sup>.

ALEXY lembra que tanto as regras como os princípios são normas, porque dizem o que deve ser, são razões para juízos concretos de dever ser, manifestadas em forma de mandados; logo, a distinção se dá na estrutura normativa. E o ponto decisivo dessa distinção está em que os direitos fundamentais sociais são princípios, os quais ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro

---

<sup>32</sup> OÑA, Fernando Vallespín. "Estado de Bienestar y Constitución". *Revista Del Centro de Estudios Constitucionales*. Num. 1 Septiembre-diciembre, 1988, p.126, bem como, por pressupostos teóricos e ideológicos distintos, FORSTHOFF, E. (et alli), in *Concepto y esencia del Estado Social de Derecho. El Estado Social*. Madrid, 1986, p. 44-106.

<sup>33</sup> *Op. cit.*, p. 82. Lembra, ainda, o citado autor que o Projeto da Comissão de Expertos para a Revisão Total da Constituição Federal Suíça extraiu conscientemente esta consequência, sugerindo, a seu turno, que seria conveniente reunir os mandados constitucionais sociais (direitos fundamentais sociais) em uma seção própria, intitulada, por exemplo, "A Configuração Da Ordem Da Vida Social". Essa seção haveria que ter o cuidado de não se codificar um grande número de mandados constitucionais, mas sim somente aqueles em cujo âmbito exista ainda uma demanda acumulada reconhecível de conformação do Estado Social, com o objetivo de que não gire no vazio o efeito-estímulo neles contido.

<sup>34</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 83.

das possibilidades jurídicas e reais existentes. São, no dizer do mestre alemão, mandados de otimização, que estão caracterizados pela potencialidade de cumprimento em diferentes níveis. A medida devida de seu cumprimento não só depende das possibilidades reais, como também das jurídicas. Factualmente, os princípios dotam-se de diferentes pesos.

Ao contrário, as regras são normas que devem ser cumpridas, desde que válidas. Assim, se válida a regra, deve-se fazer exatamente o que ela determina, nem mais nem menos, tal qual o cumprimento dos direitos fundamentais de liberdade. Isto significa que a diferença entre regras e princípios é qualitativa e não de grau, isto é, não se verifica em decorrência da maior ou menor generalidade<sup>35</sup>. O diferencial reside na própria estrutura da norma. Toda norma ou é uma regra ou é um princípio<sup>36</sup>.

Na mesma esteira, mas discutindo por outro ângulo a questão, CANOTILHO aborda a falência do modelo de Constituição dirigente, apontando que não se pode, no mundo atual, pretender que a Constituição assuma o «*papel de alavanca de Arquimedes com força para transformar o mundo, mas sem atender ao fato de ela estar cercada por outros mundos*»<sup>37</sup>, não sendo mais crível a concepção de programas constitucionais que não visualizem a macrodimensão que os Estados vêm tomando quer com a “europeização” ou com a globalização<sup>38</sup>.

Mas o fato é que muitas Constituições ainda continuam a trazer no seu bojo um catálogo de direitos fundamentais sociais, como no caso da brasileira e da portuguesa, que os apresentam com con-

---

<sup>35</sup> Generalidade não se confunde com universalidade. Normas universais são aquelas que se referem a todas as pessoas de uma classe aberta. O oposto de uma norma universal é uma norma individual, onde a menor incidência ocorrerá em razão dos destinatários. Já o inverso da generalidade é a especialidade, que se dá no âmbito de incidência de conteúdo. ALEXY, na clássica obra citada, p. 83, confere o seguinte exemplo diferenciador de generalidade e especialidade: a norma segundo cada qual goza de liberdade de religião é genérica, ao passo que cada presidiário tem o direito de converter à sua própria religião outro presidiário já conta com especialidade.

<sup>36</sup> *Op. cit.*, p. 86-87.

<sup>37</sup> **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. 2ª ed. : Coimbra ed., 2001, p. XI.

<sup>38</sup> Ver mais sobre o tema em CANOTILHO, **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**, edição 2001.

tornos diferenciados, demonstrando que as necessidades do homem são diferentes não só em cada sociedade, mas também em cada momento desta sociedade, espraiando-se as suas expectativas sociais para todos os ramos do Direito e exigindo interferência não só do legislador, mas também e principalmente da Administração na concretização e na efetivação dos direitos<sup>39</sup>.

### 1.2.2 ESPECIFICIDADE BRASILEIRA

O Brasil adota em sua Carta Magna a catalogação dos direitos sociais, apontando como tais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, dentre outros, como, por exemplo, o meio-ambiente.

Mas consciente das dificuldades econômico-financeiras que a implementação desses mandados constitucionais induzem, o legislador constituinte implantou a sistemática de estabelecer a fonte de custeio para o seu cumprimento na própria Constituição, fator relevantíssimo considerando a natureza econômica que reveste a implementação dos direitos sociais. Na verdade, tal associação representa um mandado de otimização com indicação financeira preparada e adequada ao atendimento imediato, pendente, apenas, de uma norma conformadora apta a definir o conteúdo do direito social reconhecido<sup>40</sup>.

Assinala-se, desde já, o direito à seguridade social (artigo 194), consubstanciado em um conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social, que, de acordo com o artigo 195, é financiado com recursos dos orçamentos dos entes federados e das contribuições sociais do empregador, do trabalhador e das receitas de concursos de prognósticos. E ainda o direito à educação, mais especificamente aos programas suplementares de alimentação e assistência à saúde, artigo 212 § 4º, que são

---

<sup>39</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual...*, p. 32,

<sup>40</sup> artigo 208 da Constituição Brasileira assevera que “o dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de ensino fundamental obrigatório e gratuito, assegurada, inclusive, sua oferta gratuita para todos os que a ele não tiverem acesso na idade própria”, ficando a cargo da lei infraconstitucional definir o que seja ensino fundamental.



financiados com recursos provenientes de contribuições sociais e outros recursos orçamentários, além da fonte adicional de financiamento ao ensino fundamental através da contribuição social do salário-educação recolhido pelas empresas, artigo 212, § 5º. Direitos sociais com fonte de custeio evidenciada pela própria Constituição, restando apenas ao legislador infraconstitucional a regulamentação do direito, o que lhe dá um "quê" de justiciabilidade impressionante.

Essa especificidade brasileira vai além, ingressando na esfera do constituinte derivado, que também implementa as fontes de custeio via emenda constitucional. Veja-se o caso do ensino fundamental<sup>41</sup>. Através da Emenda Constitucional nº 14, de 12.9.1996, buscaram-se meios financeiros para a implementação financeira do direi-

---

<sup>41</sup> O maior problema enfrentado pela educação no Brasil sempre foi a destinação de verbas específicas, cuja escassez era uma tônica constante em todos os governos. O Brasil não tinha por hábito legal deixar clara a vinculação de verbas para as atividades financeiras, sendo possível verificar essa assertiva desde a Carta de 1824, quando, então, estabelecia a instrução primária gratuita a todos os cidadãos (art. 179, alínea 32), mas não previa a sua fonte de custeio, apenas dispondo "que ninguém será isento de contribuir para as despesas do Estado em proporção dos seus haveres" (alínea 15). Na mesma esteira, a Constituição de 1891 sequer atribuiu receita ao atendimento do sistema educacional popular, muito embora tivesse deixado ao Congresso (art. 35) a incumbência de criar instituições de ensino superior e secundários nos Estados. Já a Carta Magna de 1934 estabeleceu a aplicação de, no mínimo, 10% da renda resultante de impostos da União e dos Municípios (sendo que 20% das cotas destinadas pela União para a educação, anualmente, eram destinadas, também por força de lei, para o ensino nas zonas rurais) e 25% da mesma renda dos Estados e do Distrito Federal para a manutenção e desenvolvimento dos sistemas educativos, além de prever que as sobras das dotações orçamentárias acrescidas das doações, percentagens sobre o produto de vendas de terras públicas, taxas especiais e outros recursos financeiros constituíam fundos especiais da União, dos Estados e dos Municípios a serem aplicados exclusivamente em obras educativas, determinadas em lei. Ainda que o legislador constituinte não tivesse sido suficientemente claro acerca da destinação de verba específica para atender à educação, deixando à margem de lei complementar a sua instituição, esses dispositivos apresentaram um avanço na atividade financeira destinada à educação. Porém a Constituição Democrática de 1934 não chegou a vingar, por força do golpe Estado e a consequente outorga da Carta de 1937, que, por sua vez, nada dispôs a respeito. A Constituição de 1946 determinou que a União aplicasse nunca menos de 10% (dez por cento), e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nunca menos de 20% (vinte por cento) da renda resultante dos impostos na manutenção e desenvolvimento do ensino. Entretanto, essas especificações ainda não eram suficientes para atender às necessidades que a educação impunha. A Carta de 1967 não trouxe qualquer alteração no que toca ao custeio da educação, porém a ausência de verbas para tal acabou por preocupar os militares, quando, ao assumirem o poder, espantaram-se com a situação caótica encontrada no sistema educacional do País. Assim, os ajustes para o Estado cumprir com o dever da educação foi sendo, aos poucos, efetivado através de leis infraconstitucionais. A Constituição de 1969, no seu artigo 15, alínea f, trouxe algumas alterações no tocante, pois determinou aos Municípios, de forma indireta, a aplicação de 20% (vinte por cento), no mínimo, de sua receita tributária no ensino municipal, sob pena de intervenção dos Estados. Mas foi com o advento da Constituição Cidadã de 1988 que o Brasil deu o grande passo, assumindo o compromisso de atender ao dever do Estado com a educação fundamental, garantindo-lhe inclusive meios para a efetivação desse direito, com fonte de custeio e verbas diretamente vinculadas ao mister.

to público subjetivo conferido pela Lei Fundamental, vinculando verbas específicas para tal<sup>42</sup>. Neste caso, o legislador constitucional revestiu o cidadão do direito subjetivo público, podendo este exigir do Estado o cumprimento daquele mandado.

### 1.3 NORMAS CONCRETIZADORAS

Os direitos sociais, diferentemente dos direitos de liberdade, carecem da intervenção legislativa. Com efeito, os direitos sociais vêm em geral, embora haja exceções, contemplados em normas programáticas, impondo-se, portanto, não só a lei que os concretize, mas também modificações econômicas, sociais e administrativas na estrutura organizacional do Estado. JORGE MIRANDA enfatiza que os direitos sociais estão diretamente relacionados com a vida econômica e social, fato que torna a sua realização indissociável da política econômica e social de cada momento<sup>43</sup>.

Em geral, as normas constitucionais consagradoras dos direitos sociais são abertas, de forma a receberem concretizações diferenciadas, compatíveis com as alternativas periodicamente escolhidas pelo eleitorado<sup>44</sup>.

Na atualidade, busca-se não deixar os direitos sociais relegados a meras proposições programáticas políticas não vinculantes. A conformação jurídico-prática desses direitos na Constituição aponta para uma forma de mandado constitucional, como a chama BÖCKENFÖRDE, aduzindo que esses mandados representam deveres jurídicos-objetivos que têm por destinatários os órgãos estatais, compreendidos aqui o Legislativo e a Administração<sup>45</sup>.

---

<sup>42</sup> A Emenda Constitucional nº 14/96 modificou os artigos 34, 208, 211 e 212 da Constituição, além de dar nova redação ao artigo 60 do ADCT. Mas, dentre as modificações operadas, as mais importantes foram, sem dúvida, a do § 1º, do artigo 211 — *que atribuiu à União, em matéria educacional, função redistributiva e supletiva, de forma a garantir equalização de oportunidades educacionais e padrão mínimo de qualidade do ensino mediante assistência técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios* —, a do § 5º do artigo 212 — *que impediu que as empresas deduzissem a aplicação realizada no ensino fundamental de seus empregados e dependentes* —, e a do artigo 60 do ADCT, com inclusão dos parágrafos 1º a 7º, vinculando efetivamente verbas específicas ao ensino fundamental.

<sup>43</sup> *Manual ...*, p. 113.

<sup>44</sup> MIRANDA, *ibidem*, p. 113.

<sup>45</sup> *Op. cit.*, p. 80.

No cumprimento desses deveres, impõe-se aos referidos órgãos um atuar para a realização da finalidade do programa formulado em um mandado através das medidas apropriadas, demonstrando, assim, o juízo político do órgão atuante, e com ele o processo político, a via, a dimensão e as modalidades de realização.

BÖCKENFÖRDE aduz que a vinculação jurídica efetiva que se consegue com tais mandados constitucionais consiste em três vetores: a) *estabelecer o fim ou os objetivos dos órgãos políticos, vinculando-os ao programa constitucional*<sup>46</sup>; b) *considerar que as regras e as medidas tendentes à consecução da finalidade, uma vez estabelecidas, se mantêm constitucionalmente, de maneira que a via da realização do mandado nelas descritas está protegida frente a uma supressão definitiva ou a uma redução que trespassasse os limites da desatenção grosseira*<sup>47</sup>; c) *fornecer um efeito estimulante e que pode enxertar-se na discussão política como ponto de referência e como legitimação para exigências de realização*<sup>48</sup>.

Ao lado dessas vinculações jurídico-objetivas, o mandado constitucional também pode trazer um componente jurídico-subjetivo ou construí-lo sem pôr em perigo a estrutura constitucional democrática baseada no princípio do Estado de Direito. Essa vertente jurídico-subjetiva aparece na forma de pretensões de defesa dos particulares afetados frente a uma inatividade, uma desatenção injustificada ou uma supressão definitiva das medidas adotadas na execução do mandado constitucional social, e emergem da mesma maneira que fazem as pretensões que visam a atacar a discricionariedade<sup>49</sup>.

---

<sup>46</sup> *Op. cit.*, p. 81. Pode-se dizer, ainda, que há uma vinculação efetiva *indireta* dos programas dos partidos políticos aos mandados constitucionais, os quais devem estar atentos à vontade soberana da sociedade.

<sup>47</sup> Estabelece-se aqui a eficácia plena dos mandados constitucionais, impeditivos de alterações posteriores por meio normas contrárias àquelas ali inseridas.

<sup>48</sup> *Op. cit.*, p. 80. Os programas de governo têm nova relevância nesta vinculação objetiva, pois podem extrair dos mandados constitucionais toda a força que pretendem explorar na representação popular com que se dispõem a arcar.

<sup>49</sup> Aqui se pode, no caso brasileiro, pensar nas ações diretas de inconstitucionalidade, nas ações de arguição de preceito constitucional, nos mandados de injunção ou até mesmo numa ação civil pública.

Ademais, sugere o referido autor que podem existir ainda mandados constitucionais sociais que possuem um componente especial, e por isso são mais precisos. Refere-se ele aos *mandados constitucionais especiais*, os quais têm em certa medida uma vinculatividade subjacente, isto é, há uma fixação de prioridade em benefício dos fins sociais de conformação contidos nesses mandados e que, devido à escassez de recursos, vai necessariamente em prejuízo de outros fins de conformação não mencionados expressamente<sup>50</sup>. Sem dúvida, tais fixações significam uma certa proteção jurídica para o estágio já alcançado de garantias sociais conformadas, no caso de estas virem a ser ameaçadas.

Donde se afirmar que os direitos sociais concebidos em forma de mandados constitucionais sociais contêm especificações concretas do genérico mandado de Estado social a que, justamente por meio desta especificação, corresponde um caráter obrigatório mais forte (e um correlato efeito de estímulo) ao estar dirigida a fins ou programas concretos, oferecendo ao cidadão um apoio expresso para expectativas determinadas e especialmente mencionadas com respeito à sua participação nos bens sociais materiais<sup>51</sup>. Logo, para a concretização de norma principiológica<sup>52</sup> de direito fundamental social, é necessária a junção da opção política aos recursos econômicos disponíveis.

A opção política, a seu tempo, deve observar a catalogação exposta na Constituição, sua fonte única inspiradora, já que nela se encontram inseridos os direitos fundamentais sociais, em forma de verdadeiros mandados constitucionais sociais, repita-se.

Quanto aos recursos econômicos disponíveis, são trabalhados por outro ramo do conhecimento, apesar das repercussões verificadas na esfera jurídica. Cumpre relevar que as opções políticas só se concretizarão na medida e nos limites dos recursos econômicos.

---

<sup>50</sup> *Op. cit.*, p. 82. Aqui vale considerar a especificidade brasileira, vide tópico supra.

<sup>51</sup> BÖCKENFORDE, *op cit.*, p.199. Tradução própria.

<sup>52</sup> Nem todas as normas constitucionais concernentes a direito fundamental social são principiológicas, pois algumas não estão sujeitas à concretização, conforme se verá mais à frente, no regime específico dos direitos sociais.

Presente esse binômio opção política/recursos econômicos, que reflete os programas ou as aspirações político-sociais elevadas ao nível constitucional, a norma conformadora de logo se impõe. Tal norma conta com uma função unicamente integradora, ou seja, suprir as lacunas deixadas pelo constituinte na integral determinação do direito social de que se trata. Assim, ela se limita a complementar o conteúdo, já marcadamente delineado na Constituição, através de uma norma programática<sup>53</sup>. Respaldando o dito, tome-se como exemplo o artigo 205 da Constituição da República Federativa do Brasil. Pelo dispositivo, é possível identificar os obrigados à prestação, os destinatários e as metas visadas. O dispositivo seguinte esclarece detalhadamente os princípios que norteiam a aplicação. Pelo simples teor constitucional é possível formular uma definição. Contudo, não é o bastante para que esse direito possa ser exercido plenamente, sendo, pois, necessária a superveniente lei concretizadora, apesar de suficiente para já gerar alguns efeitos jurídicos.

Por fim, cabe esclarecer que, para a concretização, o legislador é livre para escolher os meios concretos para satisfazer as exigências constitucionais, desde que em conexão com o princípio do Estado Social e Democrático. Isso porque, a concretização legislativa baseia-se na tarefa da realização da justiça social como princípio da ordem universal<sup>54</sup>. Entretanto, essa liberdade se resume ao *como* realizar o direito fundamental social, inexistindo qualquer margem de escolha no tocante ao *"se"*.

---

<sup>53</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 122, esclarece, entretanto, que *"o fato de uma regra constitucional contemplar determinado direito cujo exercício dependa de legislação integradora não a torna, só por isso, programática. Para ele, não há identidade possível entre a norma que confere ao trabalhador direito ao "seguro desemprego" em caso de desemprego involuntário (Constituição Brasileira, artigo 7º, II) e a que estatui que a família tem especial proteção do Estado (Constituição Brasileira, artigo 226). Naquela hipótese, há uma prestação positiva a exigir-se, eventualmente frustrada pela omissão do legislador ordinário. Nesta última, faltando o Poder Público a um comportamento comissivo, nada lhe será exigível, senão que se abstenha de atos que impliquem na desproteção da família"*.

<sup>54</sup> WEBER, Albecht. *"Estado Social, direitos fundamentais sociais e segurança social na República Federal da Alemanha"*. **Direito Constitucional**. Estudos em homenagem a Manuel Gonçalves Ferreira Filho. Lisboa: Dialética, 1999, p.14.

A norma concretizadora do direito fundamental social eleito observará as seguintes premissas: 1) a atribuição do alcance imediato do conteúdo do direito fundamental social<sup>55</sup>; 2) os princípios e as diretrizes, que englobam, respectivamente, as óticas informativa e aplicativa do direito social consubstanciado na lei; 3) o detalhamento da providência ou providências referentes à prestação daquele direito social, ou, em outras palavras, o modo de atuação da Administração<sup>56</sup>; 4) os destinatários do respectivo direito social<sup>57</sup> e 5) o financiamento, abrangendo a fonte financiadora e a dotação orçamentária estipulada para os gastos com aquela prestação pública<sup>58</sup>.

A última premissa defronta-se com maior complexidade, pois mais difícil a sua materialização, exigindo feitura de mais de um ato normativo e contínuo ajuste, pela própria necessidade orçamentária. À lei concretizadora cumpre evidenciar a fonte de custeio do direito contemplado, ou seja, de onde provirá a verba destinada a arcar com a despesa decorrente da implantação do programa governamental que atende aquele determinado direito fundamental social. Tal providência se faz forçosa para que se possa exigir a fixação da dotação orçamentária na lei orçamentária anual, através da qual são previstas as receitas, autorizadas as despesas públicas, explicitados a política econômico-financeira e o programa de trabalho do Governo, além da definição dos mecanismos de flexibilidade que a Administração fica autorizada a utilizar.

A lei concretizadora não precisa necessariamente corresponder a uma inovação legislativa. A conformação pode se efetivar através da recepção de lei editada sob a égide da Constituição anterior que

---

<sup>55</sup> Como exemplo o mesmo caso da educação na Constituição Brasileira: o artigo. 208, inciso I, que estabelece que o ensino fundamental é obrigatório e gratuito. Cabe à lei concretizadora detalhar o conceito de ensino fundamental, alargando-o ou não, repita-se.

<sup>56</sup> Difere-se da diretriz, pois esta se relaciona aos objetivos preconizados pelo texto legislativo, enquanto aquela última possui um cunho mais prático.

<sup>57</sup> A discriminação, *in casu*, compreende os destinatários positivos e negativos, de forma a maximizar projetos de ordem redistributiva.

<sup>58</sup> Neste ponto específico, a norma concretizadora pode ser desmembrada. O exemplo brasileiro está nas leis previdenciárias: a 8.213, de 24 de julho de 1991, dispõe sobre os planos de benefícios da Previdência Social, enquanto que a 8.212, também de 24 de julho de 1991, trata do custeio da Previdência.

não colida materialmente com a nova ordem constitucional<sup>59</sup>. Nesses casos, o direito já se torna integralmente exigível com a promulgação da Constituição.

#### 1.4 REGIME ESPECÍFICO

Certamente que não basta colocar os direitos fundamentais sociais de prestação na Constituição, ao lado dos direitos fundamentais de liberdade, como aconteceu no caso brasileiro, sem considerar as diferenças que levam a formas de garantia jurídica diferenciada. Dotar os direitos sociais da mesma aplicabilidade dos fundamentais de liberdade, como se fossem da mesma natureza, deixando, porém, a concretização daquele para o legislador, para a Administração e para os Tribunais, de nada adianta<sup>60</sup>.

Os direitos sociais têm conformação geral, indo mesmo além da mera interpretação da pretensão jurídica. Em outras palavras, os direitos fundamentais sociais consubstanciam-se em direitos (à saúde, à educação, ao trabalho, à moradia, à previdência social etc.) que requerem meios financeiros para sua realização, não bastando, apenas, que se afirme constitucionalmente este direito. Logo, sua efetivação é indiscutivelmente mais complexa que os direitos individuais. É claro, como reforça HESSE, que em um ordenamento constitucional democrático, baseado no princípio da articulação de poderes, a concretização dos direitos fundamentais sociais compete ao legislador legitimado democraticamente de maneira direta e em segundo à Administração, e não pode se resolver simplesmente pela via da interpretação judicial do enunciado constitucional que formula o direito social<sup>61</sup>. Não se pode mais negar a exigibilidade e aconformabilidade desses direitos, sob pena de se pender a uma posi-

---

<sup>59</sup> Relembre-se que a incompatibilidade formal não impede a recepção. O tema pode estar tratado em espécie normativa distinta daquela exigida na nova ordem constitucional.

<sup>60</sup> BÖCKENFÖRDE, *Op. cit.*, p. 75.

<sup>61</sup> HESSE, Konrad. **Bestand und Bedeutung der Grundrechte in der Bundesrepublik Deutschland**. EuRGZ 1978, p. 434.1. Pode-se aqui também evidenciar as palavras de HOLMES e SUNSTEIN, in **The cost of rights: why liberty depends on taxes**. New York: W.W. Norton & Co., 1999, p. 97, «nenhum direito cuja eficácia pressuponha o gasto seletivo de recursos dos contribuintes pode, em última instância, ser protegido unilateralmente pelo Judiciário, sem observância das consequências orçamentárias que afetam a competência dos demais Poderes».

ção puramente ideológica e não científica<sup>62</sup>, embora sua efetivação seja mais complexa do que a das demais categorias.

Nessa linha, a conformação de normas que consagram os direitos sociais produzem efeitos de natureza diferenciada daquelas relativas aos direitos individuais, investindo os cidadãos em posições jurídicas distintas que podem: a) ora gerar situações prontamente desfrutáveis (como exemplo podem-se citar os direitos laborais de exercício coletivo e o direito a um meio ambiente descontaminado<sup>63</sup>); b) ora criar situações demandantes de prestações positivas do Estado (tais como direito à educação, à saúde, à seguridade social), portanto, circunscritas aos limites de cunho econômico<sup>64</sup> e político<sup>65</sup>; ou ainda c) contemplar interesses dependentes de norma infraconstitucional integradora (proteção do mercado de trabalho da mulher, proteção das crianças contra todas as formas de abandono, de discriminação e de opressão e contra o exercício abusivo da autoridade na família e nas demais instituições).

Com o propósito de identificar a força jurídico-constitucional dos direitos sociais, identificando a roupagem específica dessa categoria, um reconhecido Acórdão do Tribunal Constitucional Português (nº 39/84 – Processo nº 06/83<sup>66</sup>) fixou alguns traços juridicamente constitutivos das normas constitucionais que os consagram, valendo aqui destacá-los: 1) tais direitos dispõem de vinculatividade normativo-constitucional; 2) as normas que os garantem servem de parâmetro de controle judicial quando em causa a constitucionalidade

---

<sup>62</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Op cit.*, p. 106.

<sup>63</sup> ESTAY, José Ignacio Martínez. **Valor e sentido dos direitos sociais. Direitos Humanos. Teorias e Práticas.** Organização de Paulo Ferreira da Cunha. Almedina, 2003, p. 219.

<sup>64</sup> Não pode o Estado atender a todos com todos os direitos. É inegável que o atendimento desses direitos pressupõe grandes disponibilidades financeiras por parte do Estado, por isso certas prestações vão situar-se na esfera da reserva do possível.

<sup>65</sup> Circunscrito à discricionariedade dos poderes públicos incumbidos de escolher, dentre tantas possibilidades, a que entende mais adequada à sociedade em determinado momento.

<sup>66</sup> Publicado no **Diário da República** – I Série – nº 104- 5-5-1984. pp. 14555/1466.



das medidas legais ou regulamentares restritivas destes direitos<sup>67</sup>; 3) as normas consagradoras dos direitos sociais representam autênticas imposições legiferantes; 4) as tarefas impostas pela Constituição ao Estado para a concretização desses direitos traduzem-se na edição de medidas concretas e determinadas e não em promessas vagas e abstratas; 5) a produção de medidas concretizadoras não está relegada à livre disponibilidade do legislador, embora possua esta discricionariedade quanto à forma e ao modo como o direito será prestado<sup>68</sup>.

Portanto, os direitos sociais impõem-se frente a qualquer norma, não se podendo admitir a sua inobservância, quer por norma concretizadora, quer por legislativa, do seu conteúdo essencial, pois não cabe retirar-lhe ou inverter-lhe o sentido útil, pondo em risco qualquer princípio constitucional que neles haja de se refletir<sup>69</sup>.

## 1.5. OS DIREITOS SOCIAIS E SEU DESAFIO

A ligação entre liberdade individual e realização de desenvolvimento social vai muito além da relação constitutiva. SEN lembra que o que as pessoas conseguem positivamente realizar é influenciado por oportunidades econômicas, liberdades políticas, poderes sociais e por condições habilitadoras como boa saúde, educação básica e incentivo e aperfeiçoamento de iniciativas<sup>70</sup>. É esse conjunto que leva uma sociedade ao desenvolvimento, único responsável pela

---

<sup>67</sup> Com relação ao particular, vale trazer a lume recente entendimento do Tribunal Constitucional Português, proferido no Acórdão nº 543/2001 – Processo nº 302/01, ao discutir, especificamente quanto ao direito de denúncia de contrato de arrendamento, as limitações que podem ser impostas ao direito de propriedade, em razão da adequação também aos particulares do direito à habitação insculpido no ordenamento constitucional. Assim, ao tempo em que reconhece tratar-se o direito à habitação de um direito relegado à reserva do possível, isto é, de um direito que corresponde a um fim político cuja realização a Constituição compete ao Estado, também evidencia que por ser fundado na dignidade da pessoa humana, não pode esperar, razão por que clama aos particulares a solidariedade ao seu semelhante, vinculando, designadamente a propriedade privada, a restrições em prol de sua função social.

<sup>68</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Portugal: Almedina, 1999, p. 453. A organização simplificada apresentada foi exposta pelo constitucionalista na obra citada.

<sup>69</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual...* p. 384.

<sup>70</sup> SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 19.

própria manutenção dos direitos de liberdade. Em outras palavras, sem que os direitos sociais possam ser efetivamente implementados, por-se-á em risco a manutenção até mesmo daqueles direitos de liberdade, pois de que adiantará a garantia constitucional de uma liberdade que não pode ser usufruída em meio à desagregação gerada no seio do meio social?<sup>71</sup>

O mundo não comporta mais discussões acerca da necessidade ou não de implementação dos direitos sociais. Já está pacificado o entendimento de que, sem que haja alguma forma de asseguramento aos direitos sociais, difícil se torna o desenvolvimento do todo.

Assim, pode-se concluir que o principal desafio dos direitos sociais é o de impedir que a disparidade entre a riqueza e a pobreza cresça, assumindo proporções alarmantes, a ponto de o ódio entre as classes ameaçar a estabilidade social e o regime da propriedade privada.

## 1.6 A QUESTÃO DA JUSTICIABILIDADE

Como direitos que se operam como barreiras defensivas do indivíduo perante a dominação econômica de outros indivíduos<sup>72</sup>, os direitos sociais levantam o estandarte da superação de uma perspectiva estritamente liberal, dando ensanchas a que o homem passe a ser considerado para além de sua condição individual<sup>73</sup>.

Todavia, a constatação de que os direitos sociais constituem pressupostos reais para o exercício dos demais direitos e liberdades não é suficiente para afastar as conjecturas sobre possibilidades fáticas de seu atendimento. "*O Direito tem limites que lhe são próprios e por isso não pode, ou melhor, não deve normatizar o inalcançável*", como reforça BARROSO<sup>74</sup>.

---

<sup>71</sup> Algumas cidades brasileiras enfrentam hoje o resultado da quase abstenção social do Estado. Na cidade do Rio de Janeiro, por exemplo, há um explícito terror urbano instalado, onde as pessoas não se sentem à vontade para sair às ruas com roupas que possam denotar qualquer demonstração do seu poder aquisitivo, o mesmo se dando com os veículos que possuem, com os utensílios que usam, culminando com o horário em que saem às ruas. O medo instalou-se justamente em razão da ausência de oportunidades aos demais membros da sociedade, que não perdoam a inércia do Estado.

<sup>72</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. "Eficácia das normas constitucionais sobre a justiça social". Tese apresentada à IX Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil. Florianópolis, 1982.

<sup>73</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas normas*. Rio de Janeiro/São Paulo, 2003, p. 101.

<sup>74</sup> BARROSO, *op. cit.*, p. 125.

Por isso, a justiciabilidade dos direitos sociais — aqui considerada como a possibilidade de exigir do Estado o seu cumprimento — terá contornos próprios, havendo de se observar a fase de especificação concretizadora em que se encontram, bem como as nuances políticas que envolvem esses direitos<sup>75</sup>, já que para eles a intervenção da lei tem um sentido expansivo, cabendo ao legislador definir e esmiuçar a medida do direito por ele juridicamente assegurada<sup>76</sup>, papel que no Estado Democrático de Direito somente a ele, legislador, cabe.

Assim, estampada, de logo e de forma clara, a distinção aplicativa dos direitos sociais dos individuais<sup>77</sup>, cumpre que se investigue a vertente própria, e mais operatória em termos jurídicos, como ensina MANUEL AFONSO VAZ, da afirmação normativa dos direitos sociais.

## **1.7 EFETIVAÇÃO E ALCANCE DAS NORMAS DE DIREITO SOCIAL**

A sua efetivação está também e principalmente ligada a fatores econômicos, bem como aos condicionalismos institucionais, do modo de organização e funcionamento da Administração Pública e dos recursos financeiros. Há de se ajustar o socialmente desejável ao economicamente possível<sup>78</sup>.

As normas constitucionais consagradoras de direitos sociais, por si só, não têm a capacidade para diretamente atribuir direitos

---

<sup>75</sup> WEIS, Carlos. **Direitos Humanos Contemporâneos**. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 135, esclarece que a realização dos direitos sociais exige reorganização do Estado, envolvendo uma pluralidade de interesses, por vezes conexos com a plataforma política de um determinado governo eleito. Mas à medida em que as normas de direitos sociais contenham uma tal especialidade que permita com clareza identificar a obrigação estatal, impõe-se a determinação de sua observância pelo Judiciário, devendo o Estado prestar o direito social a que se comprometeu juridicamente, como decorrência da própria vontade popular, manifestada pelas instâncias democráticas de poder.

<sup>76</sup> VAZ, Manuel Afonso. **O Enquadramento jurídico-constitucional dos Direitos Sociais**. Juris et de jure. Nos 20 anos da Faculdade de Direito da UCP. Coordenação Manuel Afonso Vaz e J. A. Azeredo Lopes. Porto, 1998, p. 443.

<sup>77</sup> Só para recordar, é pacífico na doutrina e na jurisprudência, por força mesmo de preceito constitucional (artigos constitucionais 5º, § 1º, brasileiro, e 18, item 1, português), que os direitos individuais são diretamente aplicáveis e vinculam os poderes do Estado.

<sup>78</sup> **Manual de Direito Constitucional...IV**, p. 392.

subjetivos<sup>79</sup>. São normas cuja afirmação é acompanhada de preceitos-incumbências ao Estado para a realização do direito, no tempo e no modo (de realização) que a sociedade demandar. Tal demonstra que o legislador constitucional bem percebeu a necessidade de se respeitar o tipo de Estado instituído (Democrático de Direito), quando, então, cabe à sociedade escolher o modelo político-econômico portador dos programas de ação que melhor lhe convém<sup>80</sup>.

Ao legislador ordinário cumpre estar atento às reivindicações da sociedade, de forma a perceber os direitos de realização social demandados, preocupando-se, principalmente, em implementá-los na justa medida das possibilidades econômicas do Estado, sob pena de frustrar os efeitos que a norma concretizadora idealiza.

JORGE MIRANDA acentua que a apreciação dos fatores econômicos para uma tomada de decisão quanto às possibilidades e aos meios de efetivação dos direitos sociais cabe aos órgãos políticos e legislativos. Tais decisões revelam-se como ponderações complexas das normas com a realidade circunstante, cabendo apenas àqueles órgãos pontuar a conveniência de estabelecer diferentes tempos, graus e modos de efetivação desses direitos<sup>81</sup>.

Por outro lado, convém deixar assinalado que as dificuldades atinentes à concretização dos direitos sociais fez surgir a idéia do mínimo existencial, dando um alcance inusitado àqueles direitos.

O mínimo existencial<sup>82</sup>, como direito às condições mínimas de existência humana digna, que não pode ser objeto de intervenção do Estado e que ainda exige dele prestações positivas, vai servir de critério de relevância para os direitos sociais.

Na verdade, o mínimo existencial reflete o patamar ínfimo do dever estatal, ligado diretamente à sua própria manutenção, representando, portanto, a cidadania reivindicatória, com eficácia plena.

---

<sup>79</sup> Diferentemente das normas de direitos fundamentais individuais, que contêm em seu núcleo o caráter preceptivo, isto é, contêm na sua essência o germen do direito subjetivo, o direito social precisa auir de forma expressa esta conotação. Como exemplo, pode-se trazer a lume o direito à educação obrigatória (fundamental), que recebeu da Constituição Brasileira de 1988 expressamente esse caráter, artigo 208 § 1º.

<sup>80</sup> VAZ, Manuel Afonso. *Enquadramento.....*, p. 441.

<sup>81</sup> *Manual...IV*, p. 392.

<sup>82</sup> Expressão muito utilizada por Ricardo Lobo Torres, desde "O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais", *Revista de Direito Administrativo*, 177: 29/49, 1989.

Nos direitos sociais revestidos da condição de mínimo existencial reside o poder máximo da cidadania em exigir o seu implemento, até mesmo independentemente de posituação. Tais direitos, projetados como mínimos, gozam de eficácia plena (*e erga omnes*) e têm aplicabilidade imediata, sendo absorvidos não somente por normas explícitas na Carta Magna, mas também por princípios dos direitos humanos que norteiam toda relação Estado-cidadão.

Assim, exigir do Estado o cumprimento de um direito social que importe na experimentação de um dos seus fundamentos — como a cidadania, por exemplo —, conduz à comprovação da existência de um mínimo existencial que o Estado não pode negligenciar. Não há como ser cidadão pleno sendo analfabeto<sup>83</sup>. Logo, a educação fundamental reveste-se da característica desse mínimo sem o qual o cidadão não pode ser cidadão pleno<sup>84</sup>.

---

<sup>83</sup> No Brasil, o alistamento eleitoral e o voto são facultativos aos analfabetos.

<sup>84</sup> Um outro exemplo nessa linha de raciocínio pode ser extraída do resumo do acórdão a seguir transcrito, em que o Supremo Tribunal Brasileiro demonstra que sem atendimento público a doentes que sofrem de males irremediáveis, o cidadão deixa de experimentar o direito individual à vida: *"Paciente com Hiv/Aids - Pessoa Destituída de Recursos Financeiros - Direito à Vida e à Saúde - Fornecimento Gratuito de Medicamentos - Dever Constitucional do Poder Público (CF, Arts. 5º, Caput, e 196) - Precedentes (STF) - Recurso de Agravo Improvido. O Direito à Saúde Representa Consequência Constitucional Indissociável do Direito à Vida.* - O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. - O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQUENTE. - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES. - O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF. RE 271286. AgR / RS - Rio Grande do Sul. Ag. Reg. no Recurso Extraordinário. Relator(a): Min. CELSO DE MELLO. Julgamento: 12.9.2000. Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação: DJ, Data: 24.11.2000, p. 00101, Ement. Vol. 02013-07, p. 01409.

## 1.8 O PAPEL CONSCIENTE DO PODER JUDICIÁRIO

A Constituição Brasileira de 1988 prestigiou os instrumentos de tutela jurisdicional das liberdades individuais ou coletivas e submeteu o exercício do Poder Estatal — como convém a uma sociedade democrática e livre — ao controle do Poder Judiciário.

Inobstante estruturalmente desiguais, as relações entre o Estado e os indivíduos processam-se, no plano de organização constitucional, sob o império estrito da lei. A *rule of law* — mais do que um simples legado histórico-cultural — constitui, no âmbito do sistema jurídico vigente no Brasil, pressuposto conceitual do Estado Democrático de Direito e fator de contenção do arbítrio daqueles que exercem o poder.

É nesse contexto que se precisa evoluir, cada vez mais, no sentido da completa justiciabilidade da atividade estatal e fortalecer o postulado da inafastabilidade de toda e qualquer fiscalização judicial. A progressiva redução e eliminação dos círculos de imunidade do poder há de gerar, como expressivo efeito consequencial, a interdição de seu exercício abusivo.

Por outro lado, há de se enfatizar que o Poder Judiciário também precisa desempenhar bem o seu papel. No plano da teoria geral do direito, está completamente superada a concepção que via na atividade jurisdicional uma mecânica de subsunção ao caso concreto das normas gerais<sup>85</sup>. Hoje, sabe-se que a sentença judicial cria Direito, sendo mesmo verdadeira norma individualizada<sup>86</sup>.

E, no campo dos direitos fundamentais, cresce em muito a função do juiz.

Tanto no Brasil como em Portugal, relevo nessa temática possuem o Supremo Tribunal Federal e o Tribunal Constitucional, ambos com a competência específica para administrar a justiça em matérias de natureza jurídico-constitucionais (artigos 102, *caput*, e 223º, respectivamente, constitucionais).

Em pronunciamento jurisdicional recente<sup>87</sup>, o Ministro Celso Mello esclareceu com precisão cirúrgica o que representa a função

---

<sup>85</sup> PECES-BARBA. *Derechos Fundamentales*. ..., p. 146.

<sup>86</sup> SICHES, Luis Recasens. *Tratado general de filosofia del derecho*. Mexico: Editorial Porrúa: 1978, p. 313.

<sup>87</sup> MS nº 23.452/RJ, publicado no DJ de 12.05.2000.

jurisdicional. Para ele, o Poder Judiciário, quando intervém para assegurar as franquias constitucionais e para garantir a supremacia e a integridade da Constituição, desempenha, de maneira plenamente legítima, as atribuições que lhe conferiu a própria Carta da República.

O regular exercício da função jurisdicional, por isso mesmo, desde que pactuado pelo respeito à Constituição, não transgredir o princípio da separação dos poderes. O sistema constitucional brasileiro, ao consagrar o princípio da limitação dos poderes, teve por objetivo instituir modelo destinado a impedir a formação de instâncias hegemônicas de poder no âmbito do Estado, de ordem a neutralizar, no plano político-jurídico, a possibilidade de dominação institucional de qualquer dos Poderes da República sobre os demais órgãos da soberania nacional.

Assim, com a finalidade de obstar que o exercício abusivo das prerrogativas estatais possa conduzir a práticas que transgridam o regime das liberdades públicas e que sufoquem, pela opressão do poder, os direitos e garantias individuais, atribui-se ao Poder Judiciário a função eminente de controlar os excessos cometidos por qualquer das esferas governamentais, quando incidir em abuso de poder ou em desvios inconstitucionais, no desempenho de sua competência investigatória.

Porém esse papel atuante da função jurisdicional não pode ser maculado por imprecisões técnicas, pois cabe ao juiz bem distinguir as categorias dos direitos fundamentais e adentrar o mérito do regime de cada um deles. A atenção deve ser redobrada ante um direito social, cabendo também ao juiz respeitar a categorização estabelecida constitucionalmente. Isso não quer dizer que não possa apreciar omissões legislativas de forma eficiente, mas que, ao fazê-lo, deve estar atento a todos os itens que sua decisão deve atender. Não basta determinar o cumprimento de um direito social que ainda não está concretizado sem que se possa evidenciar a fonte de custeio, sua premissa básica.

Logo, o que se pretende é que o Poder Judiciário possa buscar formas e fórmulas para empreender eficiência às suas decisões, tornando-se, assim, mais consciente do seu papel. ♦

# **Dano Ambiental e Violação da Função Social da Pessoa Jurídica. Fundamento para a Responsabilização Patrimonial do Sócio: Relativização da Pessoa Jurídica\***

**GUSTAVO BANDEIRA**

Juiz titular da 1ª Vara Empresarial. Mestre em Direito. Professor de Responsabilidade Civil da UNESA e EMERJ

## **1. INTRODUÇÃO**

A imprensa noticiou amplamente o que chamou de maior desastre ecológico já ocorrido no país, em Cataguases, MG, envolvendo o vazamento de 1 bilhão e 200 milhões de litros de produtos tóxicos oriundos de um reservatório da indústria de papel Cataguases.

As conseqüências desse desastre são incalculáveis. A poluição atingiu o córrego Cágados e depois o Rio Pomba, em Minas, que por sua vez contaminou o Rio Paraíba do Sul, o mais importante do Estado do Rio, findando por atingir Campos, a maior cidade do Norte Fluminense.

Segundo a Feema, a espuma, contaminada por produtos altamente tóxicos, como soda cáustica e cloro ativo, desceu ao longo de 50 quilômetros do Paraíba e atingiu São Fidélis, de 36 mil habitan-

---

\* Confronto com a Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica. Proposta Hermenêutica para o § 5º do art. 28 do CDC e 4º da Lei 9.605/98.



tes, o sexto município fluminense a ter o abastecimento de água suspenso para evitar uma tragédia. Também ficaram sem água, e em estado de emergência, Miracema, Santo Antônio de Pádua, Aperibé e Cambuci, bem como Portela, distrito de Itaocara, num total de 120 mil habitantes. Em Campos, calcula-se que a mancha deixou meio milhão de fluminenses sem água, sem comida e sem trabalho, considerando a morte de peixes, do gado e do prejuízo à atividade agrícola, industrial, comercial e até acadêmica, todas suspensas na região.

E o que é pior, os efeitos nefastos desses danos serão sentidos, ainda, por muito tempo. Segundo o biólogo Ricardo Barros<sup>1</sup>, especialista em controle ambiental, a fauna e a flora das áreas contaminadas pelo vazamento de produto químico da Cataguases Papéis sofrerão os efeitos desta lesão pelo menos pelos próximos 5 anos.

Não se questiona a responsabilidade penal da empresa poluidora, assim como a do diretor, administrador, membro de conselho e de órgão técnico, auditor, gerente, preposto ou mandatário de pessoa jurídica que, sabendo da conduta criminosa de outrem, deixar de impedir a sua prática, quando podia agir para evitá-la, nos termos do art. 2º da Lei 9.605/99. Aliás, no caso citado, foi decretada a prisão preventiva dos diretores da indústria de papel Cataguazes.

Por outro lado, administrativamente, a mesma legislação prevê a aplicação de multa que pode variar, nos termos do seu art. 75, entre o mínimo de R\$ 50,00 (cinquenta reais) e o máximo de R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais). Também já foi noticiada pela imprensa a aplicação da multa máxima à referida empresa.

No campo da responsabilidade civil, que é o que interessa ao nosso trabalho, a Procuradoria Geral do Estado já divulgou que vai ingressar com ação de reparação de danos, assim como podem ajuizá-la todas as vítimas que, de alguma forma, sofreram diretamente os efeitos desta tragédia (pescadores, comerciantes, moradores da região etc.) Não há dúvida, na hipótese, quanto à responsabilidade civil da pessoa jurídica. Ocorre que, dificilmente seu patrimônio será

---

<sup>1</sup> O Globo On Line, in [www.oglobo.com.br](http://www.oglobo.com.br), Plantão, de 02/04/03

suficiente para fazer face à todas as indenizações devidas, sendo comum, em tais situações, que os danos causados resem irreparados. Quanto a isso, também, não há dúvidas.

A pergunta que se impõe, portanto, é a seguinte: O sócio da pessoa jurídica causadora dos danos também pode ter seu patrimônio atingido pelas dívidas desta sociedade, independentemente da prova daquelas condutas subjetivas (fraude ou abuso de direito) reputadas indispensáveis para aplicação da clássica teoria da desconsideração da personalidade jurídica? Em outras palavras, o dano ao meio ambiente é fundamento, por si só, para a "desconsideração" da personalidade jurídica? Na hipótese, admitida a responsabilização patrimonial do sócio, seria o caso realmente de aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica ou, do contrário, de relativização da própria pessoa jurídica? E por fim, qual o enquadramento da responsabilidade civil nos casos de dano ao meio ambiente? Responsabilidade civil objetiva fundada no risco integral ou no risco da atividade?

Em nossa tese de mestrado intitulada "A Relativização da Pessoa Jurídica. Confronto com a Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica", enfrentamos a questão relativa ao enquadramento da responsabilidade civil nos casos de dano ao meio ambiente e o fundamento da responsabilidade patrimonial do sócio pelas dívidas da sociedade, nos casos de danos causados ao meio ambiente e aos consumidores.

Naquela ocasião, defendemos o entendimento de que o sócio, nos casos de danos causados ao meio ambiente por pessoa jurídica, pode ter seu patrimônio atingido, independentemente da prática daquelas condutas subjetivas (fraude e abuso de direito) que justificam a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Tal responsabilidade patrimonial, a nosso ver, é decorrente não destas condutas, muitas vezes até inexistentes, mas sim da idéia da *relativização da pessoa jurídica*, que em nada se confunde com a teoria da desconsideração. Aliás, a relativização seria mesmo a antítese da desconsideração, se considerarmos que a desconsideração objetiva o aperfeiçoamento do instituto da pessoa jurídica contra abusos e desvios praticados pelo sócio, ao passo que a relativização é a própria negação, no caso concreto, da pessoa jurídica, não em razão de qualquer conduta do sócio, mas para tutela de valores mais relevantes e que consituem a própria função social da pessoa jurídica.

A relativização da pessoa jurídica decorre de um juízo de valor segundo o qual, em determinadas situações, o princípio da autonomia patrimonial (*universitas distat a singulis*), que significa que a personalidade jurídica implica na distinção entre os direitos, obrigações e o patrimônio da sociedade e os dos membros que a compõe, deve ceder espaço a outros princípios reputados mais relevantes pelo próprio Estado.

É o que ocorre nos casos envolvendo danos causados ao consumidor e ao meio ambiente, como pretendemos demonstrar. Para tanto, partimos do estudo envolvendo a função social da pessoa jurídica, para então analisarmos o princípio constitucional de defesa do meio ambiente como valor inerente àquela função social da pessoa jurídica, para finalmente chegarmos à relativização da pessoa jurídica, acolhida pelo art. 4º da Lei 9.605/98, que prevê a responsabilidade patrimonial do sócio pelos danos causados por pessoa jurídica ao meio ambiente.

## **2. A FUNÇÃO DA PESSOA JURÍDICA E SUA RELATIVIDADE**

A noção da pessoa jurídica como direito absoluto é resultado, segundo Marçal Justen Filho, da confusão decorrente da identificação que se fazia (e ainda se faz), frequentemente, entre pessoa jurídica e física. Estenderam-se à pessoa jurídica os atributos da pessoa física. Conseqüentemente, o caráter absoluto do ser humano, "conquistado como valor inafastável da civilização humana (o que significa que nunca pode ele ser enfocado como instrumentalidade - ao menos enquanto pessoa), haver sido transplantado para a pessoa jurídica."<sup>2</sup>

A pessoa jurídica, entretanto, é um instituto jurídico concebido pelo direito para o atendimento de determinadas necessidades. O Estado, portanto, admite a existência da pessoa jurídica e a reconhece para o desempenho de determinadas *funções*.

Tal fenômeno, de funcionalização do direito, ou seja, a concepção de que o direito é concebido e reconhecido pelo Estado tendo em vista as funções que lhe são inerentes, surge como uma

---

<sup>2</sup> JUSTEN FILHO. Marçal. *Desconsideração da Personalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Triunais, 1987, p.45.

reação ao pensamento liberal e individualista que dominou o mundo jurídico do século XIX. Neste período, o direito objetivo reconhecido ao indivíduo era um direito absoluto, significando que ao titular do direito subjetivo era garantida total liberdade de autodeterminação e utilização do "seu direito". A função do direito, neste tempo, era a de servir ao titular, como instrumento de realização de seus interesses pessoais.

Com a passagem do século XIX para o século XX e a mudança político-econômica desencadeada em decorrência de diversos fatores sociais, como a Primeira Grande Guerra e a industrialização e massificação do comércio, aquele Estado liberal foi sucedido pelo Estado social, agora com a tônica não mais nos direitos individuais e no liberalismo, mas no bem-estar social, a ser garantido pelo Estado através de um intervencionismo no domínio econômico, antes incompatível com o sistema liberal adotado.

Neste Estado intervencionista ou dirigente, há uma completa mudança de enfoque, na medida em que o individual cede espaço para o coletivo, fazendo prevalecer não o direito como instrumento de realização da vontade individual, egoística, mas de realização do bem comum, do desenvolvimento econômico pautado em valores fundamentais e na justiça social.

Desta concepção nasce a função social do direito. O Estado passa a assumir, através do direito, uma função ativa e não mais meramente passiva. Trata-se, nas palavras de Marçal Justen, "de um instrumento fundamental de intervenção sobre a realidade a fim de realizar os fins do Estado. Não mais se destina a assegurar a manutenção da realidade, mas a interferir sobre ela."<sup>3</sup>

Assim, a intangibilidade ou absolutismo do direito subjetivo, decorrente de uma visão sócio-política-econômica ultrapassada, perdeu sua razão de ser, cedendo espaço à atuação estatal em prol de um bem coletivo, pautado em valores reputados fundamentais para o Estado e a que todos os indivíduos devem respeito, ainda que em prejuízo de supostos direitos subjetivos.

A reformulação do sentido de direito objetivo e, conseqüentemente, do direito subjetivo, decorrente da referida

---

<sup>3</sup> Ob. cit., p. 39.

funcionalização, entretanto, não influíram, desde logo, no instituto da pessoa jurídica. De certa forma, a pessoa jurídica ficou, durante longo período, imune à funcionalização do direito, considerando a sua proximidade, enquanto sujeito de direito, com a pessoa física.

Neste sentido, sintetiza Marçal Justen:

*Até o curso do presente século, não se concebia um vínculo imediato sobre a questão da função (e da relatividade) dos direitos e da função (e da relatividade) da pessoa jurídica. E se mantinha a imposição do século passado. Em suma, sobreviveu o tão criticado enfoque absolutista da pessoa jurídica, inobstante tivessem sido arquivadas todas as concepções acerca do absolutismo dos direitos subjetivos.*<sup>4</sup> (grifamos)

De fato, não se pode querer equiparar a pessoa física, e seu regime jurídico, com aquele da pessoa jurídica. A pessoa física é conceito que se esgota em si mesmo, não podendo ser focado como instrumental. A pessoa jurídica, por sua vez, sintetiza um conceito relativo, histórico e funcionalizado, ou seja, sua *existência possui caráter instrumental para a consecução de resultados que são benéficos para a própria sociedade*. A personificação societária, resume Justen Filho, “afigura-se como funcionalmente envolvida na consecução de valores e não se encerra em si mesma.”<sup>5</sup>

É esta função da pessoa jurídica que será objeto dos capítulos seguintes.

### **3. A ATIVIDADE PROMOCIONAL DO ESTADO E A FUNÇÃO SOCIAL DA PESSOA JURÍDICA**

#### **3.1. A Personificação da Pessoa Jurídica como Atividade Promocional do Estado**

O fenômeno da funcionalização do direito, como vimos, revela a passagem do Estado liberal para o Estado intervencionista, cuja função deixou de ser passiva e meramente garantidora dos direitos e liberdades individuais, para se tornar ativa e realizadora da justiça

---

<sup>4</sup> Ob. cit., p. 45.

<sup>5</sup> Idem.

e do progresso social, através da intervenção no domínio econômico. O direito, por sua vez, perdeu o caráter egoístico e individualista de outrora e passou a servir também como instrumento para a atuação estatal, assumindo também uma função ativa, consistente na realização de diretrizes de interesse público e social.

Referida mudança de concepção é identificada por Norberto Bobbio como a substituição do *direito repressivo* pelo *direito promocional*.<sup>6</sup> Sua proposta é assim sintetizada:

O fenômeno do direito promocional revela a passagem do estado que, quando intervém na esfera econômica, limita-se a proteger esta ou aquela atividade produtiva, ao estado que se propõe também a dirigir a atividade econômica de um país, em seu complexo, em direção a este ou aquele objetivo, a passagem do estado somente protecionista ao estado programador.<sup>7</sup>

O *direito promocional*, portanto, distingue-se daquela função repressiva do estado, fundada apenas na sanção negativa, na qual se objetiva a omissão ou a não-realização de uma conduta tida por contrária aos interesses da coletividade. No direito promocional revela-se, pelo contrário, uma *sanção ativa*, ou seja, o incentivo estatal para a prática de determinada conduta cuja realização *é de interesse da coletividade*.

Assim, quando a Constituição prevê a função social da propriedade, pretende com isso que o titular deste direito exerça-o de acordo com uma conduta esperada e desejada pela coletividade, a qual consiste tanto num não fazer, como num fazer algo desejado.

Com efeito, tanto pode o Estado incentivar o uso da propriedade em prol de uma política urbana de interesse público, concedendo autorizações para construir ou deferindo benefícios fiscais para a realização destas atividades (sanção positiva), como pode também repreender o mau uso da propriedade, punindo o seu titular através de instrumentos como o IPTU progressivo ou até mesmo a expropriação, mediante indenização paga em títulos da dívida pública, resgatáveis em 10 anos, a teor do art. 8º do Estatuto da Cidade (sanção repressiva).

---

<sup>6</sup> BOBBIO, Norberto. **Dalla struttura alla funzione**. Milão: Ed. di Comunità, 1977. p. 79/80.

<sup>7</sup> Ibid, p. 80.

No que se refere à personificação da pessoa jurídica, Marçal Justen identifica, com acerto, a existência, também, daquela sanção positiva referida por Bobbio, na medida em que há um interesse não só social, mas do próprio Estado, na realização da *atividade econômica* através da pessoa jurídica. A personificação, a seu ver, revela uma *"técnica de incentivo"*, pela qual o direito busca conduzir e influenciar a conduta dos integrantes da comunidade jurídica." Tal "incentivação" consiste na outorga de um regime distinto e mais benéfico do que aquele previsto para o exercício individual da atividade econômica, conforme adiante explicado.

Assim, prossegue o referido jurista, "a concentração da riqueza e a conjugação de esforços inter-humanos afigura-se um resultado desejável não em si mesmo, *mas como meio de atingir outros valores e ideais comunitários*"<sup>8</sup>, desde que, cumpre acrescentar, observados os princípios e valores reputados fundamentais pelo próprio Estado.

Nesse sentido, arremata Justen Filho afirmando que *o progresso cultural e econômico propiciado pela união e pela soma de esforços humanos interessa não apenas aos particulares mas ao próprio Estado. É que o fenômeno associativo produz resultados que nem o próprio Estado poderia atingir, por si só. O desenvolvimento da atividade econômica, especificamente, sob a forma associativa, permite a multiplicação da riqueza privada e pública, com repercussão sobre terceiros (empregados, comunidade etc.). A associação é meio de obtenção de benefícios não só para os seus integrantes como para a generalidade do grupo humano.*<sup>9</sup> (grifamos)

A personificação societária, portanto, corresponde àquela sanção positiva ou premial referida por Bobbio, no sentido de traduzir-se em um benefício assegurado pelo direito, no interesse do próprio Estado, a quem adotar a conduta de realizar atividade econômica pela forma associativa; benefício que favorece tanto os sócios como

---

<sup>8</sup> Ob. cit., p. 49.

<sup>9</sup> Idem.

a comunidade onde a atividade é exercida quando o próprio Estado que, sozinho, não alcançaria os mesmos resultados.<sup>10</sup>

Com efeito, o benefício obtido (incentivação) por aqueles que reúnem esforços sob a forma associativa para a prática de atividade econômica, deve corresponder a uma consequência jurídica prevista pelo ordenamento jurídico. Tal consequência consiste justamente na previsão de um regime jurídico que seja necessariamente mais favorável do que a exploração da atividade sob a forma individual, isolada. Do contrário, qual seria o interesse do particular em desenvolver a atividade econômica sob a forma associativa?

Nesse sentido, argumenta Marçal Justen que “a favorabilidade do regime reside, fundamentalmente, em *afastar as regras jurídicas que seriam aplicáveis caso o exercício da atividade fosse feito isoladamente.*”<sup>11</sup>

Sendo assim, o regime mais benéfico decorrente do exercício da atividade econômica sob a forma associativa deve importar, fundamentalmente, em:

a) não atribuição à pessoa dos sócios das condutas praticadas societariamente; b) não atribuição à pessoa dos sócios dos direitos e poderes envolvidos na atividade societária; c) não atribuição à pessoa dos sócios dos deveres envolvidos na atividade societária.<sup>12</sup>

Constata-se, dos referidos benefícios, que todos eles são, na realidade, desdobramentos do princípio da autonomia patrimonial, insculpido no antigo art. 20 do CC, segundo o qual “as pessoas jurídicas têm existência distinta da dos seus membros.” Referida norma, repetindo as palavras de Lamartine, traduz-se em “princípio cardeal que domina todo o campo das pessoas jurídicas.”<sup>13</sup>

Em última análise, a referida regra representa o principal benefício ou incentivo concedido pelo Estado àqueles que se propõem à realização da atividade econômica sob a forma associativa.

---

<sup>10</sup> *Ibidem.*

---

<sup>11</sup> *Ob. Cit.*, p. 50.

---

<sup>12</sup> *Idem*, p. 50.

---

<sup>13</sup> *Ob. Cit.*, p. 260.



Ocorre que, paralelamente a esta sanção positiva, persiste a sanção negativa do Estado, a qual deve incidir sempre que o exercício daquele direito premial, no caso, o desempenho de atividade econômica sob a forma associativa, resulte em violação a valores e princípios reputados fundamentais pelo próprio Estado. Isso porque tais princípios e valores, por serem fundamentais para o Estado, consistem em verdadeiras limitações ou parâmetros para o exercício de qualquer atividade econômica, independentemente se pela forma individual ou associativa. Desde que violados, deve incidir a sanção negativa.

Daí surge o caminho para se chegar à função social da pessoa jurídica.

### **3. 2. A Função Social da Pessoa Jurídica**

Conforme demonstrado, a realização da atividade econômica sob a forma associativa é de interesse do próprio Estado, considerando o desenvolvimento econômico e social que tal atividade proporciona ao País, mediante a criação de empregos, recolhimento de tributos e demais formas de produção de riqueza, contribuindo, assim, diretamente e indiretamente para o *desenvolvimento social* da Nação, o qual constitui um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, conforme consta logo do Preâmbulo da CF/88 e do seu art. 3º, incisos II, III e IV.

Parece-nos inequívoca a função social da pessoa jurídica, enquanto parte ativa integrante da ordem econômica, na qual irá produzir riquezas, gerar empregos e contribuir decisivamente para o desenvolvimento social e econômico do país, observados os parâmetros reputados essenciais pelo próprio constituinte, quando reuniu-se, conforme Preâmbulo da CF/88 para,

*instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos **direitos sociais e individuais**, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça **como valores supremos**.*

Como parte integrante que é da ordem econômica nacional, submete-se a pessoa jurídica aos ditames do art. 170 e seus incisos da Constituição Federal, no qual são previstos os Princípios Gerais da Atividade Econômica e fica estabelecido que a ordem econômica

é "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..." devendo ser observados os diversos princípios que o referido preceito constitucional enuncia em seus incisos I a IX, em especial o da livre concorrência, da defesa do consumidor, da defesa do meio ambiente, da busca do pleno emprego e da valorização do trabalho humano.

Todos esses princípios constitucionais devem ser respeitados por todos aqueles que explorem qualquer atividade econômica, representando, no que se refere às pessoas jurídicas, sejam de direito público ou privado, a função social que deve ser necessariamente observada no desempenho de suas atividades.

A função social da pessoa jurídica, nos casos das sociedades anônimas, não bastassem os dispositivos constitucionais citados, já era expressamente prevista pela Lei 6.404/76, em especial pelos artigos 116 e seu parágrafo único, 117, § 1º, letra a e 154.

Confira-se o que dispõe o parágrafo único do art.116:

*O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir a sua **função social**, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender.*

Verifica-se, portanto, uma dupla finalidade na atribuição de poder ao sócio controlador nas S/A's. No dizer de Comparato, "eles são de duas ordens: os *intra* e os *extra-empresariais*. Os primeiros correspondem à satisfação dos interesses de todos os participantes na companhia. Quanto aos interesses *extra-empresariais*, eles dizem respeito à comunidade local, regional ou nacional, em que se insere a empresa."<sup>14</sup>

Na hipótese de conflito entre os diferentes interesses, conclui Comparato, *devem prevalecer os interesses extra-empresariais*, abrangendo *a ordem econômica* (independência tecnológica ou economia cambial) e *a ordem social* (proteção do meio ambiente, dos

---

<sup>14</sup> COMPARATO, Konder. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 296.

interesses dos consumidores, ou do patrimônio cultural) da comunidade em que se insere a companhia. Significa dizer que, entre a função social da pessoa jurídica e os interesses particulares dos sócios e membros, deve prevalecer, segundo um juízo de proporcionalidade, a função social.

A função social das pessoas jurídicas, por outro lado, se faz presente até mesmo quando o próprio Estado explore atividade econômica, através de suas paraestatais, nos casos de interesse coletivo ou segurança nacional, tal como previsto no art. 173, § 1º, inciso I da CF, *in verbis*:

*Art. 173. (omissis)*

*§ 1º. A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:*

*I. Sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade;*

O Estado, portanto, visando estimular a reunião e a concentração de recursos e esforços em prol de um objetivo comum e com vistas a incentivar a atividade econômica valeu-se, como vimos, da personificação societária. A atribuição da personalidade jurídica, como demonstrado, "corresponde, assim, a uma sanção positiva ou premial, no sentido de um benefício assegurado pelo direito a quem adotar a conduta desejada."<sup>15</sup> Já vimos, também, que o benefício concedido, no caso, reside no efeito jurídico decorrente da personificação das sociedades, materializado pelo antigo art. 20 do CC de 1916, que encarna o princípio *societas distat singulis*, segundo o qual a pessoa jurídica tem existência distinta da dos seus membros e, por isso, não se confundem os direitos e obrigações de cada qual.

Ocorre que esta concepção promocional do Estado não desnatura nem obstaculiza a outra, qual seja, a sua *função repressiva*, e que se traduz na *sanção negativa*. Na verdade, tanto uma como a outra se complementam, pois o incentivo estatal pode, não

---

<sup>15</sup> Marçal Justen. Ob. cit., p. 50.

raro, ser utilizado de maneira indevida ou contrária ao direito (desvio de função), resultando daí a imposição de uma sanção negativa, ainda que, aparentemente, pareça contrária à função promocional desenvolvida, como nos casos de desconsideração da personalidade jurídica ou de relativização da pessoa jurídica.

Na verdade, a negação da personificação da pessoa jurídica e o atingimento dos bens pessoais do sócios, em certas circunstâncias, apenas aparentemente é contraditório, na medida em que, na realidade, objetiva mesmo é confirmar e garantir a própria função da pessoa jurídica, seja a sua função privatística ou a social, tal como prevista pelo ordenamento jurídico.

Isso porque quando o Estado nega a personificação ou desconsidera o princípio da autonomia patrimonial, concedido como benefício e incentivo à exploração da atividade econômica sob a forma associativa, ele o faz seja porque os beneficiados (sócios) aproveitaram-se indevidamente desta vantagem, para a satisfação de interesses próprios e em prejuízo da própria pessoa jurídica ou de terceiros (desvio de *função privatística*), ou então porque a própria pessoa jurídica - *e neste caso o sócio não precisa ter praticado qualquer conduta, seja fraudulenta ou abusiva* - atentou contra interesses ou valores reputados fundamentais para a coletividade e para o próprio Estado (violação da *função social*).

Nos casos em que o sócio atua aproveitando-se da personificação da pessoa jurídica, ou seja, daquela sanção positiva, para fins pessoais, seja através de atos fraudulentos ou abusivos, ocorre o desvio de função que chamamos de *privatístico*, eis que de interesse apenas do sócio, da sociedade ou de terceiros eventualmente prejudicados.

Com efeito, é a partir deste desvio de função (privatístico) que a teoria da desconsideração da personalidade jurídica se desenvolveu. De fato, toda a sua fundamentação teórica reside na chamada *crise de função* da pessoa jurídica, brilhantemente identificada e depurada por J. Lamartine Corrêa de Oliveira, em sua clássica obra **A Dupla Crise da Pessoa Jurídica** ed. Saraiva, à qual remetemos o leitor.

Por outro lado, para a justificação teórica da *relativização da pessoa jurídica* também se faz presente a violação da função da pessoa jurídica, porém não aquela função privatística, a qual envol-

ve interesses particulares, seja do sócio, da sociedade ou de terceiros prejudicados pela *ação do sócio*, mas sim a violação da *função social* da pessoa jurídica, mediante *atuação não do sócio*, mas da própria pessoa jurídica que, no desempenho regular de sua atividade, venha a pôr em risco ou atentar contra interesses ou princípios fundamentais para a coletividade e para o Estado.

Nestes casos, a pessoa jurídica e a sua personificação devem ser considerados como *direitos relativos*, concedidos pelo Estado (sanção positiva) para o desempenho de determinadas *funções sociais* que, se inobservadas ou violadas, permitem que o Estado atue (sanção repressiva), de forma a *defender e/ou reparar* o princípio ou a preservar o interesse público violado, ainda que, para tanto, tenha que negar o benefício da personificação da pessoa jurídica (sanção positiva).

Novamente, cumpre recordar o ensinamento de Marçal Justen, segundo o qual "*a pessoa jurídica é e só pode ser um instrumento para a obtenção de resultados proveitosos para toda a sociedade. A personificação societária afigura-se como funcionalmente envolvida na consecução de valores e não se encerra em si mesma.*"<sup>16</sup>

Em síntese, o desempenho de atividade econômica por parte da pessoa jurídica, apesar de traduzir interesse do Estado, não se sobrepõe a outros interesses e valores tutelados pelo próprio Estado, devendo haver, em caso de conflito, uma compatibilização de interesses, a qual deve tomar por parâmetro a própria vontade do Estado, mormente quando materializada em valores tutelados por preceitos legais e, principalmente constitucionais, ainda que em sacrifício do instituto da pessoa jurídica.

Assim, toda e qualquer pessoa jurídica, em sendo parte integrante da ordem econômica, deve respeito integral aos princípios gerais que regem a atividade econômica, a teor do art. 170 da CF/88. Significa dizer que a violação de qualquer destes princípios, dos quais se destaca, desde logo, o da *defesa do meio ambiente*, é motivo para fazer surgir a função repressiva do Estado, de forma a incidir as sanções negativas previstas em lei para a reparação ne-

---

<sup>16</sup> *Ob. Cit.*, p. 45.

cessária, ainda que contrárias àquela função promocional a que nos referimos inicialmente, no caso a personificação societária.

Este é o sentido que damos à expressão *relativização da pessoa jurídica*, a qual, como visto, não se confunde com a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, não obstante a identidade de resultado que existe entre ambas, qual seja, responsabilização patrimonial do sócio. Não obstante, em que pese a identidade de resultado, fato é que a operação para atingí-lo é no todo diversa, seja quanto aos *pressupostos*, seja quanto à *função*. Matematicamente, chega-se a um mesmo produto por *diversas operações*, cada qual com um fundamento teórico próprio. Pouco importa, por outro lado, que o dispositivo se refira à *desconsideração da pessoa jurídica*<sup>17</sup>, eis que chamar o cravo de rosa não lhe altera a natureza. O que buscamos é o conteúdo do dispositivo, o sentido por de trás do seu teor literal.

#### **4. A DEFESA DO MEIO AMBIENTE. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL. DIREITO DE TERCEIRA GERAÇÃO**

A preocupação com o meio ambiente, apesar de já esboçada por antigas legislações, como as Ordenações Filipinas, as quais previam, segundo informa Alexandre de Moraes, *"pena gravíssima ao agente que cortasse árvore ou fruto, sujeitando-o ao açoite e ao degredo para a África por quatro anos, se o dano fosse mínimo..."*<sup>18</sup>, somente com a Constituição de 1988 recebeu tratamento constitucional. Segundo Edis Milaré, trata-se de

*marco histórico de inegável valor, dado que as constituições que precederam a de 1988 jamais se preocuparam com a proteção do meio ambiente de forma específica e global. Nelas, sequer uma vez foi empregada a palavra 'meio ambiente', a revelar total despreocupação com o próprio espaço em que vivemos.*<sup>19</sup>

---

<sup>17</sup> Aliás, tecnicamente se desconsidera a personalidade jurídica e não a pessoa jurídica. A pessoa jurídica é o objeto que a doutrina da *disregard* quis tutelar, e para tanto, desenvolveu o método que desconsidera a personalidade jurídica e não a pessoa jurídica. Diferentemente, na relativização, referimo-nos à pessoa jurídica, eis que o próprio instituto pessoa jurídica é "desconsiderado".

<sup>18</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*, São Paulo: Atlas, p. 646.

<sup>19</sup> *Apud* Alexandre de Moraes, ob. cit, p. 646.

Felizmente, o constituinte de 1988 foi sensível a mais este anseio social, dedicando o capítulo VI, do Título VIII, inteiramente ao meio ambiente, além de arrolar sua defesa também entre os princípios gerais da atividade econômica, conforme seu art. 170, VI.

De fato, o meio ambiente constitui-se em direito constitucionalmente assegurado a todas as pessoas, presentes e futuras. Trata-se de um direito de interesse coletivo, eis que de um meio ambiente equilibrado depende a existência e sobrevivência de todas as espécies, inclusive a nossa.

Nesse sentido, previu o constituinte que

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

Trata-se, segundo a doutrina e jurisprudência, de verdadeiro exemplo de direito de terceira geração<sup>20</sup>, conforme já reconhecido pelo STF, em acórdão da lavra do eminente Min. Celso de Mello, proferido no MS 22.164-0-SP, no qual a matéria envolvendo direito ambiental é analisada com profundidade. Destacamos do referido julgado as seguintes passagens:

*Os preceitos inscritos no art. 225 da Carta Política traduzem a consagração constitucional, em nosso sistema de direito positivo, de uma das mais expressivas prerrogativas asseguradas às formações sociais contemporâneas.*

*Essa prerrogativa consiste no reconhecimento de que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. (fls. 1175/1176)*

---

<sup>20</sup> Segundo o Min. Celso de Mello, em voto proferido no MS 22.164-0 SP, "enquanto os *direitos de primeira geração* (direitos civis e políticos) - que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais - realçam o princípio da liberdade e *os direitos de segunda geração* (direitos econômicos, sociais e culturais) - que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas - acentuam o princípio da igualdade, os *direitos de terceira geração*, que materializam poderes de *titularidade coletiva* atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, *enquanto valores fundamentais indisponíveis*, pela nota de uma essencial *inexauribilidade*."

Citando a doutrina de Celso Lafer, assevera o julgado que: *Trata-se, consoante já proclamou o Supremo Tribunal Federal (RE 134.297-SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO), de um típico direito de terceira geração que assiste, de modo subjetivamente indeterminado, a todo o gênero humano, circunstância essa que justifica a especial obrigação – que incumbe ao Estado e à própria coletividade- de defendê-lo e de preservá-lo em benefício das presentes e das futuras gerações, evitando-se, desse modo, que irrompam, no seio da comunhão social, os graves conflitos intergeracionais marcados pelo desrespeito ao dever de solidariedade na proteção da integridade desse bem essencial de uso comum de todos quanto compõem o grupo social (Celso Lafer, "A reconstrução dos Direitos Humanos", p. 131/132, 1988, Companhia das Letras) (fls.1177)*

Sintetiza, por fim, o referido julgado, a importância dos instrumentos de proteção e de efetividade deste tão relevante direito, afirmando que:

***A defesa da integridade do meio ambiente, quando venha a constituir objeto de atividade predatória, pode justificar a reação estatal veiculadora de medidas- como a desapropriação-sanção- que atinjam o próprio direito de propriedade, pois o imóvel rural que não se ajuste, em seu processo de exploração econômica, aos fins elencados no art. 186 da Constituição claramente descumpra o princípio da função social inerente à propriedade, legitimando, desse modo, nos termos do art.184 c/c o art. 186, II da Carta Política, a edição de decreto presidencial consubstanciador de declaração expropriatória para fins de reforma agrária.***

Constata-se, do referido acórdão, que a defesa do meio ambiente, valor supremo para o Estado, impõe a atuação estatal (*sanção negativa*) como forma de fazer valer a sua preservação e defesa, ainda que, para tanto, tenha que sacrificar outros direitos e garantias, como a propriedade, o que se justifica, frente a um juízo de proporcionalidade, na medida em que tal direito não esteja atendendo à sua *função social*. Conforme consigna o citado acórdão, "a defesa da integridade do meio ambiente...pode justificar a *reação*



*estatal* veiculadora de medidas - como a desapropriação - *sanção* - que atinjam o próprio direito de propriedade..."

Com efeito, é este paralelo que deve ser feito no que tange à pessoa jurídica que descumpra a sua função social, em especial a defesa do meio ambiente, tal como prevista no art. 170, VI da CF/88. Aqui, também, deve o Estado fazer valer aquela sanção negativa referida por Bobbio, de forma a preservar, defender e reparar os danos causados ao meio ambiente, ainda que, para tanto, seja necessário o sacrifício de determinados direitos, como o de propriedade ou, no que nos interessa, o próprio instituto da pessoa jurídica. Ora, se a propriedade, que é constitucionalmente assegurada, pode ser sacrificada caso deixe de atender à sua função social, por que não se admitir, com muito mais razão, o sacrifício do instituto da pessoa jurídica quando ela, também, descumprir com as suas funções sociais?

Dentro desse contexto, segundo o Min. Celso de Mello, "emerge, com nitidez, a idéia de que o meio ambiente constitui *patrimônio público a ser necessariamente assegurado e protegido pelos organismos sociais* e pelas instituições estatais, qualificando-se como *encargo que se impõe* - sempre em benefício das presentes e das futuras gerações - *tanto ao Poder Público quanto à coletividade.*" (acórdão citado, fls.1178) (grifamos)

Devemos conciliar, portanto, as consequências que este direito de terceira geração acarreta, em especial a obrigação que impõe tanto ao Estado como à coletividade de defendê-lo e preservá-lo, com a noção de direito promocional (sanção positiva e negativa) aludida por Bobbio (cap. 3.1), e caracterizado, como visto, pela passagem do Estado liberal para o Estado intervencionista, cuja tônica incide não mais nos direitos individuais, mas no bem-estar social e no papel que o direito objetivo e subjetivo deve desempenhar (função) para o efetivo desenvolvimento econômico e social.

Ao Estado, agora, cumpre zelar pela observância dos valores e princípios tutelados pela CF, intervindo sempre que necessário, e através dos instrumentos legais existentes, para reprimir (sanção negativa) a violação desses interesses e valores meta-individuais.

Quanto ao meio ambiente, a intervenção estatal é expressamente prevista na CF/88:

*"Art. 225. (omissis)*

**§ 1. Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:**

*VIII- Proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.*

**§ 3. As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados."**

Com efeito, da mesma forma que se admite a intervenção estatal na esfera dominial privada, através da desapropriação, como vimos, como sanção àquela propriedade que não atende à sua função social consistente no adequado aproveitamento do meio ambiente, deve-se admitir, também, que o Estado intervenha, no campo da atividade econômica empresarial, prevendo instrumentos garantidores da efetiva reparação aos danos causados ao meio ambiente.

Foi o que fez a Lei 9.605/98, ao prever a responsabilização patrimonial do sócio por danos causados pela pessoa jurídica ao meio ambiente, independentemente da prática de condutas subjetivas (fraude/abuso), mas com fundamento exclusivo na preponderância do princípio maior da defesa do meio ambiente, ou seja, relativizando a pessoa jurídica.

É à luz destes valores constitucionais que se deve fazer a leitura e a busca do sentido da norma inscrita no art. 4º da Lei 9.605/98, a fim de que, ao invés de negar-lhe aplicabilidade, como muitos pretendem, com afincos em princípios dogmáticos do passado, possamos conferir-lhe plena eficácia.

## **5. O SENTIDO DA "DESCONSIDERAÇÃO" PREVISTA NA LEI 9.605/98 (SIMETRIA COM O § 5º DO ART. 28 DO CDC)**

O legislador infraconstitucional, objetivando atender ao princípio da defesa do meio ambiente, elaborou a Lei 9.605/98, que *"dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente"*, complementando o disposto no art. 225, § 3º da CF, que dispõe: *"As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores,*

*peças físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados."*

A citada Lei 9.605 prevê, por sua vez, importante regra de defesa do meio ambiente, que permite que o patrimônio do sócio responda por dívidas da sociedade, decorrentes de danos causados ao meio ambiente, conforme seu art. 4º, *verbis*:

*Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade jurídica for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente.*

De plano, é importante identificar a perfeita *simetria* que existe entre o § 5º, do art. 28 do CDC e o artigo 4º citado, a qual não reputamos mera coincidência. Trata-se, na verdade, de simetria que é fruto de todo um novo sistema previsto para a ordem econômica, por força de mandamento constitucional, à luz do qual devem ser interpretados ambos os dispositivos.

Desta perfeita simetria entre os mencionados artigos resulta que, mais uma vez, buscou-se na responsabilidade patrimonial do sócio importante instrumento de preservação e defesa do meio ambiente, o qual, assim como o consumidor, caracteriza direito de terceira geração e integra os vários princípios gerais regentes da atividade econômica, a teor do art. 170, VI da CF, já citado. Ou seja, a mesma simetria de tratamento constitucional deferida ao consumidor e ao meio ambiente, foi seguida, também, pelo legislador infraconstitucional.

O primeiro ponto a ser destacado no estudo do referido preceito, é que este (assim como o § 5º do art. 28 do CDC) não deve ser lido à luz da doutrina da desconsideração da personalidade jurídica, porque com ela não se confunde.

Com efeito, a leitura deste artigo, à luz da referida teoria, é o que leva a doutrina a negar eficácia à norma, tendo por fundamento o seu desvio ou rompimento com a teoria clássica da desconsideração.

Tal reação doutrinária é bem sintetizada pelo eminente Fábio Ulhoa, cujos fundamentos críticos, apesar de dirigidos ao § 5º do art. 28 do CDC, estendem-se ao dispositivo em exame, de idêntica redação:

*No tocante ao § 5º do art. 28 do CDC, note-se que uma primeira e rápida leitura pode sugerir que a **simples existência de***

**prejuízo patrimonial suportado pelo consumidor seria suficiente para autorizar a desconsideração da personalidade jurídica. Essa interpretação meramente literal, no entanto, não pode prevalecer por três razões. Em primeiro lugar, porque *contraria os fundamentos teóricos da desconsideração*. Como mencionado, a *disregard doctrine* representa um aperfeiçoamento do instituto da pessoa jurídica, e não a sua negação. Assim, *ela só pode ter a sua autonomia patrimonial desprezada para a coibição de fraudes ou abuso de direito*. A simples insatisfação do credor não autoriza, por si só, a desconsideração... Em terceiro lugar, porque *essa interpretação equivaleria à eliminação do instituto da pessoa jurídica no campo do direito do consumidor*, e, se tivesse sido esta a intenção da lei, a norma para operacionalizá-la poderia ser direta, sem apelo à teoria da desconsideração.<sup>21</sup>**

Ocorre que a crítica referida somente teria procedência caso a situação retratada no dispositivo em exame fosse realmente de aplicação da *doutrina da desconsideração da personalidade jurídica*, fato que, a nosso ver, não corresponde à realidade. Aliás, toda a crítica que incide sobre o aludido dispositivo e o seu similar (§ 5º do Art. 28 do CDC) decorre de um premissa maior equivocada, qual seja, a de que a hipótese versa sobre a teoria da desconsideração. Tal assertiva, entretanto, não procede. Pior, é exemplo da interpretação retrospectiva que é causa maior do engessamento dos operadores do direito.

Na verdade, a função pretendida pelo referido preceito em nada se confunde com a função da *teoria da desconsideração*, cujo objetivo sempre foi- e disso não discordamos- a *tutela da própria pessoa jurídica*, evitando o seu uso abusivo ou fraudulento por parte do sócio.

Sua *função clássica* era, assim, preservar o próprio instituto da pessoa jurídica contra o *desvio no seu uso*. *Desconsiderava-se a personalidade jurídica em "consideração" à própria pessoa jurídica*. É o que se depreende dos ensinamentos de Rolf Serick, professor da

---

<sup>21</sup> ULHOA COELHO, Fábio. *Curso de Direito Comercial*, ed. Saraiva, p. 51/52.

Universidade de Heidelberg, cuja obra **Aparencia Y Realidad En Las Sociedades Mercantiles**, foi a primeira a conferir um estudo sistematizado ao tema em exame. Doutrina Serick que:

*se se abusa de uma sociedade para fins alheios à sua razão de ser, a disregard doctrine evita que o direito tenha que sancionar tão temerária empresa. Com isto, no fundo não se nega a existência da pessoa, senão que se a preserve na forma com que o ordenamento jurídico a tem concebido.*<sup>22</sup>

Com efeito, a leitura do referido dispositivo, à luz da teoria da *desconsideração da personalidade jurídica*, de fato, revela-se contrária à própria função da doutrina, já que admite a responsabilidade patrimonial do sócio, independentemente da prática de qualquer conduta abusiva ou fraudulenta, principais pressupostos para incidência da teoria da desconsideração.

Ocorre que a leitura deste preceito legal não pode e não deve ser feita à luz da *disregard doctrine*, concebida há mais de um século, no célebre caso *Salomon versus Salomon*. A realidade *daquela época* justificou a concepção da doutrina, com vistas a resolver um problema *daquela época*. Hoje, apesar de o problema originário ainda persistir, eis que é freqüente, ainda, o desvio no uso da pessoa jurídica através da fraude e do abuso de direito por parte do sócio, outros fatores sociais existem e passaram a ganhar relevância com o novo texto constitucional, razão pela qual não podem ser ignorados pelo exegeta na interpretação da lei.

Com efeito, não se pode negar que a norma em exame pretendeu tutelar o meio ambiente, atendendo ao mandamento constitucional que determina a submissão de toda atividade econômica à observância do *princípio da defesa do meio ambiente*, de forma a garantir o ressarcimento dos danos a ele causados, ainda que, para tanto, haja o sacrifício da pessoa jurídica e de sua personificação.

Exige-se do exegeta, portanto, uma superação dos antigos conceitos e princípios, os quais devem ceder espaço a uma nova realidade jurídica, nascida com a Constituição e na qual devem ser buscados os verdadeiros *sentidos* para os textos legais, antigos e no-

---

<sup>22</sup> SERICK, Rolf. **Aparencia y realidad en las sociedades mercantiles**. Barcelona: Ed. Ariel, 1958. p. 242.

vos, mormente quanto aos novos, que foram concebidos em obediência a um novo (!) mandamento constitucional.

A interpretação de tais textos não deve retroagir, mas avançar, procurando emprestar à nova lei um sentido inovador e *não meramente reprodutor de antigos textos e princípios* (agora superados!). Nesse sentido, confira-se a doutrina de Lenio Luiz Streck, que citando Luis Roberto Barroso, pondera que uma das patologias crônicas da hermenêutica constitucional no Brasil é a *"interpretação retrospectiva, pela qual se procura interpretar o texto novo de maneira a que ele não inove nada, mas, ao revés, fique tão parecido quanto possível com o antigo"*<sup>23</sup>. (grifamos) Por isso, como disse Karl Engisch, *"interpretatio ex nunc e não interpretatio ex tunc."*<sup>24</sup>

Por outro lado, é preciso afastar o fenômeno identificado por Canotilho como "interpretação da constituição conforme a lei."<sup>25</sup> Isso porque vem se revelando freqüentes, segundo o referido autor, os casos de balizamento da constituição pela lei, o que caracteriza vedadeira inversão, já que é a lei que deve ser interpretada conforme a constituição.

Sob tal prisma é que buscamos encontrar o verdadeiro *sentido* da "desconsideração" inscrita no art. 4º da Lei 9.605/98, fazendo uma leitura não preconcebida, mas pautada em uma nova realidade pretendida pela Constituição Federal, realidade esta que, outrora, foi solenemente ignorada.

De fato, a realidade atual possui novas preocupações, antes irrelevantes para o direito. Assim, enquanto durante a Revolução Industrial, quando surge a noção moderna de empresa, a ordem econômica voltava-se exclusivamente para o desenvolvimento da própria indústria, estimulando a produção em massa, o lucro e o crescimento da economia, resultando num capitalismo selvagem, em detrimento dos empregados, dos consumidores, do bem-estar

---

<sup>23</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) Crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 110.

<sup>24</sup> ENGISCH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 142.

<sup>25</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Livraria Almedina, 1999. p. 1158.

social e do meio ambiente, a ordem econômica moderna prevista no *novo modelo constitucional rompeu*, por completo, com tal sistema, passando a valorar princípios antes ignorados e que, agora, não podem e não devem ser esquecidos pelo hermenêuta. O princípio da defesa do meio ambiente é um desses princípios.

## **6. O MEIO AMBIENTE E A RELATIVIZAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA**

Constata-se que o referido preceito, ao dispor que *"poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade jurídica for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente"*, representa a *relativização da pessoa jurídica nos casos de dano ao meio ambiente*, tendo por fundamento a preponderância que o princípio constitucional da defesa do meio ambiente deve ter sobre qualquer outro, inclusive o da autonomia patrimonial, que possui sede infraconstitucional.

Na relativização da pessoa jurídica, diferentemente do sentido inspirador da teoria da desconsideração, não se pretende tutelar a pessoa jurídica contra desvios no seu uso. Objetiva-se sim, garantir a preponderância de princípios e valores reputados fundamentais pelo Estado e elevados ao patamar constitucional de "princípios gerais da atividade econômica", como o meio ambiente.

O preceito em tela, portanto, confirma o que dissemos sobre a relativização da pessoa jurídica, ou seja, nos casos de danos ao meio ambiente, a pessoa jurídica não pode obstaculizar a sua efetiva reparação, devendo ser encarada como instituto de direito relativo, de forma a garantir que os danos sejam efetivamente indenizados, atingindo-se, se necessário, o patrimônio pessoal do sócio.

Mas quais os pressupostos para incidência desta responsabilidade patrimonial? Quando será possível imputar responsabilidade ao sócio?

## **7. PRESSUPOSTOS PARA A RELATIVIZAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA**

O preceito em exame prevê que o juiz poderá desconsiderar a pessoa jurídica "sempre que a sua personalidade jurídica for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados" ao meio ambiente. Mas quando é que a personalidade jurídica "é obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados"?

A nosso ver, a personalidade jurídica somente será obstáculo ao ressarcimento dos danos causados quando a pessoa jurídica não possuir condições econômicas de reparar o dano causado, seja por falta, insuficiência ou inadequação do seu patrimônio.

De fato, *a falta, a insuficiência ou a inadequação de patrimônio*<sup>26</sup> da pessoa jurídica é, em abstrato, o único obstáculo ao ressarcimento dos prejuízos causados ao consumidor, em razão da sua personalidade jurídica. Em outras palavras, a personalidade da pessoa jurídica somente é, "de alguma forma", obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados ao consumidor quando ela, pessoa jurídica, possui patrimônio insuficiente ou inadequado para o efetivo ressarcimento.

Nestes casos, a regra decorrente do princípio *societas distat singulis*, encarnada no art. 20 do antigo Código Civil, em se tratando de sociedade na qual a responsabilidade do sócio é limitada, impede que os bens dos sócios respondam pelas dívidas da sociedade, em evidente prejuízo ao meio ambiente, naquelas hipóteses em que a sociedade não possui condições econômicas para reparar o dano.

O art. 4º da Lei 9.605/98, entretanto, visando a efetiva proteção do meio ambiente, criou exceção a essa regra, possibilitando que, não obstante ser pessoa jurídica a causadora direta dos danos, *os bens dos sócios*, independentemente do modelo societário eleito, respondam pelos prejuízos causados, *sempre que o patrimônio da*

---

<sup>26</sup> A ausência de capital é fundamento que, no direito norte-americano, é freqüentemente utilizado para a desconsideração da personalidade jurídica, conforme informa Regis Fichtner, ob. cit., p. 68, *verbis*:

*"Os precedentes a esse respeito (ausência de capital) se encaminham no sentido de que toda empresa deve ter capital adequado para os fins a que se destina. Se se verifica que determinada empresa não foi convenientemente capitalizada, ou se foi abruptamente descapitalizada durante a sua existência, tal fator irá ser decisivo para autorizar a agressão ao patrimônio dos sócios em função de dívidas da empresa." Informa-nos ainda o citado jurista, que a aplicação da referida doutrina nos EUA é dividida. Uma corrente minoritária entende que o fator ausência de capital é suficiente para justificar a sua aplicação, mesmo na ausência dos demais pressupostos subjetivos (fraude ou abuso), sempre que se tratar de credor involuntário, ou seja, relação extracontratual.*

Outra corrente, dita majoritária, entende que a desconsideração com fundamento na ausência de capital deve ser conjugada com uma conduta fraudulenta ou "wrongdoing", conferindo maior relevo, portanto, ao pressuposto subjetivo. Segundo nosso enfoque, porém, o elemento objetivo, na hipótese do § 5º em exame, revela-se suficiente para o atingimento dos bens pessoais dos sócios, sendo dispensável a conjugação deste fato com os elementos subjetivos previstos no caput do art. 28.



*pessoa jurídica não for suficiente ou adequado à efetiva reparação*, porque somente nesses casos é que a personalidade da sociedade é “obstáculo ao ressarcimento” dos danos, na expressão prevista pelo dispositivo em exame.

Neste caso, é a própria pessoa jurídica que, tendo violado a sua função social relativa à defesa do consumidor, está sendo “desconsiderada” (relativizada), no sentido de se ignorar o fato de ser ela a real devedora ou obrigada à reparação dos danos (*schuld*), para se permitir a responsabilização patrimonial do sócio (*haftung*). Significa dizer que *não é a personalidade jurídica que é desconsiderada*, em razão de pressupostos subjetivos e com vistas a se evitar um desvio de uso praticado pelo sócio. Pela incidência do dispositivo em estudo, *sacrifica-se, na verdade, o próprio instituto da pessoa jurídica*, encarando-o de forma relativa, em prol da reparação dos danos causados ao meio ambiente, de modo a viabilizar o princípio da defesa do meio ambiente, no qual se funda a ordem econômica (art.170 da CF).

Assim, enquanto na doutrina da desconsideração *a personalidade jurídica é levantada* para se atingir o patrimônio pessoal do sócio, como forma de preservar a função da pessoa jurídica e tutelar interesses pessoais de terceiros prejudicados, pelo preceito em exame desconsidera-se a própria pessoa jurídica e a sua personificação, como garantia à reparação dos danos causados ao meio ambiente, cuja defesa é de interesse do Estado e função social da pessoa jurídica.

Por fim, verifica-se que a citada lei somente reproduziu o § 5º do art. 28 do CDC, ignorando o seu caput, o qual acolheu a teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Por que? A resposta serve para confirmar a assertiva de que não se pretendeu, no caso, acolher a doutrina da desconsideração da personalidade jurídica. Na verdade, a regra do referido artigo 4º pretende apenas garantir que eventuais danos causados ao meio ambiente não fiquem sem reparação, na hipótese de a pessoa jurídica que o causou não possuir patrimônio adequado à reparação. Com efeito, a citada regra basta, por si só, para atender ao princípio da defesa do meio ambiente, sendo desnecessário recorrer à doutrina da desconsideração da personalidade jurídica, prevista no *caput* do art. 28 do CDC.

Finalmente, resta o estudo do enquadramento da responsabilidade civil por danos causados ao meio ambiente.

## **8. O ENQUADRAMENTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS AO MEIO AMBIENTE. RESPONSABILIDADE OBJETIVA FUNDADA NO RISCO INTEGRAL *VERSUS* OBJETIVA FUNDADA NO RISCO DA ATIVIDADE**

O tema envolve saber qual a natureza da responsabilidade civil nos casos de danos ao meio ambiente. Indaga-se: Trata-se de responsabilidade objetiva fundada no risco integral, segundo a qual a obrigação de indenizar incide ainda que presente alguma causa de exclusão denexo causal, ou de responsabilidade objetiva fundada no risco da atividade, com incidência das causas de exclusão denexo causal?

Sustenta respeitável doutrina, bem acompanhada, é verdade, pelo Des. Sergio Cavalieri Filho, que a responsabilidade causada por danos ao meio ambiente repousa na *teoria do risco integral*. Argumenta o citado magistrado que, "*extrai-se do Texto Constitucional e do sentido teleológico da Lei de Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6.938/81) que essa responsabilidade é fundada no risco integral, conforme sustentado por Néelson Nery Júnior (Justitia, 126/74).*"<sup>27</sup>

O fundamento do aludido entendimento reside no fato de que "*se fosse possível invocar o caso fortuito ou a força maior como causas excludentes de responsabilidade civil por dano ecológico, ficaria fora da incidência da Lei a maior parte dos casos de poluição ambiental.*"<sup>28</sup>

No mesmo sentido é a doutrina de Sílvio de Salvo Venosa<sup>29</sup>, *in verbis*:

*Basta, portanto, que o autor demonstre o dano e onexo causal descrito pela conduta e atividade do agente. Desse modo, não discutimos se a atividade do poluidor é lícita ou não, se o ato é legal ou ilegal: no campo ambiental, o que interessa reparar é o dano. Verificamos, portanto, que, em matéria de*

---

<sup>27</sup> Cavalieri Filho, Sergio, ob. cit, p. 152.

<sup>28</sup> ib. idem, p.152.

<sup>29</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2003. p. 151.

*dano ambiental, foi adotada a teoria da responsabilidade objetiva sob a modalidade do risco integral. Desse modo, até mesmo a ocorrência de caso fortuito e força maior são irrelevantes. A responsabilidade é lastreada tão-só no fato de existir atividade da qual adveio o prejuízo.*

Idêntica é a opinião de Edis Milaré,<sup>30</sup> que doutrina que *verificado o acidente ecológico, seja por falha humana ou técnica, seja por obra do acaso ou por força da natureza, deve o empreendedor responder pelos danos causados, podendo, quando possível, voltar-se contra o verdadeiro causador, pelo direito de regresso, quando se tratar de fato de terceiro.*

A repercussão desta tese na aplicação do dispositivo em exame é de extrema relevância, eis que finda carreando para o sócio, também, uma responsabilidade civil integral, ainda que subsidiária, na medida em que, inexistindo patrimônio da pessoa jurídica, aquele responderia, a teor do citado artigo 4º, com seus bens pessoais, ainda que incidente alguma causa de exclusão denexo causal.

Pensamos, entretanto, em que pese a autoridade dos defensores do referido entendimento, diferentemente. É que a responsabilidade objetiva, *fundada no risco integral*, não se aplica de forma absoluta, *a todo e qualquer dano ambiental*. Há que se conferir tratamento diferenciado a situações diferenciadas, sob pena de cometermos injustiças.

A nosso ver, é indispensável para o correto enquadramento da questão a prévia caracterização da *natureza da atividade ou conduta* desenvolvida pela pessoa jurídica. Com efeito, importa saber se aquela conduta ou atividade é do tipo que oferece, por si só, *risco ao meio ambiente* ou, por outro lado, se é uma atividade ou conduta cuja natureza, em tese, não é nociva ao meio ambiente.

E por que a distinção? Porque, a nosso ver, o legislador constituinte quis conferir tratamento diferenciado para quem pratica conduta ou explora atividade de natureza nociva ao meio ambiente daquele dado a quem simplesmente pratica conduta ou explora atividade econômica que não oferece, em tese, qualquer risco ao meio ambiente. A distinção parece razoável e se justifica.

---

<sup>30</sup> MILARÉ, Edis. **Direito do Meio Ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 340.

E qual seria o fundamento legal para tal distinção? O fundamento decorre do próprio texto constitucional que quando trata da responsabilidade civil por danos causados ao meio ambiente em seu § 3º do art. 225, alude expressamente às *condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente*.

Vale a reprodução, na íntegra, do dispositivo: "*as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente* sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados."

Isso significa que *somente as pessoas jurídicas* que pratiquem conduta ou exerçam atividades *consideradas ou reputadas lesivas ao meio ambiente* submetem-se à reparação do dano a ele causado, com fundamento no *risco integral*. É o caso das indústrias petroquímicas, dos transportadores de cargas nocivas ao meio ambiente, da exploração de petróleo, de agrotóxicos ou do fabrico de papel, que recentemente causou um dos maiores desastres ecológicos do País, pela Indústria de Papel Cataguases, em Minas Gerais, atingindo diversas cidades no Rio de Janeiro.

Diferentemente, portanto, é a situação (e deve ser o tratamento) da pessoa jurídica cuja atividade fim *não seja considerada lesiva, por natureza, ao meio ambiente*. Esta, apesar de não se enquadrar na regra constitucional, direcionada apenas àqueles que exercem condutas ou atividades *consideradas lesivas ao meio ambiente*, responde também pelos danos ambientais que venha a causar, porém não com fundamento no risco integral, mas na *responsabilidade objetiva*<sup>31</sup> prevista no artigo 14, parágrafo 1º da Lei 6.938/81, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, *in verbis*:

*Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade.*

Percebe-se, neste caso, nítida diferença de tratamento na medida em que, não sendo a conduta ou atividade considerada nociva

---

<sup>31</sup> Existe também respeitável doutrina que vê, nos casos de danos ao meio ambiente, a incidência da teoria objetiva. É o caso de José de Aguiar Dias, que cita, no mesmo sentido, Sergio Ferraz. *In Da responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Forense, 1995. v. 2, p. 486/487.*

ao meio ambiente (portanto, não enquadrada no § 3º do art. 225 da CF), os danos causados devem decorrer da atividade (nexo causal) da pessoa jurídica (enquadramento do art. 14, § 1º da Lei 6.938/81), o que significa dizer que, presente alguma *causa de exclusão de nexo causal*, afasta-se a responsabilidade de indenizar.

A diferença na presente proposta de enquadramento reside no fato de que, enquanto aquele que exerce conduta ou atividade-fim considerada nociva ao meio ambiente sofre tratamento mais rigoroso e responde, nos termos do dispositivo constitucional citado, pelos danos causados ao meio ambiente, mesmo que presentes causas de exclusão de nexo causal (*risco integral*), aquele que explora atividade ou realiza conduta cuja natureza não oferece risco ao meio ambiente recebe tratamento não tão rigoroso, respondendo somente quando *demonstrado um nexos de causalidade* entre a sua conduta ou atividade e o dano, independentemente de culpa (*responsabilidade objetiva*), ou seja, afasta-se a obrigação de indenizar quando comprovado o fato de terceiro, a força maior ou o caso fortuito.

Vale ressaltar que quando o dispositivo constitucional alude à *conduta* está se referindo a atos isolados, que não são usualmente praticados pela pessoa, seja ela física ou jurídica, diferentemente da *atividade*, que tem caráter de habitualidade e frequência, como a profissão de uma pessoa física ou a atividade propriamente dita da pessoa jurídica. Assim, exemplo de *conduta considerada lesiva*, ou seja, reputada potencialmente lesiva ao meio ambiente, seria a de quem aceita transportar, a pedido de um amigo, determinado material radioativo e, durante o transporte, tem seu veículo abalroado por terceiro que, inadvertidamente avança o sinal. Neste caso, em se tratando de *conduta considerada lesiva* ao meio ambiente, qual seja, transporte de material radioativo, aquele que aceitou o transporte deve responder pela reparação dos danos causados, independentemente da causa determinante ter sido o fato de terceiro. A responsabilidade é fundada no risco integral, devendo o dano ser reparado e posteriormente cobrado regressivamente do causador.

Repare-se que a interpretação ora proposta, de se distinguir a natureza da atividade desenvolvida, se nociva ou não ao meio ambiente, não coloca em risco a efetiva reparação por danos ambientais eventualmente causados. Isso porque, nos casos em que a natureza

da atividade desenvolvida ofereça risco ao meio ambiente, sendo maior a probabilidade de dano, a reparação deve ter fundamento no risco integral, o qual garante, seja qual for a causa do dano, a sua efetiva reparação. Por outro lado, não se cogitando de atividade que ofereça, por sua natureza, risco ao meio ambiente, é razoável admitir que a probabilidade de danos seja menor, razão pela qual a responsabilidade fundada na teoria objetiva afigura-se suficiente para garantia da reparação do dano eventualmente causado. Com isso, confere-se a situações distintas tratamento diferenciado.

A conseqüência deste enquadramento diferenciado na aplicação da relativização prevista no art. 4º, como dito, é grande. Isso porque, nos casos em que a natureza da atividade da pessoa jurídica oferecer risco ao meio ambiente, em ocorrendo o dano, a responsabilidade será fundada no risco integral, razão pela qual, *na falta de patrimônio suficiente da pessoa jurídica causadora destes danos*, atinge-se o patrimônio pessoal dos sócios, por força do artigo 4º da Lei 9.605/98. Os sócios, portanto, indiretamente acabam por responder também, com *fundamento no risco integral*, já que respondem por dívida alheia, da pessoa jurídica, e não podem argüir, em sua defesa, qualquer causa de exclusão de nexos causal podendo, quando muito, regredir contra o causador direto do dano.

Por outro lado, quando a natureza da atividade da pessoa jurídica não seja considerada lesiva ao meio ambiente, em ocorrendo o dano sua responsabilização terá por fundamento a responsabilidade objetiva, exigindo-se a prova do dano e do nexos causal, a teor do art. 14, § 1º da Lei 6.938/81. Assim, não possuindo a pessoa jurídica patrimônio suficiente para reparar os danos causados, e caso o sócio venha a ser demandado a responder com seu patrimônio pessoal, nos termos do art. 4º da Lei 9.605/98, poderá invocar em sua defesa eventual causa de exclusão do nexos causal (fato de terceiro), como forma de afastar a obrigação de indenizar da sociedade e, conseqüentemente, a sua responsabilidade patrimonial.

## **9. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

### **9. 1. Confronto entre a Relativização da Pessoa Jurídica e a Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica**

Buscamos demonstrar com o presente trabalho que os casos contemplados no § 5º do art. 28 do CDC e no art. 4º da Lei 9.605/98,

na verdade, representam uma *relativização da pessoa jurídica*, nos casos de danos ao consumidor ou ao meio ambiente, não se confundindo com a desconsideração da personalidade jurídica, em seu sentido clássico.

A doutrina da desconsideração da personalidade jurídica, como demonstramos, teve por inspiração a tutela do próprio instituto da pessoa jurídica, tendo por fundamento os casos em que o sócio, por abuso de direito ou fraude, aproveitava-se da personalidade jurídica, em benefício próprio e em prejuízo de terceiros, do contrato ou da lei. Havia, nestes casos, verdadeiro desvio de função da pessoa jurídica, cabendo à teoria da desconsideração o objetivo de reparar tal desvirtuamento, protegendo e preservando o instituto da pessoa jurídica tal como concebido pelo ordenamento jurídico.

Na lição precisa de J. Lamartine Corrêa de Oliveira<sup>32</sup>, a doutrina da desconsideração da personalidade jurídica surge como uma reação ao próprio *desvio de função* da pessoa jurídica, a qual, segundo sustenta, encontra-se em "dupla crise"; a crise da função e a crise do sistema. A crise da função é uma consequência do desvio da própria função da pessoa jurídica, a qual, em vista da evolução social e econômica do país, passa a ser utilizada de forma desvirtuada da prevista pelo ordenamento jurídico. Assim, segundo Antunes Varela, invocado por J. Lamartine, "*visa a desconsideração corrigir a contradição entre a aparência e a realidade na constituição e no funcionamento da pessoa jurídica.*"

A teoria objetiva da desconsideração, por sua vez, também mantém o sentido clássico da doutrina, protetor da pessoa jurídica e inspirador da desconsideração. Diferencia-se, entretanto, da concepção subjetiva apenas no que tange ao seu pressuposto, que ao invés do abuso de direito ou da fraude (condutas subjetivas), reside na confusão patrimonial e na consequente presunção ou potencialidade de desvio de função que decorre desta confusão patrimonial.

O conceituado jurista Fábio Konder Comparato, defensor da doutrina objetiva da desconsideração, sustenta que:

---

<sup>32</sup> OLIVEIRA, J. LAMARTINE Corrêa de. *A dupla crise da pessoa jurídica*. Ed. Saraiva, p. 607.

***a desconsideração da personalidade jurídica é operada como consequência de um desvio de função, ou disfunção, resultante sem dúvida, as mais das vezes, de abuso ou fraude, mas que nem sempre constitui um ato ilícito.***<sup>33</sup>

Na verdade, afirma o jurista que "à desconsideração da personalidade jurídica é sempre feita em função do poder de controle societário. É este o elemento fundamental que acaba predominando sobre a consideração da pessoa jurídica, como ente distinto dos seus componentes."<sup>34</sup> Logrou Comparato inserir a confusão patrimonial como pressuposto para a desconsideração da personalidade jurídica no Novo Código Civil<sup>35</sup>, cujo projeto originário apenas contemplava os casos de abuso de direito e fraude como critérios desconsiderantes.

Com efeito, seja pela teoria subjetiva, seja pela teoria objetiva, a preservação da pessoa jurídica é sempre o objeto principal da desconsideração da personalidade jurídica. A aplicação da doutrina, portanto, somente tem cabimento quando se busca evitar um desvio de função no uso da pessoa jurídica, jamais como simples instrumento de garantia ao ressarcimento de danos eventualmente causados pela pessoa jurídica.

Nesse sentido, sintetiza Fábio Ulhoa:

***a desconsideração deve ter necessariamente natureza excepcional, episódica, e não pode servir ao questionamento da subjetividade própria da sociedade. Esse é o sentido da ressalva de Serick ao seu primeiro princípio e do segundo, em que insiste no descabimento da desconsideração quando não***

---

<sup>33</sup> Ob. Cit., p. 286.

<sup>34</sup> Ib. idem, p. 284. Justifica Comparato que, «na Alemanha Federal, a confusão de patrimônios entre sociedades do mesmo grupo econômico é considerada manifestação de princípio proibitivo do venire contra factum proprium: quem desrespeita, na prática, a separação patrimonial consequente à personalização das sociedades não pode, ao depois, invocar essa mesma separação para pôr seus bens pessoais ao abrigo das execuções de credores sociais»

<sup>35</sup> Dispõe o preceito legal citado: "Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica."



***caracterizada especificamente a fraude na manipulação da forma da pessoa jurídica. Quer dizer, não se justifica o afastamento da autonomia da pessoa jurídica apenas porque um seu credor não pôde satisfazer o crédito que titulariza. É indispensável tenha havido indevida utilização, a deturpação do instituto.***<sup>36</sup>

A compreensão adequada do sentido inspirador da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, como dissemos, faz compreender que a sua aplicação deve ser dirigida, realmente, apenas àquelas situações que caracterizam um desvio de função através do uso da personalidade jurídica, seja em razão de condutas pessoais do sócio, seja pela confusão patrimonial. Fora daí, não há espaço para incidência da teoria da desconsideração.

Por isso, a nosso ver, nos casos em exame, tecnicamente, *não há desconsideração da personalidade jurídica*, porque não há qualquer desvio no uso da pessoa jurídica decorrente de ato praticado pelo sócio, apenas há responsabilidade patrimonial por dívida alheia, *tendo por pressuposto a falta, inadequação ou insuficiência patrimonial da pessoa jurídica*. Há, nestes casos, *uma relativização da pessoa jurídica*, fundada na violação da sua *função social*, de forma a garantir a reparação dos danos causados ao consumidor ou ao meio ambiente, *independentemente* do fato de a pessoa jurídica ser a única causadora dos danos. Nestes casos, nos termos dos preceitos citados, “desconsidera-se” a existência da pessoa jurídica, atingindo-se os bens pessoais do sócio, tudo em conformidade com os novos valores e princípios que hoje passaram a ganhar relevo pelo Texto Constitucional.

Isso porque a defesa do consumidor e do meio ambiente passaram, por força constitucional, à categoria de princípios gerais da atividade econômica, de forma que os danos a eles causados devem ser efetivamente reparados, independentemente de outros valores ou dogmas. É sob este enfoque que se justifica o atingimento dos bens dos sócios por dívidas da pessoa jurídica, sempre que a falta, insuficiência ou inadequação do seu patrimônio torne-se óbice à

---

<sup>36</sup> Ob. Cit., p. 38/39.

efetiva reparação dos danos causados ao consumidor e ao meio ambiente. Há que se valorar, no caso, os princípios em conflito, devendo prevalecer aquele que para a Constituição revela-se mais importante, segundo um juízo de proporcionalidade. Nesse sentido, o instituto da pessoa jurídica não pode prevalecer sobre um princípio maior, de ordem constitucional, que é a defesa do consumidor e do meio ambiente, aos quais deve obediência toda e qualquer atividade econômica, nos termos do art. 170, V e VI da CF. Neste contexto, a relativização da pessoa jurídica, prevista nos dispositivos em estudo, garante que os prejuízos causados sejam efetivamente reparados, superando-se o óbice da falta de patrimônio da pessoa jurídica através do atingimento dos bens pessoais dos sócios. Com isso garante-se, de maneira efetiva, a defesa do consumidor e do meio ambiente, defesa esta que representa não apenas um comando de evitar a causação do dano, mas principalmente de reparar o dano causado.

Acreditamos que, interpretando os citados dispositivos neste sentido, estamos contribuindo para conferir-lhes uma eficácia que representa o sentido último dos novos princípios acolhidos pela Constituição Federal, outrora ignorados, mas que hoje são fundamentais para o aperfeiçoamento da vida em sociedade e para o desenvolvimento social e econômico, os quais não podem mais continuar esquecidos ou subjugados por antigos dogmas.

Como nos ensina Karl Engisch:

*Não pode ser nossa tarefa (dos intérpretes) deixar o presente com os seus problemas e retroceder anos ou décadas para entrar no espírito do legislador que propriamente não nos interessa já. Logo: **interpretatio ex nunc e não interpretatio ex tunc**. A partir da situação presente é que nós, a quem a lei se dirige e que temos que aperfeiçoar de acordo com ela a nossa existência, havemos de retirar da mesma lei aquilo que para nós é racional, apropriado e adaptado às novas circunstâncias.<sup>37</sup>*

---

<sup>37</sup> ENGISCH, Karl. Ob. Cit., p. 142/143.

## 9.2. CONCLUSÃO

De todo o exposto, traçamos as seguintes conclusões:

1- A interpretação do direito deve se dar à luz da realidade social presente: "*Interpretatio ex nunc e não interpretatio ex tunc*";

2- A funcionalização do direito é uma realidade que não pode ser ignorada pelo jurista, sendo que a pessoa jurídica hoje possui funções que extrapolam os seus interesses particulares ou os dos sócios, envolvendo interesses da comunidade e do próprio Estado, razão pela qual identifica-se também a função social da pessoa jurídica;

3- A *defesa do meio ambiente* foi elevada a princípio geral da atividade econômica, segundo a nova ordem constitucional de 1988, sendo certo que tal princípio deve nortear a função social que é esperada de toda pessoa jurídica;

4- A Lei 9.605/98 atende ao comando do Constituinte originário e deve ser interpretada à luz do novo sistema proposto pela Carta de 1988, sendo equivocada a sua interpretação literal e isolada, a qual tem induzido a doutrina a negar-lhe sentido e eficácia, mormente em razão da sua interpretação preconcebida, ou seja, na sua leitura à luz da doutrina clássica da desconsideração, com a qual não se confunde;

5- O sentido clássico da teoria da desconsideração da personalidade jurídica tem sua razão de ser na *defesa da pessoa jurídica* contra os *desvios de sua função* praticados pelos sócios, permitindo que se atinja o patrimônio pessoal daqueles que dela se aproveitam para fins pessoais;

6- A regra prevista no art. 4º da Lei 9.605/98 *não se confunde com a teoria clássica da desconsideração da personalidade jurídica*, mas caracteriza verdadeira *relativização da pessoa jurídica frente aos danos causados ao meio ambiente*, considerando que a defesa do meio ambiente integra a função social a que toda pessoa jurídica deve respeito;

7- A relativização da pessoa jurídica significa que, à luz dos princípios gerais da atividade econômica previstos na CF e da função social da pessoa jurídica, os danos causados ao meio ambiente devem ser reparados, *independentemente da pessoa jurídica*, ou seja, ainda que esta não possua patrimônio suficiente ou adequado à indenização, hipótese em que os bens do sócio, *que aceitou os*

*riscos de explorar aquela determinada atividade econômica, devem responder pelos prejuízos causados;*

8- Este o sentido do art. 4º da Lei 9.605/98, ao se referir à possibilidade de "*desconsideração da pessoa jurídica*" (e não da *personalidade jurídica*) sempre que sua personalidade for óbice à reparação dos danos causados ao consumidor e ao meio ambiente;

9- A "*desconsideração da pessoa jurídica*" acolhida pela Lei 9605/98 tem a *função* de proteção dos princípios constitucionais da defesa do meio ambiente, previstos como diretrizes de todas as atividades econômicas, a teor do art.170, VI da CF;

10- Seus *pressupostos*, diferentemente daqueles previstos para a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, são de *natureza objetiva, quais sejam, a falta, insuficiência ou inadequação do patrimônio da pessoa jurídica.*

11- A responsabilidade civil da pessoa jurídica por danos causados ao meio ambiente, em se tratando de conduta ou atividade considerada de risco ou nociva ao meio ambiente, tem fundamento no risco integral, a teor do art. 225, § 3º da CF, razão pela qual o patrimônio do sócio desta pessoa jurídica responderá pelos danos causados, independentemente das causas de exclusão do nexo causal;

Por outro lado, não se tratando de conduta ou atividade reputada nociva ao meio ambiente, nos termos do art. 225, § 3º da CF, a responsabilidade regula-se pela teoria objetiva, incidindo o art.14, § 1º da Lei 6.938/81, hipótese em que, ocorrendo as causas de exclusão do nexo causal, não há obrigação de indenizar. ♦

# Responsabilidade das Empresas Produtoras de Cigarro

**PAULO MAXIMILIAN WILHELM SCHONBLUM**

Mestre em Direito. Professor de graduação e pós-graduação da Universidade Estácio de Sá e da EMERJ. Membro do IAB. Advogado.

**MELISSA AREAL PIRES**

Pós-graduanda em Direito do Consumidor pela EMERJ. Advogada.

## INTRODUÇÃO

O assunto aqui tratado, embora muito questionado e polemizado, parecia ter encontrado solução mansa e pacífica na jurisprudência pátria (como se verá no item 3 *infra*, não há decisão final em favor dos consumidores) até que, no fim do ano de 2003, foi publicado um acórdão da 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande de Sul<sup>1</sup> concedendo indenização de 3.200 (três mil e duzentos) salários mínimos a título de danos morais, além de danos materiais<sup>2</sup>. Tal decisão reacendeu a discussão acerca da matéria, trazendo à baila a reanálise do estudo da responsabilidade das empresas, passando pela verificação de questões concernentes ao livre arbítrio, vício e fato do produto; publicidade falsa e enganosa e, ainda, a sempre tormentosa missão de verificar a relação de causalidade.

---

<sup>1</sup> TJRS – 9ª Câm., Apel. 70000144626, j. 29.10.2003.

<sup>2</sup> “A indenização por danos materiais deverá ressarcir a venda de um imóvel e de 15 bovinos; despesas médicas e hospitalares comprovadas, hospedagem de acompanhantes durante a internação em Porto Alegre e gastos com o funeral; e fechamento do minimercado, desde a época da constatação da doença até a data em que a vítima completaria 70 anos, de acordo com a média de lucro dos últimos 12 meses de funcionamento. A título de danos morais foi fixada a quantia de 600 salários mínimos nacionais para a esposa, de 500 para cada um dos quatro filhos e de 300 para cada um dos dois genros.” *Revista CONJUR*, [www.conjur.com.br](http://www.conjur.com.br), colhido da internet em 30.10.2004

Outrossim, para um estudo completo da questão, e à guisa de introdução, resume-se um pouco da história do cigarro, que se iniciará pela descoberta de seu principal componente, o tabaco. A erva foi descoberta por volta do ano 1000 a.C. pelos índios da América Central, que a utilizavam não só na cura de algumas enfermidades, como também na purificação, proteção e fortalecimento de seus ímpetos guerreiros. Sua presença nos rituais religiosos era fundamental, aduzindo o historiador Gabriel Soares que "*tinham os índios o tabaco por indispensável aos defuntos, sendo uso colocá-lo nas sepulturas, na forma de uma espécie de comprido cigarro, que era posto junto com a água e comida para a jornada no além*".<sup>3</sup>

Esses mesmos índios apresentaram aos marinheiros de Colombo a arte de fumar<sup>4</sup>, sendo que, conforme relata Eduardo Bueno em sua obra "**Capitães do Brasil**", foi Jean Nicot que disseminou pela Europa Ocidental o hábito de fumar, quando o referido embaixador francês, após atribuir às propriedades medicinais do tabaco a cura de uma úlcera em sua perna, recolheu mudas de tabaco do Jardim Botânico e as apresentou como um remédio milagroso à Rainha Catarina de Médicis, sofredora de terríveis enxaquecas. Desde então teve seu nome utilizado na nomenclatura científica da planta: *nicotiana tabacum*.

Após o alastramento do uso do tabaco, os governos perceberam que as indústrias fumígenas beneficiavam uma grande multidão de agricultores, operários, bem como trabalhadores vinculados à industrialização e ao consumo do tabaco, decidindo, então, admiti-lo como lícito, passando a tributá-lo fortemente, criando, dessa forma, mais uma grande vantagem para seu cultivo.<sup>5</sup>

No tangente ao surgimento do cigarro que, segundo o Dicionário Aurélio, consiste em uma "*pequena porção de fumo picado, enrolado em papel fino ou em palha de milho, para se fumar*" e, do ponto de vista jurídico, pode ser definido como um produto não-

---

<sup>3</sup> BUENO, Eduardo. **Capitães do Brasil**. Rio de Janeiro: Objetiva, 1999, p. 136-137.

<sup>4</sup> PEDREIRA, Adriana do Couto Lima. **Responsabilidade Civil das Empresas Fabricantes de Fumo**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 45.

<sup>5</sup> *Ibidem*, p. 04-05.

durável, potencialmente nocivo à saúde<sup>6</sup> e inseguro para os que o utilizam, bem como para os que a ele estão expostos, tem-se que, antes do manufaturamento do tabaco, as folhas de tabaco eram comercializadas sob a forma de fumo para cachimbo, rapé, tabaco para mascar e charuto. O cigarro só apareceu, definitivamente, no início do século XX, sendo que foi somente após meados do referido século que seu consumo se alastrou de maneira incontrolável, impulsionado pelo marketing das empresas fumígenas.<sup>7</sup>

Explanando sobre sua propagação nos continentes, Lúcio Delfino<sup>8</sup> aduz que a África foi o primeiro continente a disseminar o hábito de fumar, principalmente após a Primeira Guerra Mundial. Todavia, foi a Europa o continente em que o tabagismo se expandiu mais rapidamente, referindo-se à Ásia como o continente que mais resistência sofreu ao uso do tabaco.

Desde a década de 30, quando surgiram os primeiros relatórios científicos sobre o cigarro, centenas de artigos científicos foram publicados alertando as pessoas sobre os malefícios que o consumo de cigarros podia acarretar à saúde<sup>9</sup>. Com isso, o produto, que antes era considerado um remédio milagroso, capaz de curar inúmeras doenças, passou a ser considerado, por alguns, a maior causa de

---

<sup>6</sup> As exigências do CPDC aos fabricantes de produtos potencialmente nocivos ou perigosos estão presentes no art. 9º do referido Diploma Legal, que dispõe: "O fornecedor de produtos e serviços potencialmente nocivos ou perigosos à saúde ou segurança deverão informar, de maneira ostensiva e adequada, a respeito da sua nocividade ou periculosidade, sem prejuízo da adoção de outras medidas cabíveis em cada caso concreto."

<sup>7</sup> PEDREIRA, Adriana do Couto Lima. *op. cit.*, p. 05.

<sup>8</sup> DELFINO, Lúcio. *Responsabilidade Civil e tabagismo no código de defesa do consumidor*, Minas Gerais: Del Rey, 2000, p. 04.

<sup>9</sup> "A fumaça do cigarro é uma mistura composta de aproximadamente quatro mil e oitocentas substâncias tóxicas, podendo ser dividida em duas fases: uma gasosa e outra particulada. A fase gasosa é composta de substâncias, tais como monóxido de carbono, cetonas, formaldeído, acetaldeído e acroleína. Na fase particulada, encontram-se a nicotina e o alcatrão, responsável pelo amarelamento dos dentes, concentrando quarenta e três substâncias cancerígenas, podendo-se citar como exemplos o arsênico, níquel, benzopireno (substância derivada do petróleo e altamente cancerígena), cádmio, chumbo, além de substâncias radioativas, como o polônio 210, o carbono 14, rádio 226, rádio 228 e potássio 40. A cada tragada, o fumante introduz no seu organismo substâncias como amônia, benzeno, acetona (solvente), formol, propilenoglicol, acetato de chumbo, metoprene, naftalina, fósforo, terebentina, xileno, butano e muitos outros gases tóxicos e partículas em suspensão." (DELFINO, Lúcio. *op. cit.*, pp. 06-07). "Algumas empresas de cigarro, preocupadas com a grande quantidade de fumantes assustados e os riscos com os malefícios provocados pelo tabagismo, têm investido em pesquisas para produzir

doenças e de morte na sociedade contemporânea, segundo estudos realizados pela Organização Mundial de Saúde.<sup>10</sup>

Essa mudança ocorreu não só na relevância dos efeitos curandeiros do produto mas, também, na forma como o fumante era visto pois, como se sabe, a sociedade da primeira metade do século XX encarava<sup>11</sup> o tabagismo como a mais tentadora manifestação de masculinidade, tendo tal quadro se invertido de tal forma que, atualmente, o fumante é considerado uma pessoa de pouco fôlego, que envelhece às pressas, com queda nas aptidões físicas. Da mesma maneira, para a mulher, o cigarro também é responsável pelo envelhecimento da pele, gerando, dentre outras conseqüências, efeitos negativos para a voz e para o hálito<sup>12</sup>, bem como provocando o aceleração da menopausa e aumentando o risco de osteoporose.<sup>13</sup>

No entanto, por um outro ângulo, é incontestável que, nos países desenvolvidos, a consciência das pessoas em relação aos

---

*cigarros menos perigosos. A gigantesca Reynolds começou a testar, há alguns anos, o Eclipse, um cigarro que não queima, permanecendo aquecido por um cilindro de carbono incandescente na sua extremidade. O Eclipse emite menos fumaça que os cigarros comuns, contendo, ainda, 80% menos de substâncias agressivas à saúde. A Philip Morris, seguindo o mesmo caminho, aposta no Accord, cigarro que terá um dispositivo eletrônico semelhante a um acendedor automático de fogão. Ele acende quando é tragado, apagando logo em seguida, o que diminui bastante a fumaça circulante.” (BATISTA, Cristiana. O cigarro sem risco. Veja, ano 34. nº 7, edição nº 1688, 21.02.2001, pp. 122-123). “Há muito vem-se tentando criar soluções que diminuam os maléficos efeitos causados pelo tabagismo. Foi o que aconteceu, por exemplo, quando se descobriu que o alcatrão contido na fumaça do cigarro causava câncer: começou-se a fabricar o cigarro com filtro. No entanto, tal fato não aumentou a expectativa de vida do fumante, haja vista que, embora possua menos alcatrão (causador de câncer), o cigarro com filtro possui 26% mais monóxido de carbono (causador de infarto). Os cigarros de “baixo teor”, portanto, não prestaram à sua finalidade. Constatou-se que o fumante, acostumado pelo vício a determinado nível de nicotina no sangue, fuma mais cigarros de “baixo teor” para satisfazer sua necessidade. (PEDREIRA, Adriana do Couto Lima. op. cit., p. 46, citando estudo realizado pelo Professor Titular de Medicina Interna da UFRGS Mário Rigatto.” (In “Projetos de Marketing”. Editorial publicado pelo Jornal O GLOBO, Rio de Janeiro, 28 de agosto de 1999, p. 2).*

<sup>10</sup> PEDREIRA, Adriana do Couto Lima. op. cit., p. 46.

<sup>11</sup> “(...) Pleiteia o autor reparação por danos materiais e morais, argumentando que começou a fumar cigarro no ano de 1975, influenciado pelas mais diversas propagandas existentes nos meios de comunicação escrita, radiofusão e televisiva. (...) O autor pede indenização por danos morais, pelo fato de ter sofrido constrangimento social, à medida que seu vício era cada vez mais repudiado nos ambientes domésticos, profissionais, particulares e públicos. (...) No caso, a ré não tem nenhuma responsabilidade pela repulsa e os constrangimentos alegados pelo Autor, já que este deveria se abster do uso do cigarro nos locais não permitidos. Outro aspecto é se o promovedor foi repudiado e constrangido, deveria acionar a pessoa ou pessoas que o submeteram a tal vexame, nunca a ré, já que após a aquisição do cigarro, a responsabilidade do uso passou ao consumidor”. (TJCE – 17ª Vara Cível de Fortaleza, processo nº 97.02.07953-5, juiz Inácio de Alencar Cortez, j. 17.09.1997).

<sup>12</sup> PEDREIRA, Adriana do Couto Lima. op. cit., p. 46.

<sup>13</sup> DELFINO Lúcio. op. cit., p. 05.



malefícios causados pelo cigarro aumentou, donde se conclui que o uso de cigarro não pode ser desvinculado do livre arbítrio.<sup>14/15</sup>

É de se verificar que, atualmente, o tabaco é largamente cultivado no mundo inteiro, fazendo com que a nicotina<sup>16</sup> seja a droga lícita mais consumida no mundo<sup>17</sup>, pois, atuando no organismo humano, gera sensação de bem-estar ao fumante que, por sua vez, habitua-se a essa situação, sentindo-se desconfortável quando há diminuição da concentração da substância no sangue. Essa sensação agradável de bem-estar dura, em média, de 20 a 30 minutos, quando novamente surge a vontade de fumar.<sup>18</sup>

---

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 34.

<sup>15</sup> "O livre arbítrio da pessoa humana implica em que a morte decorrente de eventuais abusos com o uso de substâncias advertidamente nocivas encerra infortúnio imputável à própria vítima (...). A morte da vítima que agrava as suas condições de saúde e vem a falecer não enseja a seus familiares o direito de pleitear indenização pelas mesmas razões por que veda o ordenamento jurídico o pagamento de seguro de vida a quem agrava os riscos e a Súmula 61 do STJ o suicídio premeditado. (...) Em síntese: a liceidade da atividade desenvolvida pela apelante, juntamente com as advertências expressivas dos órgãos de divulgação da imprensa acerca das potencialidades do produto secularmente comercializado em todo o mundo e o livre arbítrio da pessoa humana, que não pode pretender à própria torpeza locupletar-se com a chancela judicial, conduzem-nos a concluir que o juiz a quo incidu em error in iudicando, razão pela qual, reformo a sentença e dou provimento ao apelo da ré para concluir pela improcedência da pretensão veiculada no pedido inicial" (TJRJ – 10ª Câmara Cível, Apelação nº 58/98, Rel. Des. Luiz Fux, j. 23/03/1999); "(...) Se fumava duas cartelas de cigarro por dia, um rematado exagero, assim procedia por seu livre arbítrio. Tinha conhecimento sobre a controvérsia quanto aos malefícios do fumo e mesmo assim fumava desbragadamente. Não há como exigir que as requeridas ficassem cuidando do falecido, para evitar os excessos por ele cometidos. O risco era conhecido do consumidor; no caso Eduardo, e mesmo assim ele continuou fumando anos a fio. (...)” (TJRS – 3ª Vara Cível da Comarca de Santa Cruz do Sul, processo nº 41.961, juiz Dr. Sadilo Vidal Rodrigues, j. 27.05.1999.)

<sup>16</sup> "A nicotina foi sintetizada em laboratório em 1904 e é responsável, basicamente, pela vasoconstrição. Atua no cérebro e em outros sistemas do corpo, como o muscular, ósseo cardíaco e vascular. No entanto, mesmo não existindo no Brasil prova técnica que demonstre ser a nicotina uma substância psicotrópica, ela é considerada como droga pela Organização Mundial de Saúde e por outras entidades internacionais de saúde." (DELFINO, Lúcio, *op. cit.*, p. 09)

<sup>17</sup> Pesquisas apontam que 90% dos fumantes iniciaram o consumo de cigarros antes dos 20 anos de idade, em decorrência da dependência, não somente das propriedades psicotrópicas da nicotina, como também de fatores tais como situações sociais, aspectos da personalidade, fatores ambientais e aspectos genéticos (*Ibidem*).

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 12.

## **1. PROBLEMÁTICA E APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR**

No Brasil, as ações pleiteando indenizações em decorrência dos malefícios do fumo tiveram início na década de 80. Nessa época, alegavam os Autores - filhos ou familiares de fumantes - que teria sido o tabagismo o causador das doenças que geraram a morte de seu familiar. Considerando-se que, naquela época, ainda não vigia o CPDC, a responsabilidade civil das empresas era verificada pela teoria subjetiva, cabendo, portanto, aos demandantes provarem os danos, o nexo causal e a culpa das empresas. Conclui-se que não era muito difícil para os fabricantes apresentarem defesas nesses tipos de ações. A simples falta de comprovação de existência de culpa (conforme se explicará nos capítulos posteriores) pela morte do fumante já retirava a responsabilidade de indenizar.

Com o advento da Lei 8.078/90, não restou qualquer dúvida quanto à existência de relação de consumo entre o fumante e as empresas fumígenas<sup>19</sup>. Flagrantemente, verificavam-se presentes todos os elementos necessários para caracterização da relação, ensejando, dessa forma, a aplicação do Código de Proteção e Defesa do Consumidor. Ato contínuo, novos argumentos surgiram para os que buscavam indenizações das empresas fabricantes de fumo. Diante de uma responsabilidade não mais verificada pela teoria subjetiva, alegavam os Autores, principalmente, que:

- (i) há abuso de direito de produzir e vender cigarros;
- (ii) o cigarro é um produto defeituoso;
- (iii) há fato do produto;
- (iv) a propaganda das empresas fabricantes de fumo é enganosa;
- (v) há falta de informação acerca dos males causados pela nicotina.

Todas essas teses merecem apurado estudo, do qual se concluirá pelo não acolhimento das mesmas.

---

<sup>19</sup> "Como a requerida não refutou a alegação de que essa controvérsia deve ser dirimida à luz das normas do Código de Defesa do Consumidor, mister fazê-lo". "Como já foi frisado, trata-se de relação de consumo. Desta forma, é nos limites do CDC que deverá se procurar a eventual responsabilidade da Ré." (TJSP - 31ª Vara Cível de São Paulo, processo nº 000.99.013480-6 (372), juiz Marco Antônio Boascano).

## 2. ANÁLISE DOS PONTOS CONTROVERTIDOS

### 2.1 Licitude da Atividade

A questão da licitude das atividades das empresas fabricantes de fumo, de tão óbvia, não é sequer discutida pela jurisprudência. As atividades, do cultivo do fumo, passando pela preparação do cigarro até chegar a sua comercialização, são lícitas, tanto que tribuadas e fiscalizadas pelo Poder Público<sup>20</sup>, e incluídas no rol de interesses governamentais de natureza econômica, tributária e social. E são lícitas no mundo inteiro. Tão lícitas que o Poder Público entende tais atividades como fundamentais para o desenvolvimento econômico do país, gerando a concessão, em vários Estados, de incentivos para que tais indústrias aumentem o seu parque fabril<sup>21</sup>.

Especificamente com relação à legislação pátria destaca-se, inicialmente, o art. 220, inciso II, parágrafos 3º e 4º da Constituição Federal de 1988, que determina que a propaganda comercial do tabaco estará sujeita a restrições legais, de molde a preservar a pessoa e a família da publicidade de produtos que possam ser nocivos à saúde, contendo, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrente de seu uso. Assinale-se ainda que, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, o tema passou a ser regulado por portarias e, finalmente, pela Lei nº 9.294/96, que dispõe sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumíferos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas nos termos do § 4º do art. 220 da Constituição Federal. Por fim, registre-se ainda a Lei nº 10.167, de 27 de dezembro de 2000, que, dentre outras medidas, proibiu taxativamente a publicidade de diversas substâncias, dentre elas o cigarro, salvante a publicidade interna e restrita à afixação de cartazes nos estabelecimentos comerciais,

---

<sup>20</sup> A licitude do cigarro está diretamente vinculada ao fato de a nicotina não ser considerada uma substância psicotrópica pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Isso porque não existe, no País, nenhuma prova técnica de que a nicotina provoque o vício.

<sup>21</sup> *“É de ressaltar, desde já, que a exploração comercial do tabaco e da nicotina (venda de cigarros) representa um negócio extremamente lucrativo, mas tolerado pelo Poder Público que, com isso, previne a clandestinidade que uma súbita proibição poderia causar – tal qual o fenômeno verificado durante a Lei Seca nos Estados Unidos – fomentadora de sensível evasão (sonegação) fiscal, sem prejuízo da ruptura do controle exercido sobre a qualidade e sobre os componentes disponibilizados ao consumidor”* (CRUZ, Guilherme Ferreira da, “Responsabilidade Civil das Empresas Fabricantes de Cigarros”, *Revista de Direito do Consumidor* – 47, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 78).

modificando a norma citada, que acabou por restringir ainda mais a atuação dos fabricantes e comerciantes das referidas substâncias.

As empresas fabricantes de fumo observam rigorosamente as determinações do referido diploma legal, concluindo-se que a comercialização e industrialização dos cigarros caracterizam-se como exercício regular de um direito<sup>22/23</sup>.

---

<sup>22</sup>: "(...) A atividade explorada pela Ré, industrializando e comercializando no atacado de cigarros e derivados de fumo, não é ilegal, pois conta com autorização constitucional, inserindo-se na garantia da iniciativa privada, não transmutando a conclusão de fato do fumo poder causar malefícios à saúde, tais como carcinomas." (TJSP – 21ª Vara Cível da Comarca da Capital de São Paulo, processo nº 1.080/98, juiz Dr. José Wagner de Oliveira Melatto Peixoto, j. 22.10.1998); "(...) Primeiro, não há vedação legal do consumo de cigarros. A atividade da empresa ré é lícita e encontra regulamentação na legislação. Há regular vigilância dos órgãos públicos. Não há vedação legal para a comercialização de cigarros. (...)" (TJRS – 4ª Vara Cível do Foro Central – 1º Juizado, processo nº 01196179269, juiz Dr. Marcelo Cezar Muller, j. 28.10.1999); "(...) No entanto, as atividades relacionadas ao cultivo do tabaco e à produção e comercialização de cigarros nunca foram consideradas ilícitas entre nós, sendo, provavelmente, as atividades que dispõe do maior número de regramentos a discipliná-las. (...). Por isso não se pode imputar à requerida a responsabilidade pelos mencionados danos padecidos pelo requerente, em vista da atividade lícita e regulamentada pelo poder público que ela exerce, pagando, aliás, elevadíssimos tributos para tanto. Se o requerente crê efetivamente que tais danos devam ser de responsabilidade de alguém que não ele próprio, que fuma intensamente desde a adolescência e mesmo após ter sua saúde seriamente abalada pelo vício do tabagismo, deve voltar-se contra o Poder Público, na busca de ressarcimento, já que esse permite a comercialização de cigarros, disciplinando-a e dela diretamente se beneficia, já que lhe rende significativas quantias, através dos tributos que sobre isso recaem". (TJSP – 30ª Vara Cível da Comarca da Capital, processo nº 000.99.013480-6 (372), juiz Dr. Marcio Antônio Boscaro, j. 07.04.2000); "(...) Inicialmente, há que se observar a licitude da atividade da empresa ré, no que tange ao cultivo do fumo, preparação e comercialização de cigarros, vez que autorizada, disciplinada e fiscalizada pelo Poder Público. (...)" (TJDF – 12ª Vara Cível, processo nº 8.788, juiz Drª. Luciana Corrêa Sette Tôres, j. 29.03.2001); "(...) Praticando a Ré comércio lícito de cigarros, age no exercício regular de direito (...)" (TJSP – 6ª Vara Cível de Piracicaba, processo nº 1967/00, juiz Dr. Joel Valente, j. 16.04.2001); "(...) A ré exerce atividade lícita devidamente regulamentada pela legislação sendo que ao produzir, divulgar e comercializar seus produtos, está no exercício regular de um direito que lhe é conferido pelas leis que disciplinam a matéria. (...)" (TJSP – 1ª Vara Cível de Santos, processo nº 1.797/00, juíza Drª Lucília Alcione Prata, j. 10.07.2001); "(...) O direito e o ilícito são antíteses absolutas – um exclui o outro: onde há ilícito não há direito; onde há direito, não existe ilícito. Vem daí o princípio que não considera ilícito o ato praticado no regular exercício de um direito. (...)" (TJRJ – 2ª Câmara Cível, Apelação nº 9352/200, Rel. Des. Sérgio Cavalieri, j. 12/09/2000).

---

<sup>23</sup> Há quem sustenta a tese de que há abuso de direito na atividade explorada pelas companhias de tabaco: "Força é concluir que um dos maiores abusos possíveis de serem praticados pelas fabricantes de cigarros (ávidas na busca de lucros) é a omissão deliberada dos fatores prejudiciais à saúde dos seus consumidores, inexoravelmente vinculados ao consumo do tabaco e da nicotina. (...) O procedimento se afasta, pois, da boa-fé objetiva e, só por isso, já se equipara a ato ilícito e gera o dever de indenizar, independentemente da existência de dano concreto" (CRUZ, Guilherme Ferreira da, *op. cit.*, p. 87).

## 2.2. Existência de Vício ou Fato do Produto

Primeiramente, é sobretudo importante definir vício, o que pode ser feito através da leitura dos arts. 18 e 19 do CPDC. Tais dispositivos dispõem acerca das características de qualidade ou quantidade que tornem os produtos ou serviços impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou que lhes diminuam o valor. Da mesma forma, são considerados vícios os decorrentes da disparidade havida em relação às indicações constantes do recipiente, embalagem, rotulagem, oferta ou mensagem publicitária.

Com isso resta indubitoso que os vícios estão divididos em vícios de qualidade e vícios de quantidade, sabendo-se que a questão referente às informações incide, diretamente, na qualidade do produto.

Tratando das fases em que os vícios se manifestam, o professor Luiz Gastão Paes de Barros Leães<sup>24</sup> as elenca da seguinte maneira: "*(a) vícios ocorridos na fase de fabricação e afetando exemplares numa série de produtos (miscarriage in the manufacturing process; fabrikationsfehlers); b) vícios ocorridos na concepção técnica do produto, afetando toda uma série de produção (improperly designed product; konstruktiondfehler); c) vícios nas informações e instruções que acompanham o produto (breach of duty of warn; instruktionsfehler)*". Assevera, ainda, que "*um produto é considerado defeituoso se for perigoso além do limite em que seria percebido pelo adquirente normal e de acordo com o conhecimento da comunidade dele destinatário no que diz respeito às suas características.*"

Nesse sentido, em que pesem algumas razões expendidas pela área médica, não há como considerar o cigarro, juridicamente, um produto eivado de vícios.<sup>25</sup>

---

<sup>24</sup> LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. **A responsabilidade do fabricante pelo fato do produto**, São Paulo: Resenha Tributária, 1984, p. 221.

<sup>25</sup> Enorme respeito merece a tese defendida por LÚCIO DELFINO, em sua obra já citada, que entende haver defeito de concepção no cigarro. Segundo o doutrinador, o defeito de concepção do cigarro é a nicotina, responsável pela dependência física do fumante. Cita o argumento das empresas fabricantes de cigarros de que tanto o ato de fumar quanto o de interromper o tabagismo são decisões voluntárias tomadas pelos fumantes. Diante disso, não poderiam os tabagistas pretender transferir às fornecedoras do produto os ônus de escolhas comportamentais livres e conscientes.

Convém analisar, outrossim, a existência de fato do produto, também chamado de acidente de consumo, referindo-se às conseqüências geradas pelo vício (ou defeito) no produto que atingem o consumidor em seu patrimônio físico, patrimonial e/ou moral.

É de se verificar que o CPDC claramente diferencia a responsabilidade pelo vício do produto da responsabilidade pelo fato do produto. Na doutrina sobreleva a lição de Sérgio Cavalieri Filho, que esclarece: "*a responsabilidade por vício do produto e do serviço, disciplinada nos art. 18 e 20 do Código do Consumidor, não se confunde com a responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço... Cuida-se, aqui, de defeitos inerentes aos produtos ou serviços, vícios in re ipsa, e não danos por ele causados – acidentes de consumo –, como ali se cogitou. Dividem-se em vícios de qualidade, por inadequação do bem de consumo à sua destinação (arts. 18, 20 e 21), e de quantidade (art. 19), que tem a ver com seu peso e medida.*"<sup>26</sup>

O mesmo jurista ensina: "*o fornecimento de produtos ou serviços nocivos à saúde ou comprometedores da segurança do consumidor é responsável pela grande maioria dos acidentes de consumo. Ora é um defeito de fabricação ou montagem em uma máquina de lavar, numa televisão, ou em qualquer outro aparelho doméstico, que provoca incêndio e destrói a casa; ora uma deficiência no sistema de freio do veículo que causa acidente com graves conseqüências; ora, ainda, é um erro na formulação de medicamento ou substância alimentícia que causa dano à saúde do consumidor, como câncer, aborto, esterilidade etc.*"<sup>27</sup>

Salienta-se, todavia, que tal explanação a respeito da responsabilidade pelo fato do produto perde sua valia para o caso sob análise, tornando-se meramente exemplificativa uma vez que, em se considerando a inexistência de defeito no produto (cigarro), e sendo o defeito pressuposto do fato, indubitavelmente não

---

<sup>26</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**, Rio de Janeiro: Malheiros, 2ª ed., p. 379.

<sup>27</sup> *Idem*, p. 423.

se poderá considerar, da mesma forma, a existência de responsabilidade pelo fato do produto<sup>28</sup>.

### 2.3. Vício de Informação

Com o advento do CPDC, a informação passou a ser considerada um dos mais importantes princípios da Política Nacional das Relações de Consumo<sup>29</sup> e o direito à informação considerada um dos direitos básicos do consumidor.<sup>30</sup> Tal importância é resultante do princípio da boa-fé que deve prevalecer em todas as relações de consumo; do princípio da transparência, pelo qual o consumidor deve ter total conhecimento dos componentes e riscos da utilização dos produtos; e do princípio da isonomia das relações entre o fornecedor e o consumidor, em razão da vulnerabilidade desse com relação àquele.<sup>31</sup>

---

<sup>28</sup> "(...) A responsabilidade pelo fato do produto pressupõe defeito na concepção original do bem destinado ao consumo, gerando efeitos que o consumidor não poderia legitimamente esperar. Inocorrência desta hipótese posto exibir o cigarro severa advertência de potencialidade de lesão à saúde, mercê de resultar de atividade lícita e regulada por lei." (TJRJ – 10ª Câmara Cível, Apelação nº 58/98, Rel. Des. Luiz Fux, j. 23/03/1999); "(...) No presente caso, a responsabilidade da Ré estaria, segundo o Autor, no fato de a nicotina estar presente no cigarro e que a mesma é tóxica e produz dependência física e psíquica, fazendo a Ré todos os esforços, em termos de pesquisa e propaganda, para que o consumidor cada vez fume mais. Porém, a responsabilidade da Ré só ocorre se seu produto for defeituoso, ou causando dano ao consumidor ou no caso de o mesmo não oferecer a segurança que dele se espera.(...) Não conseguiu o Autor provar que o produto da Ré apresentava defeito de fabricação ou produção.(...) Resta apenas o defeito em face da ausência de segurança que se espera do produto. Nesta questão deve-se indagar do Autor o que o mesmo esperava com o consumo de tabaco na ordem de mais de vinte cigarros por dia? É notório, já há muitos anos, que o cigarro consumido em excesso traz enormes prejuízos à saúde. Não é possível que o Autor não conheça, há mais de trinta anos, pelo menos, os malefícios que o cigarro poderia trazer à sua saúde. Óbvio que há riscos no uso imoderado e, portanto, segundo o art. 12, parágrafo primeiro, inciso II do CDC, o produto fabricado pela Ré não é defeituoso. Portanto, se não há defeito no produto, nem na segurança que o mesmo oferece, não há que se falar em reparação de danos." (TJRJ – Comarca da Sapucaia, processo nº 3907-A, juiz Dr. Luiz Olímpio Mangabeira Cardoso, j. 30.07.2001).

<sup>29</sup> CPDC: Art. 4º, IV.

<sup>30</sup> CPDC: Art. 6º, III.

<sup>31</sup> DELFINO, Lúcio, *op. cit.*, p. 113-114.

No caso das empresas fabricantes de fumo, a questão da informação e de sua qualidade reside nos arts. 9<sup>o</sup><sup>32</sup> e 31<sup>33</sup> do CPDC<sup>34</sup>. Cumpre examinar, nesse passo, a importância de tais artigos para o caso em estudo.

O artigo 9<sup>o</sup> dispõe acerca da qualidade da informação e da maneira como ela deve ser prestada ao consumidor. Zelmo Denari acertadamente afirma que os produtos nocivos e perigosos que mais preocupam a sociedade são as bebidas alcoólicas e o fumo, em razão de possuírem níveis altos de consumo. Contudo, *“os fabricantes de cigarros vêm cumprindo, de forma satisfatória, a exigência legal de informar a respeito da nocividade do produto e dos riscos inerentes ao respectivo consumo. No entanto, os fabricantes de bebidas alcoólicas ainda não se conscientizaram do dever de prestar informações adequadas a respeito dos riscos inerentes à ingestão imoderada de álcool, principalmente durante o período de gestação.”*<sup>35</sup>

No que concerne à qualidade das informações, observa-se que a mesma deve ser ostensiva e adequada, sendo que *“uma informa-*

---

<sup>32</sup> CPDC: Art. 9<sup>o</sup>: *“O fornecedor de produtos e serviços potencialmente nocivos ou perigosos à saúde ou segurança deverá informar, de maneira ostensiva e adequada, a respeito da sua nocividade ou periculosidade, sem prejuízo da adoção de medidas cabíveis em cada caso.”*

<sup>33</sup> CPDC: Art. 31: *“A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas e ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.”*. Vale ainda ressaltar o art. 8<sup>o</sup>, que dispõe que: *“Os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores, exceto os considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição, obrigando-se os fornecedores, em qualquer hipótese, a dar as informações necessárias e adequadas a seu respeito. Parágrafo único – Em se tratando de produto industrial, ao fabricante cabe prestar as informações a que se refere este artigo, através de impressos apropriados que devem acompanhar o produto”*.

<sup>34</sup> Verifica-se que as empresas em questão cumprem o disposto no referido artigo. Desde 1988, os maços de cigarros vendidos no Brasil contêm informações sobre os níveis de nicotina, alcatrão e monóxido de carbono, bem como apresentam também os ingredientes do cigarro. Assinalem-se, ainda, as advertências do Ministério da Saúde e as fotos de pessoas com problemas causados pelo uso do produto atualmente presentes nos maços de cigarro. É de se verificar que as informações sobre a nocividade e periculosidade do produto, fundamentais para a decisão do consumidor sobre o seu consumo acompanham o produto, cumprindo-se, assim, o disposto no art. 8<sup>o</sup> do CPDC.

<sup>35</sup> DENARI, Zelmo. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto**, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999, p. 146.



*ção é ostensiva quando se exterioriza de forma tão manifesta e translúcida que uma pessoa, de mediana inteligência, não tem como negar ignorância ou desinformação. É adequada quando, de uma forma apropriada e completa, presta todos os esclarecimentos necessários ao uso ou consumo de produto ou serviço*.<sup>36</sup>

As informações prestadas pelas empresas fumígenas se adequam ao CPDC, cumprindo, rigorosamente, a legislação acerca da matéria, especificamente as portarias de números 490/88, 731/90, 1.050/90, 2.169/94 e a interministerial 477/95, a Lei 9.294/96 e o art. 220, § 4º da CRFB/88. Os males da nicotina são informados não só nas cartelas de cigarros, como também, em todas as propagandas (jornais, revistas, *outdoors* etc.) veiculadas pelos fabricantes do produto<sup>37</sup>.

<sup>36</sup> *Ibidem*.

<sup>37</sup> "(...) Quanto à existência ou não do ato ilícito, em face da veiculação de propaganda enganosa, passarei a examinar, dividindo em dois tópicos: I – Ato Ilícito. O comportamento social do homem, lícito ou ilícito, suscita efeitos jurídicos. Neste último caso, produzem-se em detrimento do agente. Tais efeitos não são desejados, mas impostos pela ordem jurídica. A consequência jurídica do ato ilícito é a obrigação de indenizar. O estudo de sua extensão e fundamentos constitui objeto da teoria da responsabilidade civil. A doutrina da responsabilidade civil tem por fim determinar quem é o devedor da obrigação de indenizar quando o dano é produzido. No caso em exame, o autor procura responsabilizar a Ré, por haver se viciado no uso do cigarro, através de propaganda enganosa, patrocinada pela promotora, não oferecendo informação científica sobre os malefícios do uso do fumo. O art. 37 da Lei 8.078 diz no seu texto legal o seguinte: 'É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva. § 1º (...); § 2º (...); § 3º (...)' Entretanto, quanto à publicidade de cigarro e bebida, a lei 9.294/96 regulamentou o art. 220, § 4º da CF, dispondo sobre as restrições ao uso e à publicidade de produtos fumígenos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas. O cultivo do fumo no Brasil é atividade lícita, não existindo nenhuma ordem legal que o proíba. A Constituição de 1988 assegurou, expressamente, o direito de os fabricantes de cigarros fazerem propaganda comercial, apenas sujeito às restrições legais. A lei 9.294/96, no seu art. 3º, § 2º, disciplina a propaganda, inclusive com detalhes, senão vejamos: 'A propaganda conterà, nos meios de comunicação em função de suas características, advertência escrita ou falada sobre os malefícios do fumo, através das seguintes frases, usadas seqüencialmente, de forma simultânea ou rotativa, neste última hipótese, devendo variar no máximo a cada cinco meses, todas precedidas da afirmação: O Ministério da Saúde adverte: I – fumar pode causar doenças no coração e derrame cerebral; II – fumar pode causar câncer de pulmão, bronquite crônica e enfisema pulmonar; III – fumar durante a gravidez pode prejudicar o bebê; IV – quem fuma adoce mais de úlcera no estômago; V – evite fumar na presença de crianças.' Os demais parágrafos do art. 3º disciplinam como as advertências deverão ser colocadas nas embalagens, pôsteres, painéis, cartazes e revistas. (...) A propaganda não induz ninguém a iniciar o hábito do uso do cigarro, com bem frisou a promovida contestação, apenas procurar atrair o consumidor para uma determinada marca de cigarro." (TJCE – 17ª Vara Cível de Fortaleza, processo nº 41.961, juiz Dr. Inácio de Alencar Cortez Neto, j. 17.09.1997); "(...) Há que de destacar que, por mais prejudicial que seja, o hábito de fumar revela-se um exercício do livre arbítrio. Os malefícios da nicotina sobre o organismo humano são de conhecimento geral há muito tempo. Tem-se em vista também que a Ré, em atendimento às regras do Poder Público, veicula, juntamente com seus produtos e publicidade, frases elaboradas pelo Ministério da Saúde que destacam os malefícios trazidos pela nicotina, principal substância nociva presente no cigarro. (...)". (TJMG – 16ª Vara Cível de Belo Horizonte, processo nº 024.01.000.149-3, juiz Dr. Mauro Soares de Freitas, j. 13.08.2001).

## 2.4. Da Publicidade

Impende, inicialmente, estabelecer a diferença entre propaganda e publicidade. Enquanto esta possui objetivos comerciais e lucrativos, voltados para a difusão de uma mercadoria específica, e tem sempre um patrocinador, aquela busca divulgar aspectos ideológicos, religiosos, filosóficos, políticos, econômicos ou sociais, excluindo, quase sempre, a idéia de benefício econômico.<sup>38</sup> Tal diferença é importante no sentido de que o CPDC não cuida da propaganda e sim da publicidade de produtos e serviços. Superada essa questão, relevante ponto seria classificar ou não a publicidade do cigarro como enganosa<sup>39</sup>.

O art. 37, § 1º do CPDC define a publicidade enganosa como: *“qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos ou serviços.”*

Pela leitura, é de se verificar a existência de somente um elemento essencial para a configuração da enganabilidade da publicidade: a indução do consumidor ao erro. A falsidade da informação não é elemento essencial. Isso porque qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, mesmo que correta, ou seja, não falsa, pode ser capaz de induzir o consumidor em erro, considerando-se, então, enganosa. Antônio Herman de Vasconcelos e Benjamin argumenta que *“uma publicidade pode, por exemplo, ser completamente correta e ainda assim ser enganosa, seja porque informação importante foi deixada de fora, seja porque o seu esquema é tal que vem a fazer com que o consumidor entenda mal aquilo*

---

<sup>38</sup> BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos e. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto**, Rio de Janeiro: Forense Universitária. p. 266.

<sup>39</sup> *“(...) não ficou comprovado nos autos haver a ré feito propaganda enganosa dos seus produtos. O autor fumou ou fuma por livre e espontânea vontade, ao adquirir uma carteira de cigarros, tem conhecimento das restrições ao consumo (...). A propaganda não induz ninguém a iniciar o hábito do uso do cigarro, (...), apenas procura atrair o consumidor para uma determinada marca de cigarro”*. (TJCE – 17ª Vara Cível de Fortaleza, processo nº 97.02.07953-5, juiz Inácio de Alencar Cortez Neto, j. 17.09.1997).

*que se está realmente dizendo. É, em síntese, o conceito de enganosidade, e não de falsidade, que é essencial aqui.*<sup>40</sup>

Nesse sentido, forçoso concluir que não se pode confundir publicidade falsa com publicidade enganosa. Aquela não passa de um tipo desta. Assim como nem toda publicidade enganosa é falsa, nem toda publicidade falsa é enganosa.

No caso dos anúncios de cigarros, não se identifica qualquer vontade da empresa de deslanchar o hábito do fumo<sup>41</sup>, mas sim de buscar uma aproximação de um determinado modo de ser e viver ao produto, o que, conjuntamente, vende a marca daquele produto e tenta fazer com que o fumante opte por uma marca determinada: *"Os cigarros Hollywood ligam-se às atividades de lazer, descontração e sociabilidade; os Free a atitudes definidas e decisivas, a pessoas que tomam conta de suas vidas; os Carlton vinculam-se a situações de requinte e sofisticação.*"<sup>42</sup>

Ou seja, mesmo que sejam fantasiosas, e, por isso mesmo, falsas, as citadas publicidades do cigarro, nem por isso serão consideradas enganosas, pois *"não há promessa de transformar nenhuma pessoa fumante em esportista, bem sucedida ou requintada"*,<sup>43/44</sup> ou seja, não enganam ninguém, e nem induzem em erro.

<sup>40</sup> BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos e. *op. cit.*, p. 258.

<sup>41</sup> "(...) A despeito dos argumentos expostos na inicial, não comungo, com o devido respeito, do entendimento que carrega à indústria do fumo a responsabilidade única pelas mazelas causadas ao ser humano pelo ato voluntário de fumar, não podendo ser aceita a alegação de que propaganda, muitas vezes glamourosa, leve o indivíduo adulto ao nefasto vício de fumar, pois somente com a prova de que a pessoa que assim age é incapaz de discernimento, é que tal argumento poderia ser levado em consideração. No caso dos autos, o próprio autor se qualifica como tabagista crônico por mais de vinte anos; (...) não havendo prova pericial médica de que o autor não tivesse conhecimento dos males que ele próprio estava causando a sua saúde ao fumar, atitude reiterada que não foi a ele imposta por ninguém, a não ser por seu livre arbítrio. Não se nega que o problema do fumo no Brasil é um caso de saúde pública que deve ser resolvido o quanto antes para que as mortes e doenças graves causadas pelo ato voluntário, repita-se, de fumar, sejam debeladas, mas não é por causa dessa realidade que pretensões como as formuladas pelo autor devam ser, necessariamente, acolhidas, visando, em última análise, a resolução da questão com indenizações que sirvam de exemplo à indústria do tabaco. Os respeitáveis julgados a respeito do tema já proferidos no Brasil e nos Estados Unidos não têm o condão de vincular este Juízo aos entendimentos neles exarados, pois a realidade social e jurídica dos Estados Unidos é diversa da existente no Brasil, (...). Isto posto, indefiro a petição inicial e julgo extinto o processo sem análise de mérito." (TJSP – 12ª Vara Cível de Santos, processo nº 1.493/00, juiz Dr. Rogério Márcio Teixeira, j. 12.06.2000).

<sup>42</sup> TJRJ – 48ª Vara Cível da Comarca da Capital, processo nº 2001.001.000971-2, juíza Márcia Ferreira Alvarenga, j.21.07.2001.

<sup>43</sup> *Idem.*

<sup>44</sup> "(...) O ouvinte e o telespectador, cada qual na proporção de seus conhecimentos e experiências de vida, condições de assistir e ouvir os anúncios e fazer sua análise sobre a mensagem que eles trazem. A propaganda não afirma que usando cigarros você conseguirá namorar todas as mulheres no mundo e que poderá montar todos os cavalos selvagens. Por isso deve a pessoa sopesar os fatos e extrair suas conclusões. (...)" (TJSP – 1ª Vara Cível da Comarca da Campinas, processo nº 3.351/2000, juiz Dr. Marco Douglas da Silva, j. 02.07.2001).

Cumpra examinar, neste passo, o conceito de indução do consumidor em erro. Fábio Ulhoa Coelho argumenta que *"para que seja considerada enganosa, a informação falsa deve ser recebida pelo destinatário da comunicação como verdadeira."*<sup>45</sup> Em outras palavras, deve vender ao consumidor algo que não seja verdadeiro.<sup>46</sup>

Nessa mesma obra, complementa: *"a ninguém pareceria plausível que o consumo de certa marca de cigarro importasse no acesso a uma vida de aventuras e emoções. Por esse motivo, se tal relação é insinuada ou mesmo expressamente afirmada em uma peça publicitária, não há engano, embora seja evidente a falsidade."*<sup>47</sup>

Nesse sentido, sobreleva a lição do mestre Fábio Ulhoa Coelho, que esclarece: *"costuma haver sempre algo de fantasioso (e, portanto, de falso) nas mensagens publicitárias. Nenhuma lingerie é usada por mulheres feias; nenhum cigarro é consumido por doentes; nenhum produto é relacionado seriamente com o fracasso pessoal ou profissional."*<sup>48</sup>

Nesse mesmo sentido, afirmou o Desembargador José Ari Cisne: *"é fato público e notório que emprega a recorrida em suas peças promocionais, jovens saudáveis, em ambientes paradisíacos, não sendo tal prática, no entanto, monopólio da indústria tabagista, já que demonstra a experiência a inexistência de publicidade que vincule produtos a modelos desgraciosos ou cenários deprimentes, que causem repulsa ao público-alvo..."*<sup>49</sup>

---

<sup>45</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários ao Código de Proteção do Consumidor*. São Paulo, Saraiva, p. 161.

<sup>46</sup> *"Não conseguiu ainda o Autor se desincumbir da prova de que a propaganda feita pela Ré é enganosa ou abusiva. Como é notória a propaganda feita pelas empresas fabricantes de cigarros, o Autor eximido de provar a propaganda, porém não de demonstrar que a mesma é enganosa ou abusiva. Já há muitos anos a propaganda feita pelos fabricantes de cigarros vem sempre com a advertência de que o cigarro faz mal à saúde. Além disso, propaganda enganosa, nos termos do CDC, é aquela que é falsa, inteira ou parcialmente, e capaz de gerar dúvidas ou induzir o consumidor em erro. Ora, não se pode falar em comunicação falsa ou induzimento a erro, já que a propaganda veiculada não afirma nem nunca firmou que cigarro não faz mal à saúde, apenas demonstra que há prazer no ato de fumar, vinculando por vezes o ato de fumar com luxo, poder e atividades físicas. Não considero, pois, que haja propaganda enganosa por parte das empresas fabricantes de cigarros. (...). Assim sendo, julgo IMPROCEDENTES em sua totalidade os pedidos autorais."* (TJRJ – Comarca de Sapucaia, processo nº 3907-A, juiz de Direito Dr. Luiz Olímpio Mangabeira Cardoso, j. 30.07.2001).

<sup>47</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *op. cit.*, p. 161.

<sup>48</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *O empresário e os direitos do consumidor: O cálculo empresarial na interpretação do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 247.

<sup>49</sup> TJCE – 3ª Câmara Cível. Apelação nº 1999.06702-1, Rel. Des. José Ari Cisne.

A publicidade enganosa pode também se dar por omissão, estando esta definida no § 3º do art. 37 do CPDC<sup>50</sup>, ocorrendo quando nada diz sobre dados essenciais do produto e induz o consumidor em erro.

Definindo o que vem a ser "dado essencial", Antônio Herman de Vasconcelos e Benjamin, leciona que *"é aquele que tem o poder de fazer com que o consumidor não materialize o negócio de consumo, caso o conheça. Três famílias principais de dados, sem a exclusão de outras, estão normalmente associadas com a publicidade enganosa por omissão: adequação (inexistência de vício de qualidade por inadequação), preço e segurança."*<sup>51</sup>

A questão da informação a respeito da nocividade e periculosidade do cigarro já foi discutida nos itens anteriores, concluindo-se que as empresas fumígenas não escondem dados essenciais do cigarro. Frise-se que os tais dados são amplamente divulgados nos anúncios publicitários das empresas fumígenas, são de conhecimento geral, e, se estão disponíveis, por exemplo, nas páginas da Internet, estão disponíveis para todos os que desejem obter maiores esclarecimentos. Conforme afirma Antônio Herman de Vasconcelos e Benjamin, *"não seria admissível que, em 15 segundos de um anúncio televisivo, o fornecedor fosse obrigado a informar o consumidor sobre todas as características e riscos de seus próprios produtos ou serviços... só aquelas informações essenciais são obrigatórias."*<sup>52</sup>

De fato, o consumidor, antes de adquirir o produto, deve ter conhecimento de todas as características do mesmo. No caso do cigarro, o que, efetivamente, pode ser considerado informação essencial, de modo a evitar que o consumidor não consuma o produto? Não basta saber que o produto é nocivo à saúde, que seu uso pode causar doenças? Se o consumidor, mesmo tendo conhecimen-

---

<sup>50</sup> CPDC: Art. 37, § 3º: *"Para os efeitos desse Código, a publicidade é enganosa por omissão quando deixa de informar sobre dado essencial do produto."*

<sup>51</sup> BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcelos e. "O conceito jurídico de consumidor". **Revista dos Tribunais**. São Paulo: RT, 1998. v. 628.

<sup>52</sup> BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos e. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto**, *op. cit.*, p. 293.

to de todas essas informações, se utiliza do produto, o faz por escolha própria, assumindo os riscos<sup>53</sup>.

Até para aquele que nunca fumou e deseja iniciar o consumo do produto, tais informações não são desconhecidas, o que seria mais importante para a caracterização da publicidade por omissão. Como bem acertou a juíza Márcia Ferreira Alvarenga: *"ademais, não se pode tapar o sol com a peneira. É obvio que todos sabem, ou já ouviram dizer sobre o mal causado pelo cigarro, pois, mesmo que não assista televisão e cinema, não leia revistas e jornais, não passe por locais onde existam outdoors e, ainda, seja analfabeto para não entender a mensagem escrita na própria cartela, duvida-se que em 30 anos de fumaça exalada, nenhuma pessoa incomodada (seja parente, amigo ou desconhecido) tenha reclamado e posteriormente alertado. O mesmo se diz em relação aos médicos, será que a vítima nunca teve um aconselhamento médico?"*<sup>54/55</sup>

## 2.5. O Nexo Causal

### 2.5.1. O Cigarro Como Fator de Perigo

Há controvérsias no sentido de se entender o cigarro como o efetivo causador de doenças ou mero fator de perigo, colocando o

---

<sup>53</sup> "(...) não há como responsabilizar a acionada pelos apontados malefícios de produto cujo uso depende exclusivamente da iniciativa do consumidor. (...)" (TJSP – 1ª Vara da Comarca de Jaú, processo nº 58/99, juiz João Roberto Casali da Silva, j. 27.08.1999); "(...) Por outro lado, o autor não podia ignorar a existência de inúmeras matérias, as quais, como é público e notório, vêm sendo divulgadas por todos os meios de comunicação há mais de cinquenta anos sobre as consequências da utilização prolongada e excessiva do fumo. Assim, o autor não poderia ficar alheio a essas campanhas, ainda mais tocando em assunto que era de seu interesse como fumante. Logo, se continuou a fazer uso do cigarro, por sua própria conta e risco assumiu as consequências desse ato, não podendo, agora, querer atribuir essa responsabilidade ao seu fabricante, ou seja, a ré. (...)" (TJSP – 7ª Vara Cível da Capital, processo nº 00.568754-3, juiz Dr. Lincoln Augusto Casconi, j. 19.06.2001); "(...) Ainda que o autor tenha iniciado seu vício na adolescência, certo é que ao atingir a maturidade certamente deu continuidade ao consumo de cigarros e se o fez foi por sua vontade exclusiva. Se fumou muito e indiscriminadamente também o fez por vontade própria. (...). Se durante anos o autor fumou indiscriminadamente, o fez porque quis e deve arcar com as consequências do seu vício. (...)" (TJSP – 1ª Vara Cível de Santos, processo nº 1.797/00, juíza Drª Lucília Alcione Prata, j. 10.07.2001)

<sup>54</sup> TJRJ – 48ª Vara Cível da Comarca do Rio de Janeiro, processo nº 2001.001.000971-2, juíza Márcia Ferreira Alvarenga, j.21.07.2001.

<sup>55</sup> "É incontestável que, nos países desenvolvidos, a consciência das pessoas em relação aos malefícios causados pelo uso do tabaco aumentou sobremaneira ao longo dos quatro últimos decênios, embora não o suficiente." (DELFINO, Lúcio, *op. cit.*, p. 34).

fumante em um grupo de risco, mais vulnerável às doenças cuja causa é atribuída ao tabaco. O posicionamento majoritário é no sentido de que o cigarro se apresenta como mero fator de risco, podendo ou não causar doenças, assim como a bebida alcoólica e a gordura.<sup>56</sup>

Tal posicionamento está fundamentado em diversos estudos a respeito do tabagismo e doenças correlatas. O Dr. J. Galvão Alves, professor titular da Faculdade de Medicina Souza Marques e da Universidade Gama Filho, reconheceu que "*o tabagismo aumenta em duas vezes o risco de doença coronariana fatal e em três vezes o de doença cerebrovascular*". Outro estudo, publicado na página da Internet [www.cigarro.com.br](http://www.cigarro.com.br), concluiu que após 20 minutos sem fumar, a pressão sanguínea e a pulsação voltam ao normal. E que duas horas depois, já não se encontra nicotina no sangue; e, em oito horas, o nível de oxigênio no sangue se normaliza.<sup>57</sup> Ainda segundo o estudo, um dia é suficiente para o melhor funcionamento dos pulmões e um ano de abstinência afasta metade dos riscos de morte por infarto. De cinco a dez anos de abstinência um ex-fumante corre o mesmo risco de contrair doenças cardiovasculares de quem nunca fumou.

Infere-se, portanto, que o tabagismo corresponde a um agente nocivo à saúde e coadjuvante nas principais causas de morte, como o câncer e as doenças cardiovasculares, não se podendo desprezar a ação de inúmeros outros fatores que, separadamente, já podem fazer surgir uma patologia no fumante<sup>58</sup>.

---

<sup>56</sup> "*As empresas, simplesmente, como simples manobra de defesa, admitiram o óbvio, que o cigarro é um fator de risco, que o cigarro pode causar certas doenças. Com isso, está afirmando que o cigarro, assim como a bebida alcoólica, como a gordura, etc., pode causar danos à saúde. Esta tem sido a linha de pensamento mais seguida, tanto das empresas fabricantes de fumo, que visam a uma excludente de responsabilização diante de tal fato, como também daqueles que buscam no mesmo fato a sua responsabilização.*" (PEDREIRA, Adriana do Couto Lima. *op. cit.*, p 51).

<sup>57</sup> PEDREIRA, Adriana do Couto Lima. *op. cit.*, p. 52.

<sup>58</sup> "(...) Quanto à enfermidade que sofre o Autor (tuberculose pulmonar), (...) não informa sua causa. Também não pode atribuir ao consumo do fumo tal doença, já que é causada por um microorganismo específico, conhecido por bacilo de Koch, sendo que o risco de seu desenvolvimento está relacionado à imunidade celular do hospedeiro. Condições como desnutrição, predisposição genética, idade, entre outros, atuam na redução da imunidade celular, favorecendo o desenvolvimento da tuberculose." (TJCE - 17ª Vara Cível de Fortaleza, processo nº 97.02.07953-5, juiz Inácio de Alencar Cortez, j. 17.09.1997); "(...) Por outro lado, embora possa ser verdade que a grave enfermidade que o acometeu tenha se originado no tabagismo, também é impossível afirmar com segurança, e provar, que somente aquele é que deu causa à lesão a sua saúde. (...)". (TJSP - 6ª Vara Cível de Piracicaba, processo nº 1967/00, juiz Dr. Joel Valente, j. 16.04.2001).

Veja-se o caso, por exemplo, de um fumante que morreu de câncer pulmonar. No caso, existem vários fatores de risco que concorreram para aparecimento da referida doença, sendo o cigarro somente um deles, e a predisposição genética, por exemplo, outro fator. Uma pessoa que fuma, em razão de diversos fatores, pode ou não ser acometida por um câncer de pulmão. Assim como uma pessoa que jamais fumou pode também adquirir a doença.

Tal posicionamento e sua efetiva aplicabilidade no ramo jurídico é consequência direta dos hábitos da sociedade contemporânea<sup>59</sup>. Assim como o tabagismo pode causar doenças, a ingestão de gorduras pode aumentar o colesterol, o consumo imoderado de bebidas alcoólicas pode gerar a cirrose hepática.<sup>60/61</sup>

A questão do hábito no assunto em estudo é extremamente importante, levando-se em conta que não há vício ou dependência do cigarro e sim um hábito prazeroso, e, por isso mesmo, difícil de ser abandonado<sup>62</sup>. A realidade do dia a dia, cientificamente com-

---

<sup>59</sup> "(...) Além disso, a publicidade dos efeitos nocivos do fumo, pelas substâncias nele existentes, notadamente a nicotina, é larga de há muito, fato que, aliado ao arbítrio da pessoa quanto ao consumo, impõe reconhecer a inexistência de qualquer conduta ilícita por parte da Ré. É o próprio autor que afirma a opção pelo tabagismo desde 1963, fato pessoal a roborar a ausência de culpabilidade. Enfim, ninguém é obrigado a iniciar-se no vício de fumar e muito menos foi a Ré quem deu causa a isso em relação ao autor, o qual, de outra parte, sempre teve também o livre-arbítrio de coatar o tabagismo, como ainda o tem e tem também quanto ao consumo de eventuais outros produtos, inclusive alimentares, cuja literatura especializada muita vez realça a nocividade à saúde. Outrossim, não são as substâncias nocivas à saúde presentes nos cigarros e assemelhados os únicos fatores a alterar a bioquímica vital, fato mostrado na experiência comum e que vem corroborar a defesa da Ré. Isto posto, julgo IMPROCEDENTE a presente ação de indenização (...)." (TJSP - 21ª Vara Cível da Comarca da Capital de São Paulo, processo nº 1.080/98, juiz Dr. José Wagner de Oliveira Melatto Peixoto, j. 22.10.1998).

<sup>60</sup> PEDREIRA, Adriana do Couto Lima. *op. cit.*, p. 52).

<sup>61</sup> "(...) Nesta esteira de pensamento, grande parte da população desta cidade, de origem germânica, fervorosos consumidores de cerveja, intentaria ações contra os fabricantes de tal produto, que, em tese, pode provocar a cirrose. Pediriam a devolução de tudo aquilo que gastaram comprando a bebida, que, mais tarde, entenderiam ser prejudicial à saúde. (...)." (TJRS - 3ª Vara Cível da Comarca de Santa Cruz do Sul, processo nº 41.961, juiz Dr. Sádilo Vidal Rodrigues, j. 27.05.1999); "(...) Neste sentido, o consumo de açúcar, carne vermelha também são, pela ciência de hoje, responsáveis pelo aparecimento de doenças no ser humano e, nem por isso, podem os seus produtores serem responsabilizados pelas mesmas. (...)." (TJSP - 7ª Vara Cível, processo nº 00.568754-3, juiz Dr. Lincoln Augusto Casconi, j. 19.06.2001).

<sup>62</sup> "(...) Não se esqueça que o ato de fumar é voluntário, i.e., foi de iniciativa do próprio autor que tinha ainda ao seu alcance tratamentos médicos anti-tabagismo, mas optou por desfrutar por longo tempo o prazer que lhe proporcionava o cigarro, não podendo, agora, em situação adversa, atribuir ilicitude à ré por fabricar e comercializar cigarros. De aplicação aqui o brocardo: 'os que têm direito ao cômodo, devem sofrer os incômodos que lhe estão anexos, ou do mesmo decorrem' (Carlos Maximiliano). (...)." (TJSP - 6ª Vara Cível de Piracicaba, processo nº 1967/00, juiz Dr. Joel Valente, j. 16.04.2001); "(...) Em nenhum momento a Ré obrigou, constrangeu ou compeliu o Autor a fazer uso do cigarro da Ré. Essa decisão partiu do livre arbítrio do autor, o qual se fez uso do cigarro da ré é porque o mesmo atendia suas necessidades. (...)." (TJSP - 7ª Vara Cível, processo nº 00.568754-3, juiz Dr. Lincoln Augusto Casconi, j. 19.06.2001).



provada por diversos estudos<sup>63</sup>, denota que é possível parar de fumar, mesmo se considerando todas as características da nicotina<sup>64</sup>.

Para reforçar tal tese, a própria Organização Mundial de Saúde, em relatório que remonta a 1957, considerou as diferenças existentes entre um vício e um hábito, aduzindo que: "*vício (addiction) era um estado de intoxicação caracterizado pela compulsão, tolerância, dependência psicológica e comumente física, com seqüelas no comportamento pessoal e social. Já o hábito foi considerado uma 'condição' caracterizada pelo desejo por uma droga, pequena ou nenhuma tolerância, dependência meramente psicológica (inexistência de dependência física ou síndrome de abstinência), com seqüências puramente individuais*"<sup>65</sup>

Vale transcrever os argumentos das empresas fabricantes de cigarros<sup>66</sup>, que entendem ser uma questão de livre escolha a atitude de começar e parar de fumar, e que a afirmação de que o cigarro é viciante decorre tão-somente da política anti-tabagista implementada a partir do final de década de 80, nada tendo a ver com critérios científicos<sup>67/68</sup>:

---

<sup>63</sup> Publicação científica realizada pela Organização Panamericana de Saúde com o Banco Mundial, intitulada *Curbing the Epidemic: Governments and the Economics of Tobacco Control*.

<sup>64</sup> "(...) Nesse ponto, pondero que a alegação do vício causado pela nicotina, a justificar a dependência do cigarro, não pode ser considerada já forma como foi colocada pelo Autor. A nicotina pode até causar dependência física e psíquica, mas não a ponto de retirar do fumante sua autodeterminação. A decisão pessoal de iniciar e continuar a fumar é fruto da escolha consciente do fumante, sendo cediço que inúmeras pessoas largam o hábito quando decidem fazê-lo, necessitando apenas de força de vontade para persistir nessa decisão. (...)". (TJDF – 12ª Vara Cível, processo nº 8.788, juiz Drº. Luciana Corrêa Sette Torres, j. 29.03.2001).

<sup>65</sup> PEDREIRA, Adriana do Couto Lima, op. cit., p. 69.

<sup>66</sup> *Ibidem*, p. 68, citando Luís Roberto Barroso e Sérgio Bermudes, advogados da Souza Cruz, em contestação no processo nº 96.001.084.43-1, proposto perante a 38ª Vara Cível da Comarca do Rio de Janeiro, 1996.

<sup>67</sup> *Ibidem*, p. 70.

<sup>68</sup> Interessante notar que os magistrados, ao julgarem esses tipos de ações, costumam, antes de tudo, fazer considerações pessoais sobre o caso. Veja-se essa sentença: "(...) Meu falecido pai, de saudosa memória, fumou desde a adolescência, ora 'palheiro', ora cigarros industrializados. Minha mãe, após a segunda década de vida, fumou por longos anos, sempre consumindo cigarros industrializados, cujas marcas não saberia dizer. Meu pai deixou de fumar por volta dos cinqüenta anos, tendo vivido até os sessenta e nove, não sendo possível estabelecer relação entre o seu óbito e o hábito de fumar. Minha mãe fumou até os sessenta e nove anos de idade e hoje ostenta excelente estado de saúde. Em razão disso, quando adolescente, sempre tive a mais ampla liberdade de fumar. Meus pais, principalmente o pai, alguns tios e tias, por diversas vezes, ofereceram-me cigarros. A liberdade para fumar era completa. Mesmo assim, por opção própria, afora algumas tragadas passageiras, nunca fumei. Continuo não fumando até hoje e, acredito, não o farei pelo resto da existência. Não permito que fumem na sala de audiência em que trabalho. No entanto, não me considero antitabagista de carteirinha, os quais são, assim como todos aqueles que defendem posições extremadas, uns chatos. Ainda esclareço que nunca trabalhei em qualquer empresa fumageira, muito embora tenha tentado colocação nas mesmas, o que não logrei conseguir. Este é o ânimo do julgador em relação ao tema colocado nos autos. Talvez fosse melhor dizer que estas são as circunstâncias pessoais que influem no subjetivismo do julgador. (...)". (TJRS – 3ª Vara Cível da Comarca de Santa Cruz do Sul, processo nº 41.961, juiz Dr. Sádilo Vidal Rodrigues, j. 27.05.1999).

- I – qualquer fumante é capaz de parar de fumar se desejar fazê-lo e empenhar-se por tal objetivo. Fumantes freqüentemente revelam seu gosto pelo cigarro e, compreensivelmente, as pessoas podem relutar em abandonar alguma coisa que lhe dá prazer;
- II – nada no cigarro impede o fumante de tomar uma decisão consciente quanto a parar de fumar e implementá-la;
- III – milhões de pessoas no Brasil e em outras partes do mundo pararam de fumar, sendo que a maioria esmagadora o fez por seus próprios meios, sem ajuda profissional;
- IV – jamais foi demonstrado cientificamente que o cigarro e a nicotina do tabaco sejam viciantes. Se o termo vício puder ter alguma valia científica para descrever um comportamento, certamente será para designar o uso de drogas pesadas como a cocaína e a heroína;
- V – a rigor, o termo “vício” esvaziou-se de significado científico, sendo empregado por alguns em relação ao cigarro somente pelo impacto psicológico do vocábulo.

### 2.5.2. A Inexistência de Nexo Causal

Conforme exposto anteriormente, a relação existente entre o fumante e as empresas fumígenas é regulada pelo CPDC e, por conseguinte, segundo os princípios da responsabilidade objetiva, somente sendo necessário provar-se o dano sofrido e o nexo causal entre fato danoso e os prejuízos, sendo desnecessária, portanto, a prova de dolo ou culpa do agente causador do dano.

*In casu*, para haver a condenação dessas empresas em razão dos danos causados pelo tabagismo, necessário seria somente provar a existência de nexo causal entre a morte ou adoecimento do fumante, e o tabagismo.

Tal prova, no entanto, não é possível de ser produzida. Aplicando-se a teoria da interrupção do nexo causal ou do efeito direto e imediato<sup>69</sup>, torna-se impossível a obtenção de certeza médica quanto

---

<sup>69</sup> “(...) à luz dessa teoria, existem duas situações distintas a serem solucionadas: quando todas as concausas são atos humanos, onde havendo um ato imputável a alguém que se interpõe entre a causa inicial e o resultado danoso apto a gerar o resultado, rompe-se o nexo causal e o último evento é o que será considerado o causador do dano para fins de responsabilidade civil; e quando dentre as concausas há um fato natural, não imputável a quem quer que seja, onde interpondo-se um fato natural que explique o dano final entre este e a causa inicial, rompe-se o nexo causal em relação a esta, e ninguém será responsabilizado pelo dano.” (PEDREIRA, Adriana do Couto Lima, *op. cit.*, p. 65).

à verdadeira causa da morte do fumante. As certidões, declarações de óbito e/ou perícias médicas não podem afirmar que o uso do cigarro levou à formação da doença que causou a morte do fumante<sup>70</sup>.

É esse o argumento básico principal das empresas fabricantes de cigarros em suas defesas nas diversas ações propostas por consumidores do produto e seus familiares, pleiteando indenização por danos materiais e morais causados à saúde: a inexistência denexo causal entre o hábito de fumar e a ocorrência do mal causado à saúde.<sup>71/72</sup>

---

<sup>70</sup> "Responsabilidade Civil. (...) Embora recomendada, não foi realizada autópsia. Não obstante, o médico que preenche a declaração de óbito, constando ter examinado o corpo, lança como causa mortis o *Enfarte Agudo do Miocárdio e Cardiopatia Hipertensiva, sendo acrescentado Tabagismo na certidão de óbito irregularmente, quando deveria constar na declaração 'causa indeterminada' ou 'morte súbita', tomando inevitável a autópsia. Histórico médico apontando numerosos fatores de risco no paciente – Hipertensão grave, hipertrofia do ventrículo esquerdo, doença coronariana, personalidade estressada, vida sedentária, além de inúmeras recomendações não atendidas para reduzir e parar com o hábito do fumo, ou ainda de observar medicação recomendada para hipertensão. Inexistência de anotação relativa a enfisema que tem maior incidência entre os fumantes. Teoria de interrupção de nexo causal, adotada pela sistemática de nosso Código Civil – art. 1.060. Omissão e equívocos da sentença. Prova produzida fora dos autos. Inocorrência de atividade ilícita da Ré. Inexistência de propaganda enganosa. Lícitude da atividade e controle da publicidade pelo estado. Inexistência de qualquer modalidade ou nível de culpa atribuível à atividade da empresa Ré. Inexistência manifesta de nexo causal. Pareceres dos mestres da medicina e de comunicações. Procedência do apelo da empresa. Improcedência do apelo do pai. Reforma da sentença. Improcedência do pedido" (TJRJ – 10ª Câmara Cível, Apelação nº 1998.001.58, Rel. Des. João N. Spyrides, j. 23/09/1999).*

<sup>71</sup> Outros argumentos das empresas: preliminar de ilegitimidade passiva para a causa, a inocorrência de responsabilidade objetiva, a legalidade e legitimidade de sua publicidade e a excludente de responsabilidade, uma vez que o fumante assume o risco de sua conduta, já que o cigarro não vicia.

<sup>72</sup> "(...) No mais, para existir responsabilidade da Ré sobre a doença adquirida pelo autor, deveria existir nexos de causalidade. Para o ato ilícito ser fonte de obrigação de indenizar, é preciso uma relação de causa e efeito entre a ação e o dano (Teoria Objetiva) (...) No caso em exame, não vejo nexos causal entre a enfermidade do autor e a conduta da Ré, senão vejamos: a promovida não praticou nenhuma ação ou omissão, na propaganda e venda de seus produtos (cigarros de vários marcas), porque obedeceu a Lei Federal nº 9.294/96, art. 3º e parágrafos (...). O autor é livre e capaz para fazer o que bem quiser, desde que não exista norma jurídica proibitiva, art. 5º, II da Constituição Federal. O ato de fumar é atividade lícita. A doença (tuberculose pulmonar) pode ser causada por vários fatores (...). Poderia o Autor argumentar a teoria da equivalência de condições, que tentaria resolver na prática o problema da relação causal, e tem o mérito da simplicidade. Contudo foi afastada por inadequada. A determinação do nexos causal é uma *questio facti*, daí não ser proveitoso enunciar uma regra absoluta, cabendo ao julgador examinar cada caso. (...) Pelos fatos e fundamentos acima expostos (...) JULGO IMPROCEDENTE a presente ação de reparação de danos (...). (TJCE - 17ª Vara Cível de Fortaleza, processo nº 41.961, juiz Dr. Inácio de Alencar Cortez Neto, j. 17.09.1997); "(...) Em suma, não há como se atribuir qualquer nexos de causalidade entre a fabricação do cigarro pela ré e a doença do autor, pois esta não decorreu do seu simples consumo, mas da sua excessiva utilização pelo autor, dentro do seu livre arbítrio. Portanto, se a doença teve mesmo causa precipua no fumo, o foi pela conduta do próprio autor em exceder no seu consumo. (...)" (TJSP – 7ª Vara Cível, processo nº 00.568754-3, juiz Dr. Lincoln Augusto Casconi, j. 19.06.2001)

### 3. JURISPRUDÊNCIA<sup>73</sup>

No Brasil, o entendimento pacífico é pela inexistência de responsabilidade das empresas fumígenas. Os processos movidos por fumantes e ex-fumantes tiveram início em 1995 e, desde então, foram propostas 344 ações. Destas, já foram encerradas 162, sendo que 156 julgadas favoravelmente aos argumentos defendidos pelos fabricantes de cigarros e apenas 6 desfavoráveis, as quais ainda estão pendentes de recurso. Das 73 ações transitadas em julgado, todas foram favoráveis às empresas, não tendo as mesmas, até a presente data<sup>74</sup>, gasto um centavo em indenizações a fumantes ou familiares. As estatísticas demonstram ser São Paulo o estado com maior número de ações em curso (84), seguido pelo Rio de Janeiro (34) e Rio Grande do Sul (33).

Especificamente no Nordeste do país, os Estados com maior número de ações propostas são o Ceará, com 24, o Rio Grande do Norte, com 17, e o estado do Alagoas, com 4 ações em curso. No Rio Grande do Norte, as 4 ações julgadas até o momento foram improcedentes, bem como as do estado do Ceará, onde já foram julgadas 18 ações semelhantes, sendo 5 confirmadas pelo Tribunal. No estado do Rio de Janeiro, já foram propostas 42 ações, com 23 sentenças favoráveis às empresas fabricantes de cigarros. Destas, 15 já foram confirmadas pelo Tribunal de Justiça do Estado. Já no estado do Rio Grande do Sul, já foram propostas 38 ações indenizatórias contra fabricantes de cigarro, com 15 resultados favoráveis a essas empresas.

No cenário internacional, verifica-se que nos Estados Unidos as ações propostas contra a indústria de cigarros tiveram início na década de 50 e, até hoje, já foram movidas mais de sete mil ações. As poucas sentenças que condenaram as indústrias americanas a pagar indenizações aos fumantes encontram-se pendentes de recurso ou foram revertidas pelos Tribunais. A única exceção foi o chamado "Caso Carter", em que um fabricante americano foi condenado a pagar cerca de 700 mil dólares.

---

<sup>73</sup> Informações extraídas da *Revista ConJur* ([www.conjur.com.br](http://www.conjur.com.br)) de 25.06.2003, 16.07.2003, 25.07.2003, 06.08.2003, 10.09.2003, 18.09.2003, 25.09.2003, 30.10.2003, 11.11.2003, 24.11.2003 e 08.12.2003. A estatística tem como base as ações em que se verificam a presença da empresa Souza Cruz no pólo passivo.

<sup>74</sup> Janeiro de 2004.

As decisões dos Tribunais da Argentina, Itália, França, Finlândia, Noruega, Austrália e outros países têm consistentemente rejeitado os pedidos de indenização.

## **CONCLUSÃO**

Ao ensejo de conclusão desse estudo, cita-se, inicialmente, as palavras do juiz Sadilo Vidal Rodrigues, tendo-as como base o fechamento desse texto: *"O hábito de fumar acompanha o ser humano desde os seus primórdios, mesmo quando ainda não havia a industrialização do cigarro, sendo o próprio fumante quem, de maneira artesanal, confeccionava o seu cigarro. As campanhas contra o fumo aumentam a cada dia, tanto na sua intensidade quanto na ferocidade dos seus mentores. Mesmo assim, para o desespero dos mesmos, o hábito do fumo nunca acabará. Acaso fossem fechadas as indústrias, o homem voltaria a confeccionar o seu próprio cigarro, no caso dos gaúchos o velho e conhecido 'palheiro'. (...) O dito comportamento politicamente correto, tão em voga nos nossos dias, que busca, entre outros desideratos, acabar com o hábito de fumar, é patrocinado por meia dúzia de chatos, com a condescendência da mídia, e visa a pautar e padronizar padrões de vida que entendem corretos. Na realidade, no mais das vezes, atentam contra o prazer e o encanto do viver. Não consideram a liberdade pessoal de cada um. É, no dizer do Professor Galeno, 'andor iconoclasta e irracional' que redundaria 'por proscrever da face da terra as indústrias de vinhos, de whiskeys, de licores, que tanto sublimam a cultura humana'. Traçando paralelo com o caso dos autos, lembro, por público e notório, o comportamento do jornalista Paulo Santana, o qual apregoa aos quatro ventos o prazer que lhe traz o cigarro, e, mesmo diante das advertências dos amigos e da consciência dos malefícios que o fumo pode acarretar, continua cultivando o hábito. Será que os seus familiares, no futuro, após o seu passamento, teriam condições, até morais, de pleitear indenização por algo que lhe causou tanta satisfação pessoal, tanto prazer, mesmo que admitidos eventuais malefícios. Será que o referido jornalista, acaso fosse privado de tal prazer, seria a pessoa destacada e, parece, feliz que é hoje? (...) As ações contra fumageiras parecem ser o próximo veio a ser explorado, na área jurídica, visando o ganho de dinheiro. Como foi o*

*dano moral, o qual está, aos poucos, sendo colocado nos seus devidos contornos pelos nossos tribunais. (...).*<sup>75</sup>

Efetivamente não é possível imputar-se a alguém a responsabilidade por atos próprios, e, tratando do caso sob análise, atos conscientes. O livre arbítrio na tomada de decisões sempre foi o que impulsionou a sociedade ao desenvolvimento<sup>76</sup> no sentido do progresso tecnológico e econômico. E principalmente na sociedade moderna, esse livre arbítrio está supervalorizado, pois vive-se em uma era informatizada, globalizada, na qual é difícil aceitar a ignôria total acerca de qualquer assunto.

Tem-se que o fumante, sabedor dos malefícios que o fumo pode causar à saúde, faz uma opção entre o risco de adquirir doença e o prazer de fumar, no exercício, sim, de seu livre arbítrio, mas nunca por exclusiva "tentação" criada pela publicidade das empresas. Nesse sentido, o notável Luiz Fux assim decidiu: *"O livre arbítrio da pessoa humana implica em que a morte decorrente de eventuais abusos com o uso de substâncias advertidamente nocivas encerra infortúnio imputável à própria vítima e excludente de toda e qualquer responsabilidade objetiva".*<sup>77</sup>

---

<sup>75</sup> TJRS – 3ª Vara Cível da Comarca de Santa Cruz do Sul, processo n.º 41.961, juiz Dr. Sadilo Vidal Rodrigues, j. 27.05.1999. Cabe, ainda sobre a citada sentença, informar que o juiz fez questão de deixar claro desde o início que jamais fumou.

<sup>76</sup> *"Fumar pode ser um suicídio em longo prazo. De tal forma que a culpa exclusiva do falecido que fumou durante longos anos, na máxima da autonomia da vontade e do livre arbítrio, ciente e consciente de que o tabagismo é prejudicial à saúde."* (TJCE - 25ª Vara Cível de Fortaleza, juíza Dr.ª Lira Ramos de Oliveira, J. 11.11.2003); *"(...) De acordo com numerosos estudos, o cigarro faz mal à saúde. Todavia, o promovente jamais foi obrigado a consumi-lo. Se fumou foi por livre e espontânea vontade, não podendo, agora, passados tanto anos (é o que diz), pretender responsabilizar ou dividir com a parte ré pela sua incúria em não permitir que o cigarro fizesse parte da sua vida. Há no mercado tantos e tantos outros produtos que, segundo divulgam revistas, periódicos, jornais e outros canais de manifestações escritas e orais, fazem mal à saúde. Mas o consumidor a eles adere livremente. Não há prova nesses autos de que a promoção obrigou o autor a consumir seus produtos. Não se queira culpar a propaganda pela invigilância no consumir os produtos que oferta. Transferir responsabilidades é algo que não deve ser estimulado. Ante as razões acima expedidas, julgo IMPROCEDENTE o pedido formulado na inicial (...)"*. (TJCE - 18ª Vara Cível de Fortaleza, processo n.º 2.527/99, juiz Dr. Francisco Barbosa Filho, J. 30.04.1999).

<sup>77</sup> TJRJ - 10ª Câmara Cível, Apelação n.º 58/98, Rel. Des. Luiz Fux, j. 23/03/1999.

Reside nesse ponto a principal questão sobre o assunto. Todos os outros argumentos podem ser considerados como complementares ao estudo, necessários, obviamente, para a fundamentação da inexistência de responsabilidade das empresas fumígenas, uma vez que, acaso não fosse a própria vontade da pessoa em dar início ou continuidade ao uso do cigarro, ou, por outro lado, em não procurar meios de não consumir o produto, não seria necessária a presente discussão.

Efetivamente, a Lei 8.078/90 possui como objetivo a proteção do consumidor, e não excluiu de tal proteção o fumante. Deve-se levar em conta, no entanto, que tal proteção visa o equilíbrio das forças dentro de uma relação de consumo (art. 4º, III do CPDC<sup>78</sup>), não podendo gerar a superproteção do consumidor em desfavor do fornecedor.

Nesse sentido, em se considerando, por um lado, o cumprimento, por parte dos fornecedores, da legislação acerca da matéria e o respeito aos princípios da Política Nacional das Relações de Consumo, por outro lado, a efetiva proteção do fumante, consumidor vulnerável, mas que, por opção própria, decide por consumir um produto que pode causar riscos à sua saúde, não há que se imputar qualquer responsabilidade às empresas produtoras de cigarro.

Assim, entende-se que o julgamento mencionado na introdução se constitui em posição isolada (o próprio TJRS, através de outro Órgão fracionado, julgou, um mês após, em sentido diverso<sup>79</sup>), totalmente dissonante da larga maioria que, adotando os argumentos aqui esposados, conclui pela irresponsabilidade das empresas, garantindo às mesmas a invencibilidade no que concerne às Ações indenizatórias. ♦

---

<sup>78</sup> CPDC, art. 4º, III: "A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria de sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia nas relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (...) 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".

<sup>79</sup> TJRS – 2ª Câmara Especial Cível, Rel. Des. Ana Lúcia Carvalho Pinto Vieira, unânime, j. 08.12.2003.

# Reflexões Sobre a Coisa Julgada e sua Relativização

SÉRGIO RICARDO DE ARRUDA FERNANDES

Juiz de Direito da 2<sup>a</sup> Vara Cível - TJ/RJ

O estudo da coisa julgada revela que por trás de sua disciplina esconde-se um dilema, quase dramático, a ser equacionado: como equilibrar a necessária indiscutibilidade da decisão judicial coberta pelos efeitos da coisa julgada, que se apresenta como indispensável à segurança das relações jurídicas e à paz no convívio social, com a possibilidade de se corrigir eventual injustiça, de grande magnitude, cometida contra o direito subjetivo da parte vencida?

Nesse embate, temos de um lado o interesse coletivo na preservação da coisa julgada, que segundo Leornado Greco<sup>1</sup>, com muita propriedade, representa importante garantia fundamental da preservação da segurança jurídica, prevista no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal, bem como afigura-se inerente à efetividade da prestação jurisdicional, nos termos do inciso XXXV do mesmo dispositivo constitucional.

De outro, temos o interesse, que não é apenas do particular, ou seja, do titular do direito subjetivo violado, mas sim coletivo, no sentido de que as decisões judiciais espelhem - o mais próximo possível - a vontade concreta da lei, aplicada de acordo com nosso sistema jurídico e apoiada nas regras e princípios constitucionais.

Enfim, nunca foi, nem tampouco há indícios de que um dia será fácil a tarefa de encontrar um ponto de equilíbrio capaz de

---

<sup>1</sup> "Eficácia da declaração *erga omnes* de constitucionalidade ou inconstitucionalidade em relação à coisa julgada anterior". Artigo publicado na obra coletiva **Problemas de Processo Judicial Tributário**, 5º volume, coordenador Valdir de Oliveira Rocha, ed. Dialética, São Paulo, 2002, p. 193/207



acomodar, em todas as situações que a vida social pode oferecer, essas vertentes que não raro caminham em direções antagônicas.

Ilustremos, desde logo, a dificuldade de se encontrar para o problema solução satisfatória, capaz de compatibilizar todos os interesses em jogo.

Relembremos a questão enfrentada por nossos Tribunais há alguns anos atrás, diante de ação de desapropriação com decisão trântisa em julgado, tendo sido estabelecido valor indenizatório várias vezes superior ao valor do imóvel desapropriado, em flagrante prejuízo ao erário público. O caso abriu precedente na jurisprudência das nossas Cortes superiores, entendendo-se possível a flexibilização da coisa julgada de modo a se evitar lesão, de grande monta, no patrimônio público.

Pois bem. Em razão desse episódio, o Governo Federal, pretendendo disciplinar a matéria, alterou o disposto no artigo 188, I do Código de Processo Civil, por intermédio de Medida Provisória (a primeira editada sobre a matéria foi a de nº 1.577, de 1997), estabelecendo que a Fazenda Pública teria o prazo de quatro anos para propor ação rescisória, como forma de aumentar a garantia de proteção ao erário público. E, também por Medida Provisória (MP 1.774-20, de dezembro de 1998), incluiu no artigo 485 o inciso X, dispondo: "a indenização fixada em ação de desapropriação direta ou indireta for flagrantemente superior ou manifestamente inferior ao preço de mercado objeto da ação judicial". O fato é que o dispositivo aumentando o prazo para a Fazenda Pública propor ação rescisória (art. 4º da MP 1632-11/98 então em vigor) teve sua vigência suspensa por decisão do Supremo Tribunal Federal em sede de ação direta de inconstitucionalidade (ADIn 1753-2, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 12.6.980)<sup>2</sup>, ao entendimento de que a regra concedia injustificável privilégio em favor da Fazenda Pública. E a Medida Provisória que incluía no art. 485 aquela nova causa de rescindibilidade não mais foi reeditada, não tendo sido convertida em lei pelo Congresso Nacional. Enfim, houve forte reação contrária, à época, contra as inovações. E, curiosamente, hoje em dia, pela tese da "relativização da

---

<sup>2</sup> Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, *Código de Processo Civil Comentado*, 7ª edição, RT, São Paulo, 2003, p. 845.

coisa julgada”, defende-se a possibilidade de ser alterada, a qualquer tempo, a decisão que impôs ao erário público prejuízo maior que o devido:

***“ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO. SENTENÇA COM TRÂNSITO EM JULGADO. FASE EXECUTÓRIA. NOVA AVALIAÇÃO. DETERMINAÇÃO DE OFÍCIO. COISA JULGADA. PRINCÍPIOS DA MORALIDADE E DA JUSTA INDENIZAÇÃO.***

*1. Recurso especial intentado contra acórdão que, apoiando decisão monocrática designadora de nova perícia na área objeto de ação expropriatória, em fase de execução, repeliu argumentos de ofensa ao instituto da coisa julgada.*

*2. A desapropriação, como ato de intervenção estatal na propriedade privada, é a forma mais drástica de manifestação do poder de império, isto é, da soberania interna do Estado sobre os bens existentes no território nacional, sendo imprescindível a presença da justa indenização como pressuposto de admissibilidade do ato expropriatório.*

*3. Não obstante em decisão anterior já transitada em julgado se haja definido o valor da indenização, diante das peculiaridades do caso concreto não se pode acolher a invocação de supremacia da coisa julgada. O aresto de segundo grau levou em consideração fatos e circunstâncias especiais da lide a indicarem a ausência de credibilidade do laudo pericial.*

*4. Perfeita razoabilidade em ato judicial de designação de nova perícia técnica no intuito de se aferir, com maior segurança, o valor real no mercado imobiliário da área em litígio sem prejudicar qualquer das partes envolvidas. Resguarda-se, nesse atuar, maior proximidade com a garantia constitucional da justa indenização, seja pela proteção ao direito de propriedade, seja pela preservação do patrimônio público.*

*5. Em face dos fatores valorativos, a força probatória das perícias técnicas é inestimável, colaborando no sentido jurídico de que a desapropriação se consuma nos limites da legalidade.*

*6. Inocorrência de violação aos preceitos legais concernentes ao instituto da res judicata. Conceituação dos seus efeitos em face dos princípios da moralidade pública e da segurança jurí-*

*dica. Confirmação do acórdão que apoiou as determinações construídas pelo magistrado de 1ª instância no sentido de valorizar prova pericial, aproximando-se ao máximo da realidade dos fatos.*

*7. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, improvido" (STJ, 1ª Turma, RESP 499217/MA, por maioria, Rel. Min. José Delgado, DJ 05.08.2004).*

Citemos, ainda, o caso exemplar da ação de investigação de paternidade, diante do descobrimento de novas técnicas como meios de prova. É forte na doutrina e na jurisprudência atuais a tendência de se flexibilizar a coisa julgada na hipótese em que vem a ser descoberta, mais tarde, a inexistência do vínculo da paternidade, apesar de a decisão transitada em julgado ter chegado à conclusão contrária. A indagação que se pode fazer, como demonstração da complexidade do tema - a exigir muita meditação - é a seguinte: se o réu, na ação de investigação de paternidade, recusou-se a fazer o exame de DNA, como é de seu direito, nos termos da jurisprudência consagrada no Supremo Tribunal Federal desde 1994\*, mas vem a ser declarado pai do autor, inclusive em decorrência da presunção que lhe é desfavorável (presunção construída pela jurisprudência, inclusive do Superior Tribunal de Justiça e, depois positivada nos arts. 231 e 232 do novo Código Civil<sup>3</sup>). Se essa mesma pessoa, após alguns anos de batalha judicial, saindo perdedora, quiser reabrir, tempos depois, a discussão ao fundamento de que não realizou a prova e que a aferição da existência do vínculo biológico do parentesco está atrelada ao princípio da dignidade humana. Haveria preclusão em seu desfavor?<sup>4</sup>

---

<sup>3</sup> Art. 231. "Aquele que se nega a submeter-se a exame médico necessário não pode aproveitar-se de sua recusa". Art. 232. "A recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame".

<sup>4</sup> Alexandre Câmara, em palestra proferida em seminário realizado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, em 13 de agosto de 2004, sobre o tema "Relativização da Coisa Julgada", sustenta que, nessa hipótese, não poderia o réu, que recusara a se submeter ao exame, propor ação negatória de paternidade com base no exame de DNA agora realizado. Veja-se, pois, que nem mesmo o invocado princípio da dignidade humana é capaz de garantir, aqui, a maior "relativização da coisa julgada".

*\* "INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - EXAME DNA - CONDUÇÃO DO RÉU DEBAIXO DE VARA. Discrepa, a mais não poder, de garantias constitucionais implícitas e explícitas - preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica e direta de obrigação de fazer - provimento judicial que, em ação civil de investigação de paternidade, implique determinação no sentido de o réu ser conduzido ao laboratório, "debaixo de vara", para coleta do material indispensável à feitura do exame DNA. A recusa resolve-se no plano jurídico-instrumental, consideradas a dogmática, a doutrina e a jurisprudência, no que voltadas ao deslinde das questões ligadas à prova dos fatos" (STF, Tribunal Pleno, HC 71373/RS, Rel. Min. Francisco Rezek, julg. 10.11.94).*

Esses exemplos servem, a meu ver, para destacar que o estudo do tema exige muita meditação e reflexão, antes de nos seduzirmos por afirmações categóricas, em qualquer sentido, pois nesse terreno não encontraremos uma solução que agrade a todos, diante das mais variadas situações que podem surgir.

É dentro desse contexto, no estágio atual de desenvolvimento científico da questão, que podemos perceber que se encontra muito em voga a afirmação no sentido de que a coisa julgada precisa ser relativizada. Entretanto, não estamos diante de nenhuma *nova proposta*. A relativização da coisa julgada já está prevista na lei. E há muito tempo. A coisa julgada não é, nem nunca foi em nosso sistema processual civil, absoluta. O nosso ordenamento jurídico, de forma clara e expressa, cuida de excepcionar o caráter de definitividade da decisão judicial coberta pelos efeitos da coisa julgada, admitindo seja a mesma novamente alvo de discussão, uma vez desconstituída a eficácia da coisa julgada em sede rescisória.

Cuidou o legislador, como lhe cabia, de estabelecer quais as hipóteses ensejadoras de vício grave capaz de contaminar a decisão judicial, tornando-a suscetível de rescindibilidade. Temos, como é de conhecimento de todos, no artigo 485 do Código de Processo Civil a previsão de várias situações que autorizam o pedido rescindente, como o gravíssimo caso da decisão proferida por juiz corrompido, como ainda proferida por juízo absolutamente incom-

petente, ou baseada em prova falsa *etc.* E o sistema legal, no que concerne às hipóteses de rescindibilidade, ainda contempla uma regra de grande elasticidade: a do inciso V - violar literal disposição de lei (aqui entendida como lei em sentido amplo, abarcando normas constitucionais ou infraconstitucionais).

E vejamos que a decisão judicial transitada em julgado sujeita-se por dois anos a impugnações calcadas em qualquer daquelas situações tipificadas no art. 485.

Portanto, não há novidade na expressão "relativização da coisa julgada", pois a mesma não é, de fato ou de direito, absoluta.

Na esteira dessa tendência moderna em que se destaca a necessidade de se relativizar a coisa julgada, temos a afirmação de Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria<sup>5</sup> no sentido de que "estaria havendo a transformação do Estado de Direito em Estado Judicial, com a hipervalorização do papel do juiz, tomando-o supremo em relação aos demais Poderes". Isso em decorrência da coisa julgada, cujos efeitos tornam a decisão judicial insuscetível de novas impugnações, senão nos casos e no prazo da ação rescisória, em regra.

Trata-se, a meu ver, de grande inversão de perspectiva. Não é o juiz quem decide pela indiscutibilidade de sua decisão, mas a lei. O juiz, ou o Tribunal, apenas limita-se a aplicar o comando legal, não admitindo que aquela decisão possa ser alvo de nova discussão no âmbito de outro processo. A se admitir que o juiz, diante do que vier a considerar como "enorme injustiça", possa reabrir a discussão a respeito de uma causa já julgada em definitivo (por exemplo, pelo próprio Supremo Tribunal Federal, em grau de recurso), independente do que estabelece o ordenamento jurídico positivo, então estaríamos, aí sim, repousando sobre suas mãos um poder muito, muito maior.

E, como assevera o Ministro Luiz Fux<sup>6</sup>, os juízes não receberam do povo, nos termos da Constituição Federal, poder para resolver litígios senão mediante a aplicação da lei.

---

<sup>5</sup> "A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle". Artigo publicado na obra coletiva *Coisa Julgada Inconstitucional*, coordenador Carlos Valder do Nascimento, 2ª edição, ed. América Jurídica, Rio de Janeiro, 2004, p. 77/126.

<sup>6</sup> Palestra proferida em seminário realizado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, em 13 de agosto de 2004, sobre o tema "Relativização da Coisa Julgada".

Ainda sob a premissa da necessidade de relativização da coisa julgada, temos a assertiva do Ministro José Augusto Delgado<sup>7</sup> apontando que a sentença não pode ser veículo de injustiças. Segundo afirma, “a grave injustiça não deve prevalecer em época nenhuma, mesmo protegida pelo manto da coisa julgada, em um regime democrático, sob pena de afronta à soberania da proteção da cidadania”. E conclui: “a coisa julgada é uma entidade definida e regrada pelo direito processual, que não pode se sobrepor aos princípios da moralidade, da legalidade, da realidade dos fatos, das condições impostas pela natureza ao homem e às regras da Constituição”. Inference-se de sua posição, portanto, que a parte vencida, vítima de uma sentença injusta, tem o direito de a qualquer tempo pugnar pela invalidação daquele ato decisório judicial. Em outras palavras, naquele primeiro processo, que resultou na prolação de uma sentença injusta, não se teria prestado a jurisdição de forma adequada, fazendo jus, a mesma parte, a provocar uma nova prestação jurisdicional, agora melhor.

A meu juízo, ao invés do colorido de novidade que resulta dessa interpretação, verificamos verdadeiro retrocesso no tempo, renascendo a idéia de que o direito de ação visa à obtenção de uma sentença justa, como definido por Bülow, no século retrasado. Ou seja, estamos, por esse caminho, de certa forma, redesenhando a escola concretista já abandonada pela ciência processual moderna, desde os estudos de Degenkolb e Plózs, no tocante ao moderno conceito do direito de ação e seu caráter de abstração<sup>8</sup>. O jurisdicionado tem o direito de exigir do Estado a prestação jurisdicional, que se realiza com plenitude mediante a prolação de decisão de mérito, dirimindo o litígio, independentemente de seu conteúdo, quer dizer, independente de parecer aos olhos da parte vencida uma sentença correta, uma sentença justa. Aliás, a busca pela “decisão justa” faz lembrar a procura dos alquimistas pela pedra filosofal...

---

<sup>7</sup> “Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais”. Artigo publicado na obra coletiva **Coisa Julgada Inconstitucional**, coordenador Carlos Valder do Nascimento, 2ª edição, ed. América Jurídica, Rio de Janeiro, 2004, págs. 33/76.

<sup>8</sup> Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco - **Teoria Geral do Processo**, 20ª edição, ed. Malheiros, São Paulo, 2004, págs. 249/256.

Carlos Valder do Nascimento, em seu estudo sobre a coisa julgada inconstitucional<sup>9</sup> (expressão, a meu ver passível de crítica, pois o que violaria a Constituição Federal não seria a coisa julgada, mas o comando emergente da sentença que eventualmente contrariasse alguma norma constitucional), assim como o fazem Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria<sup>10</sup>, afirma que a sentença contrária à Constituição é nula e, pois, passível de ser assim reconhecida a qualquer tempo, por intermédio de ação de conhecimento de rito comum (denominada de *querela nullitatis*). Com a devida vênia, vislumbra-se, na hipótese, grave confusão a respeito dos vícios do ato decisório, misturando-se indevidamente os conceitos de vício de juízo com o de vício de atividade (*errores in iudicando e in procedendo*). Exemplificando, não poderia ser considerada juridicamente nula uma sentença que eventualmente reconhecesse em favor do autor a aquisição da propriedade imobiliária por força de usucapião urbano, em que pese, de fato, não ter provado a sua posse pelo período mínimo de cinco anos (e, assim, contrariado o comando do art. 183 da Constituição). Ou ainda, da mesma forma, a sentença que considerou inexistir o dano moral afirmado pelo autor, que teve seu nome injustamente incluído em cadastro de proteção ao crédito, ao entendimento de que aquele devedor já possuía contra si outras tantas restrições corretamente lançadas (em detrimento do art. 5º, X da Constituição). Estaríamos aqui discutindo a justiça da decisão e não sua legalidade, capaz de ensejar, na via recursal, exclusivamente a sua reforma; e não, de forma alguma, a sua anulação. Enfim: a premissa de que tais sentenças, por serem injustas, são nulas, não está de acordo com nosso sistema processual.

Aliás, como não está de acordo com a evolução histórica da ciência processual lançar mão da *querela nullitatis* como panacéia para todos os males decorrentes da disciplina da coisa julgada.

Como bem o diz Barbosa Moreira<sup>11</sup>, foi no direito intermédio, nos estatutos italianos, por influência dos elementos germânicos

---

<sup>9</sup> "Coisa julgada inconstitucional". Artigo publicado na obra coletiva *Coisa Julgada Inconstitucional*, coordenador Carlos Valder do Nascimento, 2ª edição, ed. América Jurídica, Rio de Janeiro, 2004, p. 1/32.

<sup>10</sup> *Op. cit.*, p. 108.

<sup>11</sup> *Comentários ao Código de Processo Civil*, volume V, 11ª edição, ed. Forense, Rio de Janeiro, 2003, p. 101/104.

misturados aos de origem romana, que se julgou necessário criar, para a denúncia dos *errores in procedendo*, um rémédio especial, a *querela nullitatis*, exercitável de modo autônomo, não propriamente como ação, mas por simples *imploratio officii iudicis*. Esse remédio comportava duas modalidades: a *querela nullitatis sanabilis* e a *insanabilis*. Na maioria dos ordenamentos europeus, a primeira foi absorvida pela apelação, e a segunda acabou desaparecendo, dando lugar ao surgimento das ações autônomas de impugnação. A *querela nullitatis* não foi a única fonte histórica dos meios impugnativos das decisões judiciais. Concorreu igualmente para formá-los a *restitutio in integrum*, de origem romana, que não se destinava a apontar para a existência de vícios processuais, mas visava a impedir a cristalização de uma injustiça, permitindo-se o reexame da matéria em situações como a de descobrimento de novas provas capazes de formar a convicção do órgão julgador em direção diversa. Essas duas vertentes acabaram sendo aglutinadas na evolução dos meios impugnativos, de modo que tanto os recursos como as ações autônomas servem para veicular vícios de atividade (que levariam à invalidade da decisão judicial) e de juízo (tornando a sentença injusta). Enfim, nos casos em que se imputa à decisão judicial o vício de juízo, ou seja, de ter julgado mal o litígio, aplicando alguma regra legal de direito substantivo em detrimento de norma constitucional, por exemplo, a sentença não seria nula e, tampouco, deveria ser objeto da *querela nullitatis*.

Embora já se encontre praticamente consagrada na literatura moderna, e com inegável penetração em nossos Tribunais, é questionável a tese da “subsistência da *querela nullitatis*” em nosso ordenamento jurídico processual. O que se entende possível, em situações como a da ausência de citação no processo primitivo, é a propositura de ação declaratória para o fim de se obter provimento jurisdicional certificando a inexistência<sup>12</sup> da relação processual originária, que não se completou pela falta de integração da parte demandada. Trata-se de ação declaratória de rito comum, com apoio na regra do artigo 4º, I do Código de Processo Civil. A meu juízo,

---

<sup>12</sup> No Direito Romano, a expressão *nulla sententia* significava “sentença inexistente”, onde o *nulla* quer dizer “nenhuma”. É a lição de Barbosa Moreira, in **Comentários...**, p. 101.



não se pode confundi-la com o instituto da *querela nullitatis*, que não guardava a natureza de ação autônoma de natureza declaratória. E não sendo possível confundir os institutos, não haveria que se falar em subsistência da *querela nullitatis*. Quando muito, poderíamos falar que a ação que vise à declaração de inexistência da relação processual primitiva cumpre papel semelhante ao que representou, no passado, a *querela nullitatis insanabilis*. Enfim, salvo melhor juízo, a questão não é de "sobrevivência" do instituto, mas de sua evolução.

A tese da coisa julgada inconstitucional ainda padece de outro grave inconveniente: a subjetividade na aferição do vício e de sua gravidade.

Como assevera Alexandre Câmara<sup>13</sup>, não se pode admitir a relativização da coisa julgada diante da mera alegação de injustiça da sentença. E ressalta que apenas no caso de se ter algum fundamento constitucional para impugnar a sentença transitada em julgado é que será possível relativizar-se a coisa julgada, procedendo-se ao reexame da matéria.

Contudo, essa posição traz-me a seguinte reflexão: qualquer fundamento calcado na Constituição Federal é suficiente para permitir, a qualquer tempo, a reabertura da discussão mediante o simples ajuizamento de uma ação de conhecimento de rito ordinário? A parte que saiu vencida no embate anterior, passados vários anos, poderá obter nova prestação jurisdicional ao fundamento de que a decisão anterior desviou-se da lei e, assim, feriu o preceito do art. 5º, II da Constituição, que dispõe sobre o princípio da legalidade? Em outras palavras, seria cabível impugnar a sentença ao fundamento de ofensa reflexa à Constituição? E se a questão depender do exame de provas, como no caso do prazo necessário para a aquisição da propriedade imobiliária urbana - poderia a parte vencida pretender a reabertura do litígio ao argumento de que não houve correta valoração das provas? E, como último exemplo, seria cabível a impugnação calcada no descumprimento da regra do art. 93, IX da Constituição Federal, ao argumento de que a decisão que lhe foi

---

<sup>13</sup> Palestra proferida em seminário realizado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, em 13 de agosto de 2004, sobre o tema "Relativização da Coisa Julgada".

desfavorável continha, quando muito, um arremedo de fundamentação, e de todo inaplicável àquela situação?

E na esteira dessas reflexões, surge outra indagação: a quem caberá o reexame da matéria? Se a parte vencida, insatisfeita com o resultado do processo, visualizando na decisão alguma ofensa à Constituição, vem a ajuizar a ação declaratória (apontada como solução após o esgotamento do prazo para a ação rescisória) perante o primeiro grau de jurisdição, caberia ao juízo avaliar se a decisão antes proferida, digamos pelo Superior Tribunal de Justiça<sup>14</sup>, aplicou mal a lei em detrimento de norma constitucional? Na verdade, estaríamos obtendo a reforma da decisão por órgão jurisdicional de instância inferior, contrariando os princípios mais básicos de nossa estrutura judiciária. E ao entendermos que caberia ao próprio Tribunal prolator da decisão impugnada a apreciação dessa nova demanda, como instância inaugural, estaríamos criando uma nova causa de competência originária dos Tribunais sem previsão constitucional<sup>15</sup>.

São indagações importantes que ainda não tive o mérito de encontrar as respectivas elucidações na moderna teoria da “coisa julgada inconstitucional”.

E, em conseqüência, podemos apresentar grande inconveniente a ser ponderado. Se a injustiça da decisão trânsita em julgado (por supostamente ferir a Constituição Federal) permite ao vencido recomeçar a batalha judicial do primeiro grau de jurisdição, o seu caminho pode lhe parecer mais fácil do que o do recurso extraordinário. Vejamos. No Juizado Especial Cível tem sido muito freqüente a propositura de ações (e hoje as temos em quantidade absurda) movidas contra determinada companhia telefônica visando à devolução das quantias cobradas a título de pulsos excedentes. Sem ingressar no âmago da questão, tem sido comum a vitória do usuário da linha telefônica. Nessas hipóteses, não tendo êxito na interposição de recurso extraordinário contra a decisão das Turmas Recursais e

---

<sup>14</sup> Sem contar que não podemos deixar de fora a decisão proferida pelo próprio Supremo Tribunal Federal, em relação à qual não podemos descartar, pelo menos em linha de princípio, que ela também se divorcie da Constituição Federal.

<sup>15</sup> Como bem destacado por Barbosa Moreira em palestra proferida em seminário realizado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, em 13 de agosto de 2004, sobre o tema “Relativização da Coisa Julgada”.

transitando em julgado a decisão, a parte vencida não pode valer-se de ação rescisória, pois não admissível no sistema da Lei 9.099/95<sup>16</sup>. Porém poderia perfeitamente a companhia telefônica, valendo-se da tese da "coisa julgada inconstitucional", vir a juízo, por intermédio de ação de conhecimento de rito comum, questionar a constitucionalidade da decisão ao fundamento de que a mesma contrariou, direta ou indiretamente, essa ou aquela norma ou princípio constitucional. E essa ação seria proposta no Juízo comum (pois o autor é pessoa jurídica e não pode demandar no Juizado Especial Cível) e assim teríamos a inusitada situação de vermos as decisões proferidas no sistema especial dos Juizados reapreciadas na esfera do sistema comum. E se a moda pega? Somente aquela companhia telefônica poderia inundar o juízo comum com a distribuição de centenas de ações. E todos os demais réus vencidos no Juizado Especial Cível? Enfim, será mesmo esse caminho que devemos seguir? Mais uma vez parece-me que o tema exige reflexão ainda maior.

E por último, trago à nossa meditação outro assunto de grande importância. O artigo 741 do Código de Processo Civil teve acrescentado o parágrafo único, por força da Medida Provisória 1.984, depois substituída pela Medida Provisória 2.180, cuja última edição, de nº 35, deu-se em 24.8.2001. E nesse dispositivo encontramos regra que considera inexigível o título executivo judicial quando fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição Federal.

Segundo Barbosa Moreira, em sua palestra proferida no Seminário realizado pela EMERJ sobre a "relativização da coisa julgada", a decisão a que se refere o dispositivo deve ser entendida como aquela proferida em caráter principal pelo STF no exercício do controle concentrado de constitucionalidade, cuja eficácia é *erga omnes* e vinculante. Assim, no artigo 28, parágrafo único da Lei 9.868/99:

*"A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm*

---

<sup>16</sup> "Art. 59. Não se admitirá ação rescisória nas causas sujeitas ao procedimento instituído por esta Lei".

*eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal”.*

Essa regra teve sua inconstitucionalidade argüida junto ao Supremo Tribunal Federal, em sede de ação direta (ADIn 2418 movida pelo Conselho Federal da OAB). Ainda não foi apreciado pedido de concessão de medida liminar, mas o Ministério Público Federal já se manifestou pela inconstitucionalidade desse dispositivo. Os autos encontram-se conclusos com o Relator Ministro Cezar Peluso.

A dúvida que trago inicia-se pela própria inconstitucionalidade da norma. Tal disposição ofenderia a regra do artigo 5º, XXXVI da Constituição Federal, por mitigar a indiscutibilidade da decisão judicial coberta pelos efeitos da coisa julgada? Ou, diversamente, a norma do inciso XXXVI cuida apenas de direito intertemporal, de modo que não haveria qualquer mácula no ato normativo infraconstitucional que crie novas hipóteses de rescindibilidade ou que sujeite a sentença transitada em julgado a outras formas autônomas de impugnação?

A meu ver, a disposição contida no artigo 741, parágrafo único do Código de Processo Civil não ofende a regra do inciso XXXVI. Com efeito, a regra constitucional impede apenas que uma nova lei retroaja, vulnerando o comando emergente de uma sentença coberta pelos efeitos da coisa julgada. Ou seja, se em determinado processo proferiu-se uma decisão que vem a transitar em julgado, não se poderá reabrir a discussão com base no fato de ter surgido nova regra legal a respeito daquele tema. Mas o dispositivo constitucional não impede que sejam criadas normas infraconstitucionais disciplinando a coisa julgada e criando hipóteses para excepcioná-la, como faz a lei processual civil nos casos de rescindibilidade tipificados no art. 485. E a regra do parágrafo único do 741 vem criar exceção ao efeito preclusivo da coisa julgada, permitindo-se alegar, em embargos à execução, a inexecutabilidade do título executivo judicial por estar o mesmo fundado em norma declarada inconstitucional, por exemplo.

Assim entendendo, temos que a norma do artigo 741, parágrafo único, só não pode ser aplicada em detrimento de decisões que transitaram em julgado anteriormente à sua vigência,

sob pena de importar em retroatividade prejudicial à coisa julgada, ofendendo-se o disposto no inciso XXXVI do art. 5º da Constituição.

E, finalizando, trago uma dúvida inspirada na bem colocada indagação de Leonardo de Faria Beraldo<sup>17</sup> a respeito da aplicação da norma do art. 741, parágrafo único. Imaginemos a hipótese em que o contribuinte pleiteia a restituição de um tributo sob fundamento de estar isento de seu recolhimento, na forma da lei, e, se assim não fosse, não se teria configurado o respectivo fato gerador. Julgada a causa, reconheceu-se a constitucionalidade da lei que concedera a isenção fiscal em favor do contribuinte, de modo que não foi preciso analisar o segundo fundamento (ocorrência do fato gerador). Acolhidos embargos à execução apresentados pela Fazenda Pública, com apoio na inexigibilidade do título judicial ao fundamento de que a sentença aplicara a lei tributária que teve, posteriormente, sua inconstitucionalidade declarada pelo Supremo Tribunal Federal, haveria a reabertura da discussão travada na ação de restituição do indébito tributário? E a quem caberia proferir nova decisão (verdadeiro juízo rescisório): ao órgão julgador dos embargos, na própria decisão que viesse a acolhê-los (por exemplo, o Tribunal de Justiça em sede de apelação), ao juízo de primeiro grau, na relação processual primitiva, que seria reaberta com a decisão proferida nos embargos, ou, quem sabe, ao órgão judicial que proferiu a decisão que impôs a obrigação tida por inexigível no julgamento dos embargos (por exemplo, o STF)?

Diante do silêncio da lei (mais uma vez temos positivada em nosso ordenamento jurídico uma disciplina pela metade - o legislador cria a regra mas descuida-se de fornecer-lhe a disciplina completa, suscitando incerteza e insegurança), parece-me, à primeira vista, melhor o entendimento de que a solução da causa primitiva (aquela que fora objeto de discussão na ação condenatória) deve ser obtida no próprio julgamento dos embargos à execução de modo a se definir, desde logo, a existência do crédito afirmado no título executivo,

---

<sup>17</sup> "A relativização da coisa julgada que viola a Constituição". Artigo publicado na obra coletiva **Coisa Julgada Inconstitucional**, coordenador Carlos Valder do Nascimento, 2ª edição, ed. América Jurídica, Rio de Janeiro, 2004, p. 127/194.

ainda que sob outro fundamento (no lugar daquele entendido como contrário à Constituição Federal). Assim, evita-se a reabertura do processo de conhecimento originário com a prolação de novas decisões e, a seguir, a instauração de nova relação processual executiva, com a necessidade de garantia do juízo e tudo o mais<sup>18</sup>.

Em conclusão, no que concerne ao tema "relativização da coisa julgada", tenho para mim que a disciplina da matéria, diante dos relevantes interesses em jogo e das conseqüências decorrentes da opção que se queira adotar, cabe à decisão da sociedade. A esta, por intermédio de seus representantes, compete estabelecer qual a necessidade, maior ou menor, de estabilidade das relações jurídicas por força da coisa julgada e quando e como relativizá-la. Assim, se é necessário permitir que decisões injustas em matéria de paternidade sejam revistas, que seja alterado o prazo para propositura da ação rescisória. Ou, se for interesse da sociedade, que nas ações de estado a coisa julgada fique permanentemente sujeita à rescindibilidade de seus efeitos. Tal como ocorre, por exemplo, em sede do processo penal, quanto à revisão criminal em favor do condenado. É à vontade da lei que devemos respeitar. Por isso, ainda no âmbito do processo penal, não sendo admissível a revisão *pro societatis* (ainda que tal opção legislativa possa comportar discussão), enquanto a regra legal não for alterada, se é que um dia será, caberá ao seu aplicador tão-somente respeitar a vontade da lei.

No tormentoso caso da ação negatória de paternidade calcada na realização de exame de DNA, talvez seja possível encontrar, à luz do ordenamento vigente, solução menos radical e capaz de conformá-la com o nosso sistema. Barbosa Moreira<sup>19</sup> traz à discussão a possibilidade de se entender que o prazo do artigo 495 do Código de Processo Civil seja contado a partir da obtenção da nova prova (resultado do exame do DNA)\*\*. E, dessa forma, seria tempestiva a propositura de ação rescisória com fundamento na obtenção de documento novo de que não pôde se utilizar a parte vencida (inciso VII

---

<sup>18</sup> Para Leonardo de Faria Beraldo, *op. cit.*, p. 193, a melhor solução seria reabrir o processo primitivo para que o juiz possa então instruir e julgar novamente aquele litígio.

<sup>19</sup> Palestra proferida no Seminário realizado pela EMERJ, em 13 de agosto de 2004.

do art. 485)<sup>20</sup>. Enfim, de *lege lata*, seria uma forma de resolver a *vexata quaestio* mediante a interpretação do texto legal, sem a necessidade de afrontá-lo.

**\*\* Não seria inédita a criação de entendimento mais flexível em matéria de termo inicial de prazo extintivo. Veja-se que em matéria securitária, a jurisprudência pátria, interpretando o disposto no artigo 178, § 6º, II do Código Civil ab-rogado, veio a entender que o prazo prescricional somente teria fluência a partir do momento em que o segurado fosse cientificado da recusa da seguradora. Assim: "DIREITO CIVIL. SEGURO. PRESCRIÇÃO ANUA. TERMO INICIAL. CONHECIMENTO INEQUÍVOCO DA RECUSA. Tratando-se de ação de segurado contra seguradora, incide a prescrição anual, prevista no art. 178, § 6º, II, Código Civil de 1916, e não o art. 27 do Código de Defesa do Consumidor. Precedente da Segunda Seção. Todavia, na espécie, não restou consumado o prazo prescricional, porquanto a ação da segurada foi proposta em menos de um ano da ciência inequívoca da recusa da seguradora. Recurso especial conhecido, mas desprovido" (STJ, 4ª Turma, Resp 590489/RJ, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJ 14.6.2004).**

Enfim, temos que a questão é de índole legislativa, envolvendo delicada equação com importantes interesses sociais em jogo. A meu ver, não deve a mesma ficar ao exclusivo arbítrio de cada julgador. Creio que, nesse caso, estaríamos concentrando nas mãos do órgão jurisdicional um poder maior do que aquele que emana da própria lei. ♦

---

<sup>20</sup> Para tanto, seria também necessário redimensionar o conceito de "documento novo" utilizado no inciso VII do art. 485 do Código de Processo Civil. Por *documento novo* entende-se o documento já existente à época do julgamento, mas que não pôde ter sido utilizado pela parte (vide, nesse sentido, Barbosa Moreira, *in Comentários...* p. 136). Na hipótese *sub studio*, o exame de DNA somente poderia ser considerado como "documento novo" no sentido literal da expressão.

# Da dispensa de licitação na contratação de órgão ou entidade exploradora de atividade econômica

**EDUARDO AZEREDO RODRIGUES**

Procurador do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, advogado e professor da Universidade Salgado de Oliveira - UNIVERSO

## 1. Introdução

O presente estudo tem por objetivo analisar a possibilidade de contratação de entidade integrante da administração pública indireta de esferas federativas distintas, com dispensa de licitação, por aplicação do art. 24, VIII da Lei nº 8.666/93, sendo a contratada, embora criada para tal fim específico, antes do advento daquele diploma legal, exploradora de atividade econômica.

As hipóteses nas quais é dispensável a realização de certame encontram-se abrigadas no dispositivo citado, dentre as quais aquela prevista em seu inciso VIII, *in verbis*:

*"Art. 24 - É dispensável a licitação:*

*[...]*

*VIII - para a aquisição, por pessoa jurídica de direito público interno, de bens produzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade que integre a Administração Pública e que tenha sido criado para esse fim específico em data anterior à vigência desta Lei, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado;"*

Com efeito, esse inciso preconiza hipótese de licitação dispensável para fins de aquisição, por pessoa jurídica de direito público



interno, de bens ou serviços oferecidos por órgão ou entidade que integre a Administração Pública e que tenha sido criada para esse fim específico, em data anterior à vigência da Lei das Licitações, desde que o preço contratado seja compatível com o de mercado.

Não há entendimento pacífico no que toca à interpretação do referido dispositivo, caracterizando-se nítida divisão doutrinária e jurisprudencial acerca do mesmo.

JESSÉ TORRES PEREIRA JUNIOR<sup>1</sup> não hesita em reconhecer a possibilidade de contratação, com dispensa de licitação, tratando-se de paraestatal criada antes da vigência da Lei nº 8.666/93, desde que tenha sido constituída com o fim específico semelhante ao objeto contratado, inclusive na hipótese de distribuição de combustível.

No mesmo sentido, o Egrégio Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro já entendeu por bem, por ocasião da apreciação de ato de dispensa de licitação<sup>2</sup> formalizado com base no art. 24, VIII da Lei nº 8.666/93, conhecer e arquivar o processo.

Por outro lado, outra parte da doutrina entende que não é de ser dispensada a licitação nas hipóteses em que o órgão ou entidade, embora integrante da Administração Pública, exerça atividade econômica, em razão da disciplina constitucional vigente, principalmente após o advento da Emenda Constitucional nº 19/98 que, em um contexto de desestatização, modificou o § 1º do art. 173 da Carta da República nos seguintes termos:

---

<sup>1</sup> *In Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública*, Renovar, 5ª edição, p. 275: "A Lei nº 8.666/93 fez a hipótese do inciso VIII girar 180 graus ao tornar dispensável a licitação se: (a) o adquirente for pessoa jurídica de direito público interno (logo, a regra não se aplica às empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas de direito privado na posição de adquirente); (b) o bem ou serviço objeto da aquisição for produzido por órgão (administração direta) ou entidade (administração indireta) integrante da Administração Pública; (c) o órgão ou a entidade fornecedor haja sido criado anteriormente à Lei nº 8.666/93 e com o fim específico de produzir aqueles bens ou serviços; (d) preço seja compatível com o que se encontre no mercado. Desde que atendidas estas últimas condições, podem ser contratados diretamente os bens ou serviços produzidos, por exemplo, por fundações e empresas públicas de assistência a ex-presidiários e menores carentes, seguradoras, distribuidoras de combustível e derivados, entre outras entidades da administração indireta."

<sup>2</sup> Processo TCE-RJ nº 100.040-5/01. O mesmo entendimento foi declinado em votos proferidos nos autos dos processos TCE-RJ nos 104.842-7/00; 105.733-0/98; 107.242-7/99; 107.721-3/99; 110.495-9/99; 110.568-7/00; 112.752-4/00; 100.157-2/00; 103.041-8/00 (alguns com determinações).

*"Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.*

*§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:*

*[...]*

*II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;"*

O referido dispositivo, em sintonia com o princípio da livre iniciativa – um dos fundamentos sobre os quais foi erigido o nosso Estado Democrático de Direito, *ex vi* do art. 1º, IV da Carta Magna - deixa estreme de dúvidas que o Estado, não obstante atue como agente normativo e regulador da economia<sup>3</sup>, exercerá diretamente a atividade econômica, porém apenas *excepcionalmente*, nas hipóteses em que tal se mostre necessário aos imperativos da segurança nacional ou haja relevante interesse coletivo.

A partir de então, formaram-se dois entendimentos principais a respeito do aludido dispositivo.

JESSÉ TORRES PEREIRA JUNIOR<sup>4</sup>, analisando a necessidade de realização de licitação pelas empresas públicas e sociedades de

---

<sup>3</sup> Art. 174 da Constituição Federal.

<sup>4</sup> *In Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública*, Renovar, 5a edição, p. 21/27: "A doutrina já registra o confronto de interpretações discrepantes em pelo menos um ponto fundamental, qual seja o da abrangência da nova diretriz constitucional. A síntese é de ALICE GONZALEZ BORGES: "Uns vêem neste dispositivo, quando alude à 'exploração de atividade econômica, de produção ou comercialização de bens ou prestação de serviços', a abrangência, por esse estatuto jurídico, também das sociedades de economia mista e das empresas públicas que se destinem à prestação de serviços públicos... Outros – MARÇAL JUSTEN FILHO e ANTONIO CARLOS CINTRA DO AMARAL, que fazem parte da comissão de elaboração do projeto da nova lei – entendem que o estatuto jurídico do §1º do art. 173 somente disciplinará um tipo de empresa estatal: a destinada à exploração de atividade econômica, nas suas modalidades de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços. Não haveria lugar, pois, nesse estatuto jurídico, para as estatais destinadas à prestação de serviço público – que, entretanto, constituem a grande maioria atualmente existente no País..."

economia mista e fazendo uma interpretação conjugada dos arts. 22, XXVII e 173, § 1º, III da Constituição Federal, pontuou a divergência que repousa sobre o último dispositivo legal, mormente após a reforma promovida pela Emenda Constitucional 19/98, concluindo o seu raciocínio no sentido de que todas as empresas públicas e sociedades de economia mista, quer prestem serviços públicos, quer explorem atividade econômica, estarão submetidas ao estatuto a que alude o § 1º do art. 173 da Lei Maior.

Por outro lado, outra parte da doutrina, na qual se inserem MARÇAL JUSTEN FILHO, ANTONIO CARLOS CINTRA DO AMARAL e CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, restringem o alcance do art. 173 da Carta da República às paraestatais que exercem atividades econômicas. O último publicista<sup>5</sup> assevera que *"ocorre que o art. 173 e seu § 1º (ao qual se remete o artigo 22, XXVII) são perfeitamente explícitos em elucidar que o neles disposto está reportado única e exclusivamente a entidades exploradoras de atividade econômica. Veja-se. Diz o referido artigo: 'Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a **exploração direta de atividade econômica pelo Estado** só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei'. Assim, é claro a todas as luzes que o preceito em causa **não está a tratar da prestação de serviços públicos**, que são atividades estatais por excelência, típicas do Poder Público, mas, pelo contrário, de exploração de atividade econômica, que, inversamente, por definição constitucional, é atividade dos particulares. Tanto isto é exato que o Estado só pode desenvolvê-la diretamente em hipóteses invulgares: quando acicatado por 'imperativos da segurança nacional' ou por 'relevante interesse coletivo' e, ainda assim, obedecida a prévia caracterização legal daquilo que como tal se deva entender"*.

Com efeito, e com a devida vênia que devo ao entendimento adotado pelo eminente Desembargador JESSÉ TORRES PEREIRA JUNIOR - o qual, registre-se, muito tem me auxiliado com sua vali-

---

<sup>5</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Licitação nas estatais em face da E.C. nº 19. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 12, março, 2002. Disponível na Internet: <http://www.direitopublico.com.br>.

osa obra sobre licitações e contratos administrativos no exercício de minhas atribuições na Corte de Contas do Estado do Rio de Janeiro - penso que a tese acima sustentada é a que melhor se compatibiliza com as peculiaridades que ostentam as entidades da administração pública indireta que se prestam ao desempenho de atividades econômicas.

Foi justamente para acomodar ao regime jurídico pertinente as empresas públicas e sociedades de economia mista exploradoras de atividades econômicas, que visivelmente precisavam receber um tratamento diferente daquele conferido às prestadoras de serviços públicos, que o constituinte, por meio da Emenda Constitucional nº 19, determinou fosse estabelecido o estatuto jurídico daquelas paraestatais, por lei específica, sujeitando-as a regime próprio de direito privado.

O Pretório Excelso<sup>6</sup> reconheceu a dicotomia entre o regime jurídico das paraestatais prestadoras de serviço público e o das exploradoras de atividade econômica, julgando a impenhorabilidade dos bens da ECT – Empresa de Correios e Telégrafos e estendendo à mesma os privilégios da Fazenda Pública, por se tratar de empresa pública federal que, não obstante explore atividade cujo conteúdo não deixa de ser econômico, presta serviço público tipicamente estatal, cujo monopólio é da União, nos termos do art. 21, X da Carta da República, escapando da incidência da norma do art. 173 que ressalvou, expressamente, os casos previstos na Constituição, como o tal. Vale trazer à baila a transcrição de parte daquele julgado:

*"6. Dispõe o artigo 173, caput, da Carta Federal, que "ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei". Em seu § 1º reza que "a empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica sujeitam-se ao regime próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias". Daí não há como se inferir que seja dispensável a expedição de*

---

<sup>6</sup> RE 220.906-DF (Informativo do STF nº 213 . Dezembro de 2000. (Transcrições).

*precatórios nas execuções contra empresas públicas que exerçam atividade tipicamente estatal.*

*7. Note-se que as empresas prestadoras de serviço público operam em setor próprio do Estado, no qual só podem atuar em decorrência de ato dele emanado. Assim, o fato de as empresas públicas, as sociedades de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica estarem sujeitas ao regime jurídico das empresas privadas não significa que a elas sejam equiparadas sem qualquer restrição. Veja-se, por exemplo, que, em face da norma constitucional, as empresas públicas somente podem admitir servidores mediante concurso público, vedada a acumulação de cargos. No entanto, tais limitações não se aplicam às empresas privadas.*

*8. Há ainda que se indagar quanto ao alcance da expressão "que explorem atividade econômica..."; contida no artigo 173, § 1º, da Constituição Federal. Preleciona José Afonso da Silva, in "Curso de Direito Constitucional Positivo", 12ª Edição, Revista, 1996, págs. 732 e seguintes, que o tema da atuação do Estado no domínio econômico exige prévia distinção entre serviços públicos, especialmente os de conteúdo econômico e social, e atividades econômicas. Enquanto a atividade econômica se desenvolve no regime da livre iniciativa sob a orientação de administradores privados, o serviço público, dada sua natureza estatal, sujeita-se ao regime jurídico do direito público.*

*9. Conclui o eminente jurista que "a exploração dos serviços públicos por empresa estatal não se subordina às limitações do art. 173, que nada tem com eles, sendo certo que a empresa estatal prestadora daqueles e outros serviços públicos pode assumir formas diversas, não necessariamente sob o regime jurídico próprio das empresas privadas"; já que somente por lei e não pela via contratual os serviços são outorgados às estatais (CF, artigo 37, XIX). Assim, não se aplicam às empresas públicas, às sociedades de economia mista e a outras entidades estatais ou paraestatais que explorem serviços públicos a restrição contida no artigo 173, § 1º, da Constituição Federal, isto é, a submissão ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhis-*

*tas e tributárias, nem a vedação do gozo de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado (CF, artigo 173, § 2º).*

*10. A interferência do Estado na ordem econômica está consagrada nos artigos 173 e 174 da Constituição Federal: o próprio Estado, em casos excepcionais, atua empresarialmente no setor, mediante pessoas jurídicas instituídas por lei para tal fim; o Estado, como agente normativo e regulador, fiscaliza, incentiva e planeja a atividade econômica.*

*11. Desse modo, os princípios gerais que informam a distribuição de atividades entre o Estado e a iniciativa privada resultam dos princípios da participação estatal na economia e da subsidiariedade, em seus aspectos suplementar e complementar à iniciativa privada.*

*12. Em obediência a esses princípios a atividade econômica estatal exsurge nos serviços públicos, nos serviços públicos econômicos e nos de interesse geral, donde a possibilidade de o Estado (CF, artigo 173) monopolizar os serviços públicos específicos, os de interesse geral e ainda os econômicos, por motivo de segurança nacional ou relevante interesse coletivo. Vê-se, pois, que a legitimidade da participação do Estado na economia se fundamenta em três conceitos fundamentais: segurança nacional, serviço público econômico e interesse público."*

No mesmo sentido, MARÇAL JUSTEN FILHO<sup>7</sup> reconhece a sujeição das entidades exploradoras de atividade econômica ao regime jurídico de direito privado, na exata dicção do texto constitucional transcrito, destacando que o inciso VIII do art. 24 da Lei nº 8.666/93 não pode estender os seus efeitos nos contratos celebrados com os órgãos ou entidades da administração pública que prestem tais atividade pois haveria ofensa ao regime jurídico de direito privado que lhes confere o inciso II do § 1º do art. 173 da Carta Magna, violando os princípios da isonomia e da livre concorrência (este, princípio setorial que sustenta a ordem econômica).

---

<sup>7</sup> *In* **Comentários à Lei das Licitações e Contratos Administrativos**, Dialética, 8a edição, p. 248/249.

Outro aspecto deve ser considerado para o deslinde da questão *sub examen*, no que toca à atividade de exploração de petróleo e gás natural. A Lei nº 9.478/97, vindo a lume no mesmo contexto político-econômico em que se dava a reforma ao Programa Nacional de Desestatização, dispôs sobre a titularidade da União de monopolizar as referidas atividades, nos termos do art. 177 da Carta Magna, até então empreendida exclusivamente por meio do Conselho Nacional de Petróleo e da Petrobrás. Depois que a Emenda Constitucional nº 9 modificou o §1º do art. 177 da Constituição Federal, viabilizando a contratação, pela União, de estatais ou de empresas privadas para o fito de empreender o monopólio que lhe fora conferido pelo aludido dispositivo constitucional, a referida Lei nº 9.478/97 estatuiu, em seu art. 23, que as atividades de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e de gás natural passariam a ser exercidas mediante contratos de concessão, assegurando à Petrobrás os direitos sobre os campos que já se encontrassem efetivamente em produção.

Se até mesmo a atividade que outrora era exercida exclusivamente por paraestatal criada para tal fim tornou-se passível de delegação contratual, por meio de concessão, à atividade privada, não há que se reconhecer qualquer privilégio no que toca ao fornecimento de derivados de petróleo, a justificar a dispensa de licitação, ainda que tal entidade o tenha como seu objeto específico de atuação, e ainda que tenha sido criada antes da vigência da Lei nº 8.666/93.

## **2. Impossibilidade de aplicação do art. 24, VIII da Lei nº 8.666/93 às contratações que envolvam diferentes esferas federativas.**

Não obstante opiniões em contrário, perfilho o entendimento segundo o qual é inviável aplicar-se o comentado art. 24, VIII da Lei nº 8.666/93 para legitimar contratações diretas por determinada pessoa jurídica de direito público interno de órgão ou entidade integrante de outro ente federativo, no mesmo sentido em que foi sustentado pelo douto Ministério Público junto à Corte de Contas, em

parecer<sup>8</sup> exarado, em que se analisava a possibilidade de contratação, com dispensa de licitação, da Petrobrás, por pessoa jurídica de direito público diversa da União:

No mesmo sentido foi editada a Súmula 001<sup>9</sup> da Consultoria Zênite, com a seguinte ementa:

*"Dispensa de licitação com fundamento no art. 24, VIII, da Lei nº 8.666/93, só será válida se o órgão ou entidade a ser contratado for instrumento de atuação da própria pessoa jurídica de direito público interessada."*

Com base no mesmo entendimento, indagada a respeito da possibilidade de aquisição direta de combustível, óleo diesel e derivados da Petrobrás, respondeu que *"em princípio, combustível, óleo diesel e derivados constituem objeto licitável"*, *"todavia, entidades da Administração Federal podem adquirir combustível diretamente da Petrobrás, dispensando a licitação com fundamento no art. 24, inciso VIII, da Lei nº 8.666/93"*<sup>10</sup>.

DIÓGENES GASPARINI<sup>11</sup> não destoa desse entendimento, asseverando ainda que se, embora pertencente à mesma pessoa fede-

---

<sup>8</sup> **Informativo Licitações e Contratos – ILC**, Zênite, 7/71/JAN de 2000. Doutrina/Parecer: *"A 'contratação' entre a pessoa da Administração direta e aquela da sua Administração indireta, especificamente constituída para realizar certas atividades, também não se sujeita à prévia licitação. Aplica-se o princípio consagrado no art. 24, inc. VIII da Lei nº 8.666. Isso significa, então, que o dispositivo apenas pode incidir na mesma órbita federativa. (...) Ele incide apenas quando a entidade da Administração indireta tiver sido criada com o fim específico de atuar em benefício da pessoa jurídica de direito público." Então, como verificado pela exposição do autor da obra Comentários à Lei nº de Licitações e Contratos Administrativos, somente caberia a invocação do artigo 24, inciso VIII, daquela lei, no caso de contratação na mesma órbita federativa, ou seja, entre União, estados, Distrito Federal municípios, e suas entidades... Isso posto, entende este Ministério Público junto ao Tribunal de Contas pelo conhecimento desta consulta, e pela resposta no sentido da impossibilidade da contratação direta com a PETROBRÁS DISTRIBUIDORA S.A., porque se trata de empresa que explora atividade econômica, em regime de concorrência direta com a iniciativa privada, devendo sujeitar-se ao regime próprio (artigo 173, § 1º, Constituição Federal), e porque o disposto no artigo 24, inciso VIII, da Lei nº 8.666/93, aplica-se apenas às contratações entre entidades da mesma órbita federativa (União, estados, Distrito Federal, municípios e suas empresas), mas não entre entidades das pessoas políticas de direito público interno."*

<sup>9</sup> **Informativo Licitações e Contratos – ILC**, Zênite, 35/23/JAN de 1996. Súmulas.

<sup>10</sup> **Informativo Licitações e Contratos – ILC**, Zênite, 449/16/JUN de 1995. Perguntas e Respostas.

<sup>11</sup> *In Direito Administrativo*, 4ª ed. 1995: Saraiva, São Paulo, p. 310.



rativa, o órgão ou entidade prestar serviços ou produzir bens para outrem, tratar-se-á de licitação indispensável, uma vez que a locução *"que tenha sido criado para tal fim específico"* no dispositivo em comento não comporta interpretação diferente, pena de retirar-se a vigência da mesma.

Por sua vez, o Egrégio Tribunal de Contas da União<sup>12</sup> não se afasta do entendimento sustentado. Em consulta formulada pelo Secretário de Controle Interno do STJ, o Ministério Público atuante naquela Corte de Contas verberou que *"o art. 2º - caput da Lei 8.666/93 diz ser exigível a licitação quando a Administração contrata 'com terceiros'. Ora, as várias entidades da mesma pessoa política não são terceiros em relação a ela ou em relação umas às outras. São, todas, integrantes da mesma Administração Pública. Pouco importa a personalidade própria de que dispõem: isso não as torna, para os fins da lei, estranhas ou distintas ('terceiros') da Administração que integram. Logo, se o ente paraestatal não é 'terceiro', sua contratação não está sujeita à licitação"*. A contrário senso deste raciocínio, uma paraestatal de outra esfera jurídica considera-se terceiro, submetendo-se à necessidade de concorrer com as demais por via de certame licitatório.

A mesma Corte de Contas, apreciando denúncia<sup>13</sup> contra possíveis irregularidades cometidas por órgãos públicos na contratação direta da Petrobrás Distribuidoras S/A para fornecimento de combustíveis e derivados de petróleo, ressaltou que a aquisição de combustível sujeita-se ao processo licitatório previsto no art. 2º da Lei nº. 8.666/93, não se aplicando ao caso a hipótese de dispensa de licitação prevista no inciso VIII do art. 24 da Lei nº. 8.666/93.

O Departamento de Licitações, Contratos e Convênios do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina divulgou a realização de licitação na modalidade Convite (CV 23/2002) para fornecimento de combustíveis para abastecimento dos veículos automotores daquela Corte para o ano de 2003, do que avulta o entendimento segundo o qual não há de se aplicar a dispensa<sup>14</sup> *sub examen*.

---

<sup>12</sup> Decisão 431/1997 – Plenário.

<sup>13</sup> Decisão 608/1999 – Plenário. Precedentes citados: Decisão n. 118/98 - 2ª Câmara (Ata 9/96); Decisão n. 253/97 - Plenário (Ata 16/97); Acórdão n. 29/99 - Plenário (Ata 11/99); Acórdão n. 56/99 - Plenário (Ata n. 19/99).

<sup>14</sup> Para alguns, inexigibilidade.

### **3. Conclusão**

De acordo com a linha de entendimento que venho desenvolvendo, concluo ser inviável a contratação direta por qualquer ente, com dispensa de licitação, de órgão ou entidade que explore atividade econômica, quando mais se cogite da possibilidade de que a contratação envolva pessoas jurídicas de diferentes órbitas federativas. ♦

# A Globalização no Campo Jurídico

**DÉCIO XAVIER GAMA**

Desembargador do TJ/RJ

## 1. INTRODUÇÃO

As transformações na economia, com modificações do processo do relacionamento entre povos, permitiram surgir mais estreita cooperação entre países que mantinham ligação cultural e de negócios, vizinhos ou não. Muitos passaram a adotar novas formas de utilização de produtos e serviços que resultavam da experiência trocada. Com isto, as pessoas multiplicavam mais e mais, os contactos principalmente de interesse comercial.

Ocorreu, de fato, lenta, mas continuamente, uma simplificação nas transações comerciais e na realização de negócios internos e externos. As nações, e, em alguns casos, regiões que englobam dois ou mais países, trataram de adotar procedimentos assemelhados que permitiam proveitos e custos mais reduzidos. Disto resultou enorme o crescimento do número de novos negócios e a busca de encontros para transações com parceiros que podiam até ser pouco conhecidos.

Essa tendência de uniformizar e universalizar procedimentos, que marca, às vezes, mais uma etapa de luta comercial, passou a ser denominada globalização. Cabe apontar a União Européia, como exemplo significativo que muito se destacou no século XX. De forma gradativa, países já com estreita convivência, ampliaram os entendimentos com mais outros do continente europeu, a partir de um acordo inicial sobre a exploração do carvão e do minério de ferro abundantes na região do RHUR que abrange Alemanha, França e Holanda. Tais entendimentos, sempre buscando o interesse comum

de cada país, permitiram que se chegasse, anos depois, à fantástica união aduaneira, industrial, comercial, de transportes, rodo-ferroviários, de comércio etc., que culminou com um sistema monetário comum dos dias de hoje. Caíram as barreiras e entraves de nacionalidades. Cada país consentiu em reduzir um pouco a sua soberania. São hoje 15 países com moeda única, que já aprovaram, em 13 de dezembro último, na reunião de Copenhagen, a futura incorporação de mais 10 novos membros situados no leste europeu. Com isto estimularam o adeus à Guerra Fria e à divisão político-ideológica do pós-guerra, que ainda perdurava até a queda do Muro de Berlim. A Europa globalizou-se!

Ao longo dos anos foram inegáveis os resultados altamente positivos. Contudo, novos problemas têm provocado debates com sérias divergências entre pessoas de certa parte da população, que não desfrutavam de benefícios da nova política global. Os debates chegaram às perturbações de ruas porque vinham carregados de tendências ideológicas. Proveito da experiência alheia nunca pode ser rigorosamente igual para todos. Sempre poderá haver os que avançam mais e os que pouco percebem a forma dos novos procedimentos globais.

A experiência e o maior progresso técnico-científico, ao longo de muitos anos, ultrapassaram fronteiras. O desenvolvimento em geral passou a se operar também por convergência de idéias ou por debates sobre interesse comum. A simples aproximação entre países e entre as populações, permitiam a observação de novos rumos do progresso no mundo. Por outro lado, a facilitação de contactos nos meios de comunicação, bem como a adoção comum de novos métodos de trabalho, despertaram ansiedade e interesses em conhecer melhores resultados por novos negócios. Todos pressentiram a nítida tendência para a internacionalização da economia.

O fenômeno da globalização se destacou facilmente no comércio internacional e na indústria. A esse respeito deve ser acentuado que a facilidade dos meios de transporte e de comunicação entre as pessoas gerou a ânsia de se lograr maior desenvolvimento de entidades privadas e de governos. O avanço daquele movimento tornou motivo bastante para a simplificação desejada pelas partes contratantes. Com a adoção de regras comuns, sobreveio a forma

de se chegar a tarifas e custos operacionais menores. Abria-se o campo propício, através do qual desenvolveu-se uma união cada vez mais sólida de negócios globalizados em toda a Europa, unida como se fosse um único país em todo continente.

Em muitos casos os países se tornaram interdependentes. Assim, produtos de imperiosa necessidade para o progresso dos povos, como petróleo, gás (GLP) gás veicular (GNV), energia elétrica, minério de ferro, os minerais nucleares e outros, que são encontrados em abundância apenas em alguns territórios, passaram a ser utilizados por muitos outros povos, através de vias permanentes, como em dutos transcontinentais, mediante investimento realizado por dois ou mais países. Há casos em que a mesma estrada de ferro percorre muitos países, bem como de linhas de transmissão de energia elétrica, túneis e pontes, que só existiriam pela conjugação de esforços comuns de dois ou mais Estados, porque, naturalmente, atendiam a interesses da mais de um deles. A maioria dos países da Europa sendo atendida pela Rússia com enorme volume de produtos energéticos (petróleo e gás), tornou-se dependente hoje daquele país, que por sua vez, tem hoje como dar saída àqueles seus produtos abundantes para exportação. Distanciam-se, assim, de divergências antigas, desaparecem animosidades. Surgem uniões para realização de novos negócios.

Muitos têm sido os debates e as opiniões divergentes sobre as vantagens ou desvantagens trazidas por tais acontecimentos, ou sejam acordos, convênios e novos negócios. De qualquer forma, ficaram demonstrados benefícios maiores na globalização para países mais ricos em detrimento de outros de menor expressão econômica. Colocaram-se muitos, assim, a favor e outros contra a globalização<sup>1</sup>. Das divergências a respeito surgiram conflitos entre os que se puseram contra os rumos da globalização e as forças que tentavam coibir os excessos de movimentos radicais até mesmo com batalhas de rua. Configurou-se, em alguns casos, verdadeira luta político-ideológica. Foi o que ocorreu nas reuniões internacionais de Seattle, Montreal, Genebra, Nice, Davos, Quebec e mais recente-

---

<sup>1</sup> David Held & Anthony McGrew, Jorge ZAHAR, Edição de 2001.

mente em Gênova, com morte em atritos de manifestantes com a polícia.

Não fazia sentido, contudo, travarem-se batalhas contra a globalização. O que se deve admitir é o debate e a busca de soluções para a má distribuição de renda e o seu agravamento trazido com negócios globalizados. Melhor era que os países mais pobres reivindicassem outros benefícios nas relações modernas entre os povos e arrefecessem os litígios que se travaram em recintos fechados e se estendiam até as ruas para batalhas campais.

Não se entende, também, que alguém possa ser contra ou a favor da globalização, porque não se poderia dizer que aqueles benefícios ou malefícios resultaram todos de providências, medidas ou de qualquer política isolada, adotada ou imposta por um país, ou grupo de países.

Aquelas modificações globais foram paulatinamente introduzidas na vida das pessoas e de entidades, sendo aceitas, não raro, por acordo internacional. As ondas da globalização avançaram ao longo do tempo<sup>2</sup>.

Bem ponderado, o fenômeno se espraia e sobrevive há muitos e muitos anos, ao longo de séculos, centenas ou milhares de anos. As invenções e outras criações do espírito despertaram o interesse em multiplicar lucros com a fabricação e venda em grande quantidade de produtos que não eram senão fruto de idéias surgidas com o estímulo do surto industrial em muitos países. A mundialização, como a denomina os franceses, passou a ocupar espaço definitivo na vida dos povos.

O crescimento da população e a atividade dos homens de negócios interagindo com dirigentes de outros países, provocam desde os tempos antigos o aparecimento de soluções antes desconhecidas. Não é fato novo. Embora o progresso resultante desses contactos internacionais mais freqüentes tenha sido persistente, o certo é que, somente caminhando o tempo até o decorrer dos últimos 50 anos, se acentuou o desenvolvimento das atividades industriais e comerciais. Esse progresso global passou a ser a facilmente

---

<sup>2</sup> David Held & Anthony McGrew, citados.

notado. Muitas pessoas foram despertadas para o fenômeno quando a mídia passou a divulgar as queixas sobre disparidades de seus resultados e benefícios entre países pobres e ricos, principalmente quando registraram os conflitos explorados por movimentos ideológicos.

## **2. UMA ANTIGUIDADE HISTÓRICA**

As civilizações continuavam distanciadas até o século XIV e XV. As informações trazidas do oriente por MARCO POLO quase dois séculos antes, embora postas em dúvida por muitos habilitantes do médio oriente e da Europa, vieram a ser confirmadas após a presença de navegadores portugueses e espanhóis que, contornando a África, descobriram o caminho marítimo para as Índias. Passou a ser mais intensa a troca de mercadorias providas do oriente. Portugal e Espanha firmaram o Tratado das Tordesilhas, referendado pelo Papa, em busca de limites para seus futuros domínios no Ocidente, onde aportara Cristóvão Colombo em 1492.

O mundo começava a ser delimitado e conhecido, em forma globalizada. O que faltava eram os instrumentos de viagens que permaneceram rudimentares por largo tempo. A máquina a vapor do século XIV, a máquina de impressão (Gutemberg) e o uso da eletricidade abriram caminho para novas invenções, como as estradas de ferro, o telefone, a radiocomunicação, o automóvel, aviões. Andando o tempo, tivemos o surgimento das comunicações sem fio mais desenvolvidas, potentes e ilimitadas porque hoje interplanetárias, com espaçonaves tripuladas por pilotos de mais de um país.

Não se pode conceber esse progresso oriundo de um só país. Mais importante para os povos da terra foi a descoberta de novos combustíveis como o petróleo e o gás. Há hoje uma interdependência de países com relação a essas mercadorias, como é o caso da Rússia com petróleo em abundância ao contrário do resto da Europa, salvo Inglaterra e Noruega.

## **3. OS POVOS SE APROXIMAM**

Os povos foram se tornando cada vez mais participativos na vida de uns e de outros. O colapso do socialismo de Estado abriu caminho para expansão mais acentuada da união espontânea em

todos os continentes e em diferentes épocas. Expandiu-se assim, o sistema de economia privada. Hoje, pode-se dizer que o socialismo soviético em 70 a 80 anos, não perdurou por muito tempo. Foram os anos que ficaram no espaço de uma geração. Com o retorno à economia privada na grande maioria dos países antes socialistas, na Europa e Ásia, resta a grande experiência mais duradoura da China, exemplo talvez único que irá permanecer por tempo maior. Talvez será uma experiência para a humanidade por anos, muitos anos!

Mas o que resta da experiência ideológica prática nas Instituições chinesas distancia-se, cada vez menos, de tantos outros povos, governados por sistemas diversos, porque grande é o interesse do mundo na colossal produção de bens chineses e na própria forma em que aquele país encara uma convivência pacífica e global com outros países. Maior deve ser o interesse da própria China, que se desperta para a *integração* através dos organismos internacionais, como o FMI, a OTAN, a OMS, a OMC e muitos outros, cujos membros não seguem o sistema socialista de governo e que são entidades que pressionam pelo entendimento global.

Convém assinalar que a população estupenda da China é um fator de atração para negócios com outras nações e a própria China, com sua população de um bilhão e meio de habitantes, também caminha para ter interesse em travar relações de compra e venda de produtos para consumo alimentar com outras regiões.

Por fim, já se congregaram blocos de países, como no Mercosul, Nafta, Pacto Andino, Associação Sul Africana, para cuidar mais de interesses econômicos, mas que acabam por ampliar os pactos com objetivos de prevenir divergências futuras em tema de política internacional, ou até mesmo para garantia contra a ameaça de abalar o sistema democrático. Tal aconteceu recentemente no Paraguai.

#### **4. A DIPLOMACIA TAMBÉM CONSEGUE REDUZIR CONFLITOS DE INTERESSES. DE FORMA GLOBALIZADA**

Além de associações para atender conflitos ou mesmo divergências nas áreas econômicas, culturais, tecnológicas ou científicas, criaram-se nos continentes organizações de aproximação de povos para intervenção quando na iminência de conflitos (O.E.A. nas Américas e a A.S.A. na África). O Brasil e outros países recentemente



desenvolveram esforços para evitar guerra entre o Peru e Equador. A ciência jurídica tem evoluído, e contribuído, de forma semelhante em muitos países, valendo-se de normas consolidadas e aceitas, do Direito Internacional.

Os Estados se organizaram politicamente com base na experiência de outras civilizações. Os regimes de governo e de Estado se repetiram em países novos pela opção que tiveram os membros da antiga comunidade, quando proclamaram o propósito de se tornarem livres e senhores de seu destino. Para darem estrutura e personalidade jurídica ao novo ente de direito público interno, buscaram normas vigentes em anteriores civilizações. Daí serem semelhantes com as mais antigas, as regras sobre formas de governo e de Estado, de muitos povos que surgiram desde as grandes descobertas e desde que se desencadearam as descolonizações dos continentes subjugados. Iniciava-se globalizada a forma de surgimento de civilizações novas. Ou melhor, o surgimento de núcleos populacionais que se tornaram aglomerações notáveis ou mesmo grandes países, Assim, o exemplo da formação dos países latino-americanos e da própria África colonizada.

## **5. CIÊNCIA E O DIREITO**

No tocante, propriamente, à ciência e à legislação, o grande desenvolvimento da imprensa e os lançamentos de livros ensejaram uma inter-relação permanente entre pessoas e entidades culturais, inclusive de juristas. Daí a conseqüente transposição, de uma para outra parte do globo terrestre, de normas, princípios e soluções ao longo do tempo, encontradas em codificações consolidadas e com configurações de Estado assemelhadas. Os Códigos do chamado mundo ocidental, do sistema romano-germânico, acolheram numerosas regras do Direito Romano, via principalmente do Código civil francês e do alemão. Os juristas elaboradores de projetos notáveis para codificação, buscaram inspiração em obras já consagradas, tais como Teixeira de Freitas (Hiering) Clovis Bevilacqua (Hiering), Andrés Bello (Código Civil do Chile), Vélez Sarsfield (Argentina) tiveram sempre como fonte a legislação já consagrada de outros povos. O nosso Código Civil de 1916 muito absorveu do Código Alemão (BGB) e do Código de Napoleão (1804). Os dois últimos Códigos de Proces-

so Civil brasileiro, de 1939 e de 1973, contêm a experiência de povos mais adiantados constantes de seus códigos, como a Alemanha e a Itália. Em outro sentido, a Consolidação das Leis Cíveis no Brasil, de Teixeira de Freitas, foi fonte indiscutível do Código Civil da Argentina, tal como é reconhecido pelos juristas daquele país.

## **6- A ADOÇÃO DE NORMAS QUASE IDÊNTICAS ÀS DE OUTROS PAÍSES**

Modernamente tem sido freqüente a adoção de regras de conduta, ou de novas normas legislativas, que partem de princípios idênticos aos que já surgiram em outros países. Em Códigos Cíveis da América Latina foram adotados textos do Direito Romano, via o BGB (Alemão) e do Código Francês de 1804, ainda em vigor. Alguns países chegaram a adotar, quase por inteiro, leis e até Códigos de Países vizinhos (Chile, Peru, Paraguai, Argentina, Venezuela, Haiti). No campo do Direito de Família, a sua atualização ou ampliação periódica, passaram a ser observadas por outros povos e, em muitos casos aceitas, como foi o caso da antiga legitimação adotiva e do divórcio.

Quem não percebe que a discussão sobre questões polêmicas no mundo avança com fundamentos que se repetem em uma ou outra região? É que os dados das pesquisas e de estatísticas abrem os olhos da população para os novos aspectos do problema. Um só exemplo, o da secular questão da pena de morte, bastaria para demonstrar que foi a experiência de muitos países e o resultado em cada um deles na aplicação daquela pena, que a grande parte dos povos segue hoje o caminho da abolição da pena capital de suas legislações.

O Código de Direito e Defesa do Consumidor resultou de um comando constitucional e encerra, por sua vez, em muitas de suas normas, a influência da legislação já vigente em outros países.

Mais recentemente vimos que a novíssima Lei brasileira, de Gestão e Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101, de 4/5/2000) resultou de um primeiro projeto já convertido em Lei na Nova Zelândia. Nossa Lei contém regras que repetem integralmente outras da Lei neo-zelandesa, conforme atestam os primeiros comentaristas da nossa atual Lei.

Na área do Direito Comercial, que teve sempre regras próprias para os ajustes internacionais, tal o dinamismo dos negócios que

interligam os sistemas de contratos mercantis, nunca deixou de existir troca de experiências e entendimento entre pessoas físicas e jurídicas, no fechamento de negócios. Sem se falar na secular experiência dos arbitramentos.

Os estreitos contactos facilitados por rápidos meios de comunicação ou transporte, conduzem a entendimentos e à adoção de medidas e comportamentos por pessoas, governos e organizações internacionais, visando a solução global para crises econômicas e para problemas que antes ficariam restritos aos países onde surgiram.

Tais situações especiais e sérias medidas de um ou outro país passam a ser objeto de cuidados e preocupações de países vizinhos e de outros distantes, porque afetam Bolsas de Valores de muitos centros financeiros e atingem interesses, porque podem por em risco a vida, a saúde, o suprimento de bens e de utilidades vitais *como a água*. Rios comuns de vários países e mares fronteiros de comunidades diversos, começam a ser objeto de reuniões internacionais que visam a utilização adequada do líquido indispensável ao ser humano. Lembramos todos das longas tratativas entre Brasil, Paraguai e Argentina para que se tornasse viável a execução do plano de construção da Usina Hidrelétrica de Itaipu, que envolvia um rio de largas dimensões. Por alguns anos as discussões a respeito do interesse de cada um dos países fronteiriços foram examinados, até que se chegasse a bom termo e poder, assim, o Brasil construir quase que só para sua própria utilização a maior geradora de eletricidade do mundo.

Houve, a partir da década de 1960, sensível modernização nas ciências sociais, e se acentuou o uso da palavra globalização a ditar procedimentos comuns para Estados, governos, províncias, organizações estatais e regionais.

A turbulência política recente no Paraguai provocou declarações das chefias de governo de países vizinhos, no sentido da preservação do regime democrático naquele país. Foi uniforme a posição de países membros do Mercosul, de revelarem preocupações, por não desejarem a possível quebra do regime democrático naquele país, também membro do Mercosul.

## **7. O COMÉRCIO MULTILATERAL - PERDÃO DE DÍVIDAS**

Os aspectos materiais da globalização situam-se no fluxo de comércio, do transporte, dos sistemas bancários, das normas de arbitragem comercial, de vacinação em massa, que proporcionam ampliação das relações e atividades sociais. Por isso mesmo, normas internacionais foram sendo cada vez mais aceitas, a vincular países ou organismos regionais, com ocorrência de crescimento dos fluxos globais e enredamento de Estados e sistemas mundiais.

A partir de entendimentos mais freqüentes, na tentativa de solução de problemas comuns a dois ou mais países, a globalização se mostrou acelerada e se aprofundou com impacto em negócios bilaterais e multilaterais, em magnitude fora do comum. Até países de pequena expressão na economia mundial nutrem a esperança de se ligarem aos grandes conglomerados, seja para usufruírem do progresso de outros povos, seja até para serem alvo de perdão das dívidas que contraíram sem meios depois de pagarem-nas. O Brasil já perdoou dívidas de Moçambique, recentemente, e há algum tempo de Honduras e outros países da África.

Foram adotados padrões internacionais comuns para produtos industriais e sistema de comércio, interessando utilidades profissionais no combate a epidemias humanas e de animais, além das muito mais antigas padronizações de medidas em geral, ou tamanho de embalagem, de controle sanitário e de qualidade das mercadorias, sempre com forte repercussão nos hábitos da sociedade.

O extraordinário progresso científico e a ânsia do homem de desvendar os segredos da vida no universo proporcionam entendimentos para atividade comum. Chegou-se, por isto, à participação de cientistas, pilotos de aeronaves e pesquisadores em viagens ao espaço, de países diversos com objetivos e experiências comuns.

## **8. A CRÍTICA DOS CÉTICOS E OS GLOBALISTAS**

Os críticos da globalização acentuam que há atualmente apenas um modelo abstrato de economia, cultura global ou sociedade mundial proveniente do que os historiadores chamam a *belle époque* no período de 1890 a 1914. As tendências contemporâneas correspondem às de uma sociedade nacional. Daí entenderem esses céticos que aquelas tendências atuais seriam captadas como de

internacionalização, de “laços crescentes entre economias ou sociedades nacionais essencialmente distintas”<sup>3</sup>.

Assim, deve continuar a primazia do território, das fronteiras, dos governos locais e nacionais, mantendo-se os poderes de cada país, a sua produção e suas riquezas na ordem mundial. Segundo essa concepção, presa a ideologias arraigadas, os neoliberais consideram que o capitalismo, como ordem social, tem uma lógica naturalmente expansionista que, para manter os lucros, precisa estar sempre explorando novos mercados.

Outra é a análise dos globalistas. Segundo eles reduzir a globalização a uma lógica puramente econômica ou tecnológica é profundamente equivocada. “A globalização é um conjunto de processos inter-relacionados que operam através de todos os campos primários do poder social, inclusive o militar, o político, o cultural e também econômico”.

Embora se afirme que “as tendências atuais se acham situadas no contexto de tendências seculares do desenvolvimento econômico mundial”, por certo o ritmo da globalização intensificou-se a partir dos anos do entre-guerras (1919/1939). Após o término da Primeira Grande Guerra Mundial, o mundo esforçou-se generalizadamente para se recuperar da extraordinária destruição que restou dos campos de batalha e quando mal se reorganizavam alguns países, sobreveio a recessão geral a partir de grande queda da Bolsa de Valores de Nova Iorque. Os produtos agrícolas tiveram seus preços reduzidos sensivelmente, em alguns casos até a um quarto (1/4) de seu valor. Foram mais de 10 anos (de 1929 a 1939) de um quadro negativo da economia que só começou a se alterar com a eclosão da segunda guerra mundial. O café produzido pelo Brasil, beneficiado, ensacado e pronto para ser posto no mercado passou a ser queimado em grandes fogueiras nos próprios municípios produtores. O trigo na Argentina foi jogado em alto mar em grande quantidade e o algodão em superprodução teve também o destino de muitas fogueiras em outros países. O Brasil e muitos países amargaram anos perdidos de atraso em sua economia, *em razão de uma devastadora recessão*, que assolou o país, e que também, infe-

---

<sup>3</sup> Sem que nenhuma nação perca sua soberania, segundo autores citados nas notas anteriores.

lizmente, atravessou quase dez anos de atribulações político-militares (1932, 1934, 1935, 1937, 1939).

A globalização é um fenômeno de forças múltiplas com imperativos econômicos, políticos e tecnológicos. Foram sendo criadas possibilidades de novas formas de organização social, como as redes de produção, de comunicação (satélites em condomínio de países), de Internet, de transportes ultra-rápidos (aviões supersônicos) com recursos comuns a dois ou mais países (trens e túneis internacionais). São os regimes reguladores globais (OMC, Parlamento Europeu, Corte Internacional de Justiça - Haia) a decidirem conflitos fronteiriços, do mar territorial e outros como os chamados contenciosos comerciais (da lagosta, da venda subsidiada de aviões) nos quais o Brasil também se envolveu.

Nas últimas décadas do século XX a ordem internacional moderna dos Estados tornou-se verdadeiramente global, pois foi somente com o fim dos grandes impérios – europeu, norte-americano e da União Soviética (desaparecimento do bloco e de seus países satélites) - que muitos países puderam ingressar em organizações internacionais, reguladores do crédito mundial e das crises monetárias (FMI).

Com o crescimento das organizações internacionais, transnacionais e regionais desde a ONU e seus órgãos especializados (OMS, FAO, OIT), até as de grupos de pressão, como os dos ambientalistas, dos defensores de espécies animais em extinção, dos de combate ao trabalho infantil e outros, alteraram-se o comportamento e as relações entre Estados.

Houve um crescimento estupendo de número de tratados internacionais assinados e em vigor e do número de regimes entre nações, como o de não - proliferação nuclear.

Gerou-se ampla interligação política, em razão de densa rede de atividades entre os principais foros internacionais de formulação política, como reuniões de cúpula da ONU, do G7, do FMI, da OMC, da União Européia, da CEAP (Ásia), do Foro Regional da Associação do Sudeste Asiático - FRANSA) e do Mercosul.

Segundo levantamento recente anunciado, em meados do Século XIX havia duas ou três conferências internacionais por ano, hoje são mais de quatro mil (4.000) anualmente, sejam as de nível de governo, sejam as de caráter profissional, científica, cultural, es-

portiva e outras. São reuniões que estão a cuidar de questões de interesse global sem dúvida.

Por mais que não se acredite, a moeda única (euro) é uma realidade na União Européia. A Europa, num prazo relativamente curto saiu dos escombros do pós-guerra para uma organização política supranacional, em que a soberania de cada país se subordina às áreas de interesse global. Na área do Mercosul, a questão da moeda única já foi suscitada, sendo ainda seu grande entrave, a. instabilidade da atuais moedas de cada país.

A cooperação internacional se amplia e vai hoje muito além da geopolítica tradicional e da ânsia de levar o homem a outros planetas. O problema do tráfico de drogas, dos fluxos de capital, da chuva ácida, das atividades dos pedófilos, do terrorismo, da imigração ilegal e outros não conhece fronteiras. O trato conjunto de muitas questões é indispensável para se lidar com as conseqüências de um mundo que se atemoriza com dificuldades comuns sobre o efeito estufa e da ânsia de levar o homem a outros planetas.

Há mudanças, também, na ordem militar mundial. Poucas nações, atualmente, consideram que o unilateralismo e as neutralidades sejam estratégias de defesa confiáveis. O Poder e o papel do Estado – nação territorial - estão em declínio. "O poder político está sendo reconfigurado", conforme acentuam os citados autores inicialmente invocados e se tornou fácil de compreender após a utilização da arma nuclear na segunda guerra mundial e a posse, hoje sabida, dos segredos da mesma arma por pelo menos cinco países. ♦

# Dignidade da Pessoa Humana: Referenciais Metodológicos e Regime Jurídico

**EMERSON GARCIA**

Membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Assistente da Assessoria de Assuntos Institucionais da Procuradoria Geral de Justiça.

## 1. Contextualização do tema

A partir do segundo pós-guerra, ao menos sob uma perspectiva idealístico-formal, a concepção de que o respeito ao ser humano deve ocupar o epicentro de toda e qualquer atividade desenvolvida pelas estruturas sociais de poder parece ter recebido o colorido de dogma intangível. Essa constatação, longe de ser setorial ou mesmo sazonal, rompeu as fronteiras de cada Estado de Direito, disseminou-se pelo globo e, em refluxo, afrouxou as amarras do aparentemente indelével conceito de soberania, subtraindo do Estado a disponibilidade normativa e exigindo o imperativo respeito a valores essenciais ao ser humano.

A transposição dessa concepção à realidade fenomênica, longe de ser direcionada pela estabilidade e pela universalidade indissociáveis da perspectiva idealístico-formal, tem sido caracterizada por momentos de ruptura e por uma inegável limitação de ordem espacial. Nos Estados de reduzida tradição democrática, a instabilidade política e a ausência de uma sólida ideologia participativa em muito contribuem para a não-sedimentação do respeito ao ser humano como um valor verdadeiramente fundamental. Esse quadro não sofre alterações substanciais mesmo nos casos em que, no plano internacional, o contorno essencial dos direitos humanos tenha assumido a condição de *ius cogens*. Ainda que a observância desses



valores passe por períodos de confortante estabilidade, as rupturas têm sido freqüentes, o que é um claro indicador de que a perspectiva material de observância dos direitos humanos está longe de ter seus contornos sobrepostos à perspectiva idealístico-formal.

A exemplo do que se verifica em um governo despótico ou antidemocrático, que jamais será rotulado como tal no respectivo texto constitucional,<sup>1</sup> também nos Estados onde a inobservância dos direitos humanos é uma constante, a apologia de sua importância é contraditoriamente entusiástica. Diminutos são os Estados que não consagram o respeito aos direitos humanos como um valor fundamental, mas múltiplos são aqueles que não observam os mais mezinhos princípios relacionados à sua proteção.

Atenuar o distanciamento entre os vetores axiológico e real exige seja densificada a plasticidade retórico-semântica - da já referida perspectiva idealístico-formal dos direitos humanos - e despertada sua eficácia transformadora, permitindo aproximá-la da concretude inerente à perspectiva material. Esse *iter* metodológico, *prima facie*, não pode ser principiado e ultimado num ambiente acadêmico e, muito menos, integralmente percorrido com um mero lance de tinta. Ainda que o jurista identifique o seu fundamento e estabeleça as suas bases de sustentação, à fórmula haverá de ser integrado o componente sociopolítico, permitindo que os "*fatores reais de poder*", isto para utilizarmos a sugestiva expressão de Lassalle,<sup>2</sup> tornem efetivo aquilo que existe em potência. Ignorar a importância do componente sociopolítico redundará em imperfeição semelhante àquela que se busca combater: o distanciamento entre o discurso retórico-semântico e a realidade.

Apesar de a eficácia do discurso jurídico estar umbilicalmente ligada aos fatores de transformação social, do que decorre o esvaziamento de sua força persuasiva em níveis proporcionais ao distanciamento da realidade que tenciona regular, é inegável a sua importância estruturante na formação de qualquer iniciativa

---

<sup>1</sup> O art. 1º da Constituição cubana fala por si: "*Cuba es un Estado socialista de trabajadores, independiente y soberano, organizado con todos y para el bien de todos, como república unitaria y democrática ...*".

<sup>2</sup> Cf. Ferdinand Lassalle, **A Essência da Constituição**, Rio de Janeiro, 2000, p. 10/11.

transformadora. Um alicerce sólido torna igualmente sólida a construção que sobre ele seja erguida, um alicerce frágil, do mesmo modo, transmitirá fragilidade semelhante ao que sustenta, permitindo que ao mais leve sopro se desvaneça.

A solidez do discurso, por evidente, está diretamente relacionada ao paradigma metodológico empregado na sua fundamentação e no regime jurídico a que se sujeita a dignidade humana, sendo este o *leitmotiv* da análise a ser realizada, indicação oportuna na medida em que passaremos ao largo de considerações de ordem político-sociológica.

## 2. Os percursos metodológicos à dignidade

Além do jusnaturalismo, são múltiplas as correntes metodológicas contemporâneas, positivistas ou pós-positivistas, que podem ser invocadas para se tentar explicar o fundamento da noção de dignidade da pessoa humana. A vastidão do tema inviabiliza uma abordagem exauriente, motivo pelo qual nos limitaremos a uma mera referência às principais correntes.

De logo, vale lembrar que as correntes metodológicas não se sucedem num "*movimento lógico-temporal*" de substituição das antecedentes pelas conseqüentes; pelo contrário, "*convivem no mesmo horizonte cronológico*", permitindo, em busca de uma maior solidez do discurso, que soluções de problemas concretos sejam fundamentadas em elementos metodológicos de correntes diversas.<sup>3</sup> Por vezes, esses elementos não só coexistem em determinado ato decisório, como se influenciam reciprocamente, terminando por integrar-se em prol da conclusão pretendida.

Na senda do direito natural, a dignidade humana seria informada por valores inerentes ao homem em um estado de natureza, originários e inalienáveis,<sup>4</sup> sendo oponíveis ao próprio poder sobe-

---

<sup>3</sup> Cf. Marcos Keel Pereira, **O Lugar do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana na Jurisprudência dos Tribunais Portugueses. Uma Perspectiva Metodológica**, *Working Paper*; Lisboa, 2002, pp. 13/14.

<sup>4</sup> A referência a direitos inalienáveis ou intangíveis do homem pode ser encontrada em vários textos constitucionais, *v.g.*: o art. 1o, 1, da *Grundgesetz* alemã; o art. 4o da Constituição do Principado de Andorra; o art. 10, 1, da Constituição da Espanha; o art. 2o da Constituição da Itália; a primeira frase do preâmbulo da Constituição da França de 1946, integrado à Carta de 1958; o art. 11 da Constituição do Japão; e o art. 17, 2, da Constituição da Rússia. O *Bill of Rights of Virginia*, de 12 de Junho de 1776, cujo modelo se espalhou por outros Estados da Federação americana, dispunha, em seu art. 1o, que "*todos os Homens são por natureza igualmente livres e independentes e possuem determinados direitos inatos...*".

rano.<sup>5</sup> Quanto ao “*alicerce metafísico-teológico de que carece qualquer direito natural*”,<sup>6</sup> estaria ele associado a paradigmas de ordem religiosa, com especial deferência ao cristianismo na cultura ocidental.<sup>7</sup> Apesar da pureza dos fins, sendo concebida como antagonismo ao poder estatal absoluto (*absoluter staatlicher Herrschaft*), essa teoria não logra demonstrar como seria possível conceber um direito (*Recht*) dissociado de uma relação jurídica (*Rechtsbeziehung*).<sup>8</sup>

Se o fundamento teleológico mostra-se enfraquecido e camaleante<sup>9</sup>, a tese de direitos inatos do homem, desta feita lastreada em valores sociais e acautelada pelo poder de coerção estatal, ainda

<sup>5</sup> Essa doutrina foi desenvolvida por Locke pouco após a *Glorious Revolution* de 1688, procurando legitimar, *a posteriori*, o pensamento revolucionário. Segundo ele, o poder do soberano encontra o seu fundamento em um contrato social, que limitaria o alcance do poder aos direitos que lhe foram transferidos pelos súditos. No estado de natureza (*state of nature*), o indivíduo possui determinados direitos considerados naturais (*property*), cujos elementos integrativos, por serem originários e inalienáveis, não poderiam ser transferidos ao soberano, o que acarretava a impossibilidade de serem subtraídos ao indivíduo. Em verdade, o indivíduo transferiria alguns direitos com o fim de melhor preservar os demais. Cf. John Locke, *The Second Treatise of Government: Essay concerning the true original, extent and end of civil government*, 3a ed., Norwich: Basil Blackwell Oxford, 1976, pp. 9 e ss., publicado, em 1690, como parte da obra **Two Treatises of Government**.

<sup>6</sup> Cf. Reinhold Zippelius, **Teoria Geral do Estado**, Lisboa, 1997, p. 146.

<sup>7</sup> São Tomás de Aquino, na década de 1250 (*in Os Princípios da Realidade Natural*, Porto, 2003), afirmava que deveria ser entendido por natureza “*tudo o que, de algum modo, pode ser apreendido pela inteligência, pois uma coisa só é inteligível mediante a sua definição e essência.*” (p. 54) ... “*Tudo o que convém a qualquer coisa é causado pelos princípios da sua natureza, como a capacidade de rir no homem, ou provém de algum princípio extrínseco, como a luz na atmosfera, proveniente do Sol. Ora, é impossível que o mesmo ser seja causado pela mesma forma ou quiddidade da coisa – falo como de causa eficiente – porque assim determinada coisa seria causa de si própria e se produziria a si própria na existência. Portanto, importa que toda a realidade, cujo ser é diferente da sua natureza, receba o ser de outrem. E porque tudo o que é por outrem se reduz ao que é por si, como à sua causa primeira, importa que haja alguma realidade que seja causa de ser de todas as realidades, porque ela própria é apenas Ser. Alias, ir-se-ia até ao infinito nas causas, porque tudo o que não é apenas Ser tem causa do seu ser, como se disse. É claro, portanto, que a inteligência é forma e ser e que tem o ser a partir do primeiro Ente, que é apenas Ser. Este Ser é a causa primeira: Deus*” (p. 79/80).

<sup>8</sup> Cf. Heiner Bielefeldt, **Philosophie der Menschenrechte, Grundlagen eines weltweiten Freiheitsethos**, Frankfurt, 1998, p. 162.

<sup>9</sup> O pensamento dos direitos humanos, segundo Bielefeldt (*op. cit.*, p. 185), visa a um direito secular, sendo desconhecido um Direito de Deus material (*materiale Gottenrechte*), o que é um indicativo de que a liberdade humana é independente de fundamentos religiosos e que a política e o direito ultrapassam a perspectiva teológica. Quanto à invocação de Deus na *Grundgesetz*, tem ela caráter meramente simbólico, não um verdadeiro sentido.

mantém um sopro de vida. De qualquer modo, o alegado direito pressuposto não subsiste por si, mas integrado pelos valores diretivos das relações intersubjetivas.

Partindo da noção de sistema e de um critério de racionalidade intrínseca, a *jurisprudência dos conceitos* busca demonstrar a existência de uma "pirâmide de conceitos", em cujo vértice se apõe o conceito de maior generalidade possível, no qual venham a se subsumir, como espécies e subespécies, em escala decrescente de generalidade, todos os demais conceitos, de modo que os conceitos derivados sempre possam ser reconduzidos ao originário<sup>10</sup>, dando origem a um sistema de regras logicamente claro, sem contradições e sem lacunas. O positivismo normativo de Kelsen<sup>11</sup> pode ser integrado a essa estrutura, sendo o topo da pirâmide ocupado pela *Grundnorm*, norma pressuposta fonte de legitimidade de todo o ordenamento jurídico.

O processo dedutivo preconizado por essa teoria terminaria por conduzir, conforme a posição ocupada na pirâmide, à precedência, em abstrato, de uns direitos sobre outros, relegando ao ostracismo o critério da ponderação dos bens jurídicos em colisão.<sup>12</sup> Acresça-se, ainda, que a atividade jurisdicional se vê limitada à subsunção dos fatos aos contornos prefixados da norma, que está integrada em um sistema fechado de conceitos jurídicos.<sup>13</sup> Com isto, a unidade interior do sentido de direito derivaria de uma idéia de justiça de matiz lógico-formal ou axiomático-dedutivo, o que não se compadece com a sua real feição, de tipo valorativo ou axiológico.<sup>14</sup>

Rompendo com esse critério subsuntivo, a *jurisprudência dos interesses*, contrariamente à *jurisprudência dos conceitos*, que preconiza o "primado da lógica do trabalho juscientífico", sustenta o "primado da indagação da vida e da valoração da vida".<sup>15</sup> Essa teo-

---

<sup>10</sup> Cf. Karl Larenz, *Metodologia da Ciência do Direito*, Lisboa, 1997, p. 310/312, p. 23.

<sup>11</sup> *Teoria Pura do Direito*, Coimbra, 1979, p. 269.

<sup>12</sup> Cf. Marcos Keel Pereira, *op. cit.*, p. 21.

<sup>13</sup> Cf. Karl Larenz, *op. cit.*, p. 64.

<sup>14</sup> Cf. Claus-Wilhelm Canaris, *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, Lisboa, 1989, p. 30.

<sup>15</sup> Cf. Karl Larenz, *op. cit.*, p. 64.

ria, direcionada à "*ciência prática*" ou "*dogmática do Direito*", tem o mérito de conferir maior mobilidade ao juiz, viabilizando que tanto a investigação da norma como das relações da vida - o que permite identificar os interesses reais que levaram à edição da norma - conflua para uma decisão objetivamente adequada, sendo especificamente direcionada à tutela dos interesses contemplados na norma, que, em si, é um produto de interesses. No entanto, como nem todos os interesses podem ser facilmente visualizados a partir de uma operação valorativa previamente realizada pelo legislador, a operação valorativa do juiz não poderia ser reconduzida a um esquema legal. Assim, a idéia de interesse mostrava-se equívoca, ora sendo "*entendida como fator causal da motivação do legislador, ora como objeto das avaliações por ele empreendidas ou mesmo como critério de avaliação*".<sup>16</sup>

Em relação à integração da norma pelos valores inerentes ao meio social, esse viés metodológico é inerente à *jurisprudência dos valores*, que não se reconduz a uma concepção jusnaturalista. Para essa teoria, as normas, em especial as de estrutura principiológica como a dignidade humana, devem ser integradas por valores supralegais e transcendentais que alicerçam e estruturam o sistema jurídico, os quais em nada se confundem como uma ordem natural pressuposta<sup>17</sup>: a partir de um discurso *racional*, a norma, cuja parte visível até então se cingia a um furtivo padrão normativo, é integrada e seu conteúdo descortinado. Essa teoria é indicativa de uma vertente pós-positivista, em que a atividade de mera subsunção normativa cede lugar à de concretização.

A norma, ademais, haverá de ser jurídica e socialmente válida. A validade social será alcançada sempre que uma pauta mínima de valores correspondentes ao grupamento encontrar amparo na norma, o que será constatado a partir de sua eficácia social (*sozialer*

---

<sup>16</sup> Cf. Karl Larenz, *op. cit.*, p. 163.

<sup>17</sup> Cf. Karl Larenz, *op. cit.*, p. 167. Segundo o autor, para o reconhecimento de valores ou critérios de avaliação supralegais ou pré-positivos, é possível invocar "*os valores positivados nos direitos fundamentais, especialmente nos artigos 1º a 3º da Lei Fundamental, recorrer a uma longa tradição jusfilosófica, a argumentos lingüísticos ou ao entendimento que a maior parte dos juizes tem de que é a sua missão chegar a decisões 'justas'*".

*Wirksamkeit*), não necessariamente ampla e total, mas, sim, dotada de uma aceitação igualmente mínima.<sup>18</sup> No caso de colisão entre a validade social e a jurídica, essa poderá sofrer conseqüências, inclusive com o fenômeno da denominada derrogação costumeira (*Phänomen der Derogation durch Gewohnheitsrecht – desuetud*). A norma subsistirá juridicamente, mas será socialmente inválida.

Para o positivismo, as normas se confundiam com as regras de conduta que veiculavam, sendo os princípios utilizados, primordialmente, como instrumentos de interpretação e integração. Com o pós-positivismo, norte da metodologia jurídica contemporânea, os princípios deixaram de ser meros complementos das regras, passando a ser vistos como formas de expressão da própria norma, que é subdividida em regras e princípios.

Os princípios se distanciam das regras na medida em que permitem uma maior aproximação entre o direito e os valores sociais, não expressando conseqüências jurídicas que se implementem, automaticamente, com a simples ocorrência de determinadas condições, o que impede sejam disciplinadas, *a priori*, todas as suas formas de aplicação.<sup>19</sup> Além disso, enquanto o conflito entre regras é resolvido na dimensão da validade, a colisão entre os princípios é dirimida a partir de uma técnica de ponderação, consoante o peso que apresentem no caso concreto.<sup>20</sup>

Com isto, a consagração constitucional da dignidade humana não se adequará à tradicional dicotomia positivista entre os momentos de criação e de aplicação do direito. A vagueza semântica da expressão exige seja ela integrada consoante os influxos sociais e

---

<sup>18</sup> Cf. Robert Alexy, *Begriff und Geltung des Rechts*, Freiburg/München, 2002, p. 147. Voltando-se à atividade executiva, afirma Tomás Ramon Fernández (*¿Debe la Administración actuar racional y razonablemente?*, en REDA nº 83, *apud* Eduardo García de Enterría, *Democracia, Jueces y Control de la Administración*, Madrid, 2000, p. 154 ) que é preciso “*um esforço de indagação de um fundamento adicional à mera força, capaz de legitimar o poder, de encontrar para ele uma resposta suscetível de ser aceita no seio da comunidade, que se expressa por uma parte significativa dos seus membros, de obter um consenso mínimo, sem o qual nenhum poder pode manter-se por muito tempo*”.

<sup>19</sup> Cf. Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Massachussets, 1980, p. 24.

<sup>20</sup> Cf. Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden, 1994, p. 77 e Ronald Dworkin, *op. cit.*, 1980, p. 26/27.

as circunstâncias do caso concreto, fazendo que o momento criativo termine por projetar-se no momento aplicativo e a ele integrar-se, implicando uma nítida superposição operativa. A essência da Constituição, assim, longe de ser uma certa concepção material de homem, seria a construção da vida social e política como um "*processo indefinidamente aberto*".<sup>21</sup>

### **3. A dignidade humana e sua carga semântica**

Parece-nos que uma breve enunciação dos lineamentos essenciais da dignidade humana deve principiar por um elemento visível e palpável: a sua carga semântica. A razão, aliás, é simples: identificado o invólucro, será possível perquirir a essência.

A noção de dignidade da pessoa humana, como é fácil intuir, encerra o que se convencionou denominar de *conceito jurídico indeterminado*.

Os conceitos jurídicos descrevem determinadas situações, fáticas ou jurídicas, que desencadeiam conseqüências previstas no plano normativo. Essa transposição do abstrato ao concreto exige a verificação de tais situações, o que pressupõe uma atividade subjetiva do agente e a obtenção de um resultado que deve encontrar ressonância nas concepções socioculturais de determinado grupo, requisito essencial à fixação de parâmetros de certeza e de segurança jurídicas.

Diz-se que o conceito é indeterminado quando a estrutura normativa, em razão do emprego de expressões vagas ou de termos que exijam a realização de uma operação valorativa para a sua integração, apresenta uma fluidez mais acentuada, do que resulta uma maior mobilidade ao operador do direito. Tal, longe de representar um elemento deflagrador do arbítrio, permite a célere adequação do padrão normativo aos valores subjacentes à coletividade no momento de sua aplicação. A disseminação desses conceitos, ainda que discreta, é um indicativo de que o direito escrito deve ser identificado, unicamente, como a parte visível da norma de conduta, com o qual devem coexistir os valores externos que a integram, ínsitos na comunidade por ela regulada.

---

<sup>21</sup> Invocando a doutrina de Peter Häberle, cf. Eduardo Garcia de Enterría, *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, 1985, p. 100.

Em seus traços essenciais, os conceitos indeterminados podem derivar: a) de uma imprecisão conceitual lingüística; b) da incerteza resultante da necessidade de formulação de um juízo de valor; ou c) da exigência de realização de um juízo de prognose.<sup>22</sup>

A indeterminação inerente à noção de dignidade humana resulta, claramente, da necessidade de integração por um juízo de valor, temporal e espacialmente localizado, primordialmente realizado à luz da situação concreta. A exclusão de um raciocínio subsuntivo e a exigência de contínua concretização do padrão normativo,<sup>23</sup> além de permitirem a adequação da norma aos influxos sociais, impedem que à noção de dignidade seja atribuído um conteúdo atemporal e indiferente ao seu espaço de aplicação.

Deve-se lembrar que os conceitos indeterminados, geralmente polissêmicos, podem ser integrados por um fato ou por determinado valor, o qual sempre compõe o núcleo empírico que a norma pretende alcançar. Em relação à sua estrutura, é constantemente invocada a doutrina de Philipp Heck,<sup>24</sup> segundo a qual os conceitos jurídicos indeterminados teriam um núcleo fixo (*Begriffkern*) ou zona de certeza e um halo conceitual (*Begriffshof*) ou zona de dúvida, vago e nebuloso. O núcleo do conceito é constituído de premissas seguras, enquanto que, no halo conceitual, região de natureza periférica ao núcleo, não existe uma certeza prévia, permitindo a extensão ou a retração da idéia nuclear do conceito.

A exigência de integração do conceito de *dignidade humana* a partir de um juízo valorativo não impede sejam identificados, *a priori* (ainda que a conclusão seja temporalmente variável), uma zona de certeza ou um núcleo fixo concebido *in abstracto*, vale dizer, dissociado

---

<sup>22</sup> Prognose é palavra originária do grego (*pro* = antes + *gnonai* = reconhecer), consistindo na avaliação de uma situação atual com ulterior projeção de uma situação futura, sendo o ponto nuclear, por exemplo, da atividade de planificação ou de evolução da economia. Atos dessa natureza, cuja prática seja deflagrada por uma estimativa do desenvolver previsível dos acontecimentos (v.g.: projeção futura da capacidade de tráfego de um aeroporto ou de uma estrada visando à sua ampliação), apesar de normalmente ensejarem a realização de um juízo valorativo, podem gerar uma certa mitigação na esfera de discricionariedade do agente, permitindo sejam sindicadas, à luz da realidade fenomênica e de padrões de razoabilidade, as projeções realizadas. Cf. António Francisco de Souza, "Conceitos Indeterminados" no *Direito Administrativo*, Coimbra, 1994, p. 112.

<sup>23</sup> Sobre a concretização das normas estruturadas sob a forma de pautas de valores que careçam de preenchimento valorativo, vide Karl Larenz, *op. cit.*, p. 310/312.

<sup>24</sup> "*Gesetzeauslegung*", p. 173, *apud* Karl Engisch, *Introdução ao Pensamento Jurídico*, Lisboa, 2001, p. 209.



da situação concreta que ensejará a projeção dos efeitos a ele inerentes. A identificação desse núcleo fixo, não é exagero afirmar, é realizada com maior facilidade a partir de uma análise sentimental do que propriamente lógico-racional. Essa afirmação, aparentemente incompatível com o desenvolvimento de uma metodologia de estudo de ordem jurídica, encontra ressonância na concepção de que os componentes de determinado grupamento, em dado momento histórico, em maior ou em menor medida, apresentam um conteúdo mínimo comum em sua escala de valores - e aqui se manifesta a jurisprudência dos valores. Com isto, ainda que sejam inevitáveis as dificuldades na fundamentação do discurso, é facilmente *sentida* a sua correção.

É valor assente, independente de qualquer fundamentação e em praticamente todos os povos, que a tortura avilta a dignidade, o mesmo ocorrendo com o não-fornecimento de medicamentos ou alimentos essenciais à sobrevivência humana, conclusão a que se chega a partir de critérios meramente intuitivos e independentes de um acurado espírito científico. Esse valor comum, de indiscutível tendência à universalidade, em muito contribui para a paulatina sedimentação do respeito à dignidade, permitindo a aproximação dos vetores que consubstanciam os valores que a integram, enquanto em potência, e a sua projeção na realidade.

Esse sentimento do justo, inerente ao *homo medius*, possibilita a identificação prévia de comportamentos que, indiscutivelmente, prestigiam ou aviltam a dignidade humana, daí se falar que o prisma sentimental, na medida em que alcança conclusões similares sem a desgastante preocupação com o complexo *iter* de fundamentação, tem suas vantagens em relação ao prisma lógico-racional. Vantagens à parte, sob uma perspectiva metodológica, não é possível justificar um *princípio fundamental do Estado* ou um *direito fundamental* tendo como base, única e exclusiva, sentimentos, por mais puros e relevantes que sejam: o método haverá de ser outro.

Não obstante sua indiscutível importância, em termos de delineamento da essência da noção de dignidade, o discurso lógico-racional não tem recebido a atenção merecida por parte dos tribunais. Quando suscitada a questão da dignidade humana, as situações fáticas e jurídicas são valoradas, as decisões proferidas e os respectivos fundamentos declinados, mas isto, em rigor metodológico,

em nada se confunde com a fundamentação da dignidade. Nesse particular, as decisões, em sua quase totalidade, parecem tomar a noção de dignidade como um conhecimento pressuposto, terminando por envolvê-la em um cipoal retórico de inegável plasticidade, mas que pouco contribui para a formação de uma conclusão que permita desvendar o seu fundamento de legitimidade. Ainda aqui, o sentimento parece subjugar o tecnicismo. No entanto, a *fundamentalidade* e a *indeterminação* desse conceito aconselham sejam encetados esforços no sentido de permitir um controle racional do discurso jurídico que redunde na sua aplicação.<sup>25</sup>

O discurso jurídico somente será palpável se o *iter* percorrido for racionalmente demonstrado, se possível com a utilização de critérios que gozem de uma relativa objetividade, indicando os valores sócio-jurídicos já sedimentados no grupamento e delineadores do ideal de justiça, tendo sempre o ser humano como o epicentro dessa verdadeira atividade de densificação de um princípio dotado de amplíssima generalidade.

Sob essa ótica, não basta dizer que determinada ação ou abstenção é essencial à dignidade humana. Essa conclusão, por si, é um invólucro destituído de conteúdo. A solidez do discurso pressupõe a possibilidade de sua reconstrução lógico-racional, o que se dará, por exemplo, com a demonstração de que o comportamento está em harmonia com certos padrões institucionais da sociedade (família, religião etc.); que é aceito no cotidiano da população, estando perfeitamente adequado aos seus padrões socioculturais; que há muito está sedimentado na sociedade, tendo uma precedência histórica; que tem sido freqüentemente reconhecido pelo direito positivo, em especial no âmbito constitucional e que está disseminado em inúmeros atos de direito internacional, sendo aceito pela generalidade dos Estados, cujos hábitos sociais, jurídicos e culturais se assemelham ao meio social em que se projetará a aplicação do princípio.<sup>26</sup> As possibilidades, enfim, são múltiplas, o que permite con-

---

<sup>25</sup> Cf. Marcos Keel Pereira, *op. cit.*, p. 4.

<sup>26</sup> A racionalidade do discurso foi valorizada pelo Supremo Tribunal de Justiça português ao afirmar que "I - O direito à vida é uma irrecusável conquista ética, cultural e jurídica inseparável da dignidade humana. II - É o campo nuclear da tutela da personalidade, sempre passível de aprofundamento, conforme, designadamente, o contexto e a visão actualista do direito. III - É assim que, hoje, o direito à vida não é concebível sem o seu corolário natural, o direito à qualidade de vida. IV - A nossa ordem jurídica privilegia uma visão antropocêntrica do ambiente" (Proc. no 086918, Rel. Juiz Cardona Ferreira, j. em 26/04/1995).

cluír que uma fundamentação inadequada do discurso não pode ser tributada à feição hermética do princípio, mas, sim, à opção do próprio intérprete.

#### 4. A positivação da dignidade humana

A preocupação com a dignidade da pessoa humana tem encontrado ressonância numa generalizada consagração normativa, geralmente no próprio texto constitucional, assumindo o *status* de norma estruturante de todo o ordenamento jurídico. Apesar disso, não é divisada uma unidade metodológica quanto ao lugar por ela ocupado e à exata extensão da inter-relação mantida com as normas de organização estatal e com a própria disciplina dos direitos fundamentais, em especial com os direitos econômicos, sociais e culturais. A partir de uma situação aparentemente isonômica de liberdade, os Estados, por seus respectivos poderes constituintes, conferem um tratamento diversificado à dignidade da pessoa humana.<sup>27</sup>

---

<sup>27</sup> Analisando o fundamento da regra do art. 30, § 4º, da Constituição portuguesa ("Nenhuma pena envolve como efeito necessário a perda de quaisquer direitos civis, profissionais ou políticos"), afirmou o Tribunal Constitucional [1ª Seção, Acórdão nº 522/95, Proc. nº 183/94, Rel. Cons. Monteiro Diniz, j. em 28/09/1995, Acórdãos do Tribunal Constitucional, 32º vol., 1995, pp. 345 a 354 (352)]: "Aliás, tudo o que vem de dizer-se tem sido referido em diversos arestos deste tribunal (cfr. acórdãos nºs 16/84, 165/86 e 353/86, Diária da República, respectivamente, 2ª série, de 12 de Maio de 1984, 1ª série, de 3 de Junho de 1986 e 2ª série, de 9 de Abril de 1987) sublinhando-se aí, designadamente, que 'no fundo, o nº 4 do artigo 30º da Constituição deriva, em linha recta, dos primordiais princípios definidores da actuação do Estado de direito democrático que estruturaram a nossa lei fundamental, ou sejam: os princípios do respeito pela dignidade humana (artigo 1º); e os do respeito e garantia dos direitos fundamentais (artigo 2º)'. E a seguir ajuntou-se que 'daí decorrem os grandes princípios constitucionais de política criminal: o princípio da culpa; o princípio da necessidade da pena ou das medidas de segurança; o princípio da legalidade e o da jurisdicionalidade da aplicação do direito penal; o princípio da humanidade; e o princípio da igualdade'; para se concluir assim: 'Ora, se da aplicação da pena resultasse, como efeito necessário, a perda de quaisquer direitos civis, profissionais ou políticos, far-se-ia tábua rasa daqueles princípios, figurando o condenado como um proscrito, o que constituiria um flagrante atentado contra o princípio do respeito pela dignidade da pessoa humana". Por outro lado, o art. 15, III, da Constituição brasileira determina a suspensão dos direitos políticos enquanto perdurarem os efeitos da condenação criminal transitada em julgado, suspensão esta que é automática, acarretando, inclusive, a perda do mandato eletivo (STF, RE no 418.876/MT, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Inf. 350), isto sem olvidar o art. 92 do Código Penal, que dispõe sobre a perda do cargo do agente público condenado a pena superior a 1 (um) ano nos crimes contra a administração e superior a 4 (quatro) nos demais casos. Aqui, os interesses individuais foram relegados a plano secundário, sendo prestigiado o interesse público correlato à ocupação do cargo que a condenação criminal demonstrou não ter o agente aptidões ético-morais para ocupar. A dicotomia de valores consagrados pelas Cartas brasileira e portuguesa bem demonstra que a noção de dignidade pode apresentar profundas variações de ordem espacial, o que permite concluir que, embora seja um valor inerente ao homem e transcendente ao direito posto, a constitucionalização de matérias afeitas à dignidade confere maior especificidade a esse princípio.

A Constituição brasileira, além de considerá-la um princípio fundamental da República (art. 1º, III), coexistindo, lado a lado, com a fundamentalidade igualmente reconhecida na soberania, na cidadania, nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e no pluralismo político, consagrou a prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais mantidas pelo Estado (art. 4º, II) e dela igualmente tratou no Título VIII, intitulado "*Da Ordem Social*", estabelecendo que o planejamento familiar deveria fundar-se nos "*princípios da dignidade humana e da paternidade responsável*" (art. 226, § 7º,) e que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar ao idoso (art. 230, *caput*,) e, com absoluta prioridade, à criança e ao adolescente (art. 227, *caput*,), dentre outros direitos, o respeito à dignidade.

Também a Constituição portuguesa considerou a dignidade da pessoa humana um princípio fundamental (art. 1º), remeteu à lei o estabelecimento de "*garantias efetivas contra a utilização abusiva ou contrária à dignidade humana, de informações relativas às pessoas e famílias*" (art. 26, 2,) e a obrigação de garantia da dignidade pessoal e da identidade genética do ser humano, em especial nas áreas tecnológica e de experimentação científica, bem como estatuiu o dever de o Estado, para a proteção da família, regulamentar a procriação assistida de modo a salvaguardar a dignidade da pessoa humana (art. 67, 2, e,). O texto constitucional português ainda determina que as normas relativas aos direitos do homem devem ser interpretadas e integradas em harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem (art. 16, 2,), documento este que, além de consagrar, logo em seu preâmbulo, o respeito à dignidade de "*todos os membros da família humana*", dispõe, em seu art. 1º, que "*todos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos*".

Diversamente das referidas Cartas, que tratam a dignidade humana como um *princípio fundamental* do próprio Estado e, em incursões essencialmente casuísticas, voltam a exortar a sua imperatividade em outras passagens, a *Grundgesetz* alemã principia o seu texto com o título "*Os Direitos Fundamentais*" (*Die Grundrechte*), nele proclamando que "*A dignidade do homem é intangível. Os poderes públicos estão obrigados a respeitá-la e a protegê-la*" (art. 1º, 1). Disso resulta que "*o povo alemão proclama a*

*sua adesão aos direitos invioláveis e inalienáveis do homem como fundamento de toda comunidade humana, da paz e da justiça no mundo*" (art. 1º, 2,).

Ainda que o epicentro de uma comunidade politicamente organizada seja o homem, é inegável que um texto constitucional visa, primordialmente, à organização do poder político, estabelecendo uma divisão de competências, meios de participação popular e sistemas de limitação e de controle desse poder. Nessa perspectiva, vê-se que o conteúdo objetivo que ressalta da expressão "*princípio fundamental do Estado*" não apresentará, sob o prisma axiológico, dissonâncias de monta em relação à ótica subjetiva retratada na referência aos "*direitos fundamentais*", isto porque as noções de *Estado* e *homem* guardam entre si uma relação de meio e fim. O Estado não é um fim em si mesmo, estando umbilicalmente ligado à satisfação das necessidades humanas.<sup>28</sup>

O reconhecimento do caráter normativo do princípio da dignidade da pessoa humana, desde que preservada a sua essência, conduzirá a um lugar comum, quer se parta de uma posição ativa (*o direito em sentido lato*), quer se parta de uma posição passiva (*o dever*). Não bastasse isto, a própria *Grundgesetz* encampa distintos referenciais, pois, a partir da perspectiva subjetiva enunciada com o título "*Os Direitos Fundamentais*", harmoniza paradigmas subjetivos e objetivo-organizatórios ao se referir, no mesmo preceito - o art. 1º, 1, - à dignidade como elemento intangível do *homem* e à obrigação dos *poderes públicos* em respeitá-la e protegê-la.

Assumindo a Constituição o *status* de *pedra fundamental* da organização política, todos os direitos nela consagrados serão oponíveis, em maior ou menor medida, mas de forma indefectível, ao Estado. De igual modo, sendo o homem o epicentro da referida organização, quaisquer deveres imputados ao Estado, direta ou indiretamente, a ele alcançarão, daí resultando a existência de direitos correlatos. Assim, consagrando o dever do Estado ou contemplando o direito do homem, alcançará a Constituição efeitos axiológicos paritários. A positivação simultânea de ambos, no entanto, longe de ser uma superfetação de termos, realça o compromisso ético-jurídico do Estado em velar pela dignidade humana. Especificamente em relação à *Grundgesetz*, não é preciso ressaltar

---

<sup>28</sup> Como afirmou Aristóteles (*A Política*, São Paulo, 1998, p. 53), "*não é apenas para viver juntos, mas, sim, para bem viver juntos que se fez o Estado...*".

que, em 1949, ainda afluavam as cicatrizes deixadas pelo nacional-socialismo, o que justifica o realce atribuído a esse valor verdadeiramente fundamental.

## 5. A dignidade humana como limite material de revisão constitucional

Se a dignidade é um valor indissociável do ser humano, permitindo, inclusive, seja divisado um *núcleo fixo comum* entre a generalidade das pessoas, até que ponto se mostra relevante a sua positividade? Uma vez positivada, assumindo o *status* de norma constitucional, é realmente necessário que a dignidade da pessoa humana passe a integrar o catálogo de limites materiais ao exercício do poder reformador ou de revisão?

Situação comum no constitucionalismo contemporâneo, marcado pela rigidez constitucional, tem sido a fixação de limites materiais, formais, temporais ou mesmo circunstanciais para a reforma da Constituição. Especificamente em relação aos limites materiais expressos, a fórmula utilizada tanto pode consistir na referência à imutabilidade de determinados preceitos constitucionais, como o faz a *Grundgesetz*,<sup>29</sup> ou na exclusiva menção a determinados princípios estruturantes do sistema, caso das Cartas brasileira (art. 60, § 4º) e portuguesa (art. 288). Os limites materiais, além de expressos, podem ser igualmente implícitos, transcendentais ou imanentes, sendo deduzidos do “telos” constitucional (*v.g.*, a imutabilidade da própria norma que consagra o limite de revisão).<sup>30</sup>

A essência, no entanto, parece ser a mesma: garantir a intangibilidade de certos princípios estruturantes, sendo mesmo possível, para a sua clarificação ou reforço, a modificação dos preceitos que os albergam.<sup>31</sup> Deve ser estabelecida uma gradação entre os preceitos constitucionais e o “núcleo forte” da Constituição: en-

---

<sup>29</sup> Art. 79, 2: “Nenhuma reforma da Lei Fundamental poderá afetar a organização da Federação em Länder, ao acesso fundamental dos Länder à legislação e aos princípios proclamados nos arts. 1º e 20”.

<sup>30</sup> Cf. J. J. Gomes Canotilho, **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, Coimbra, 2002, p. 1052.

<sup>31</sup> Cf. Jorge Miranda, **Manual de Direito Constitucional**, Tomo II, Coimbra, 2003, p. 202.

quanto os preceitos tornam as normas constitucionais semanticamente palpáveis, o “núcleo forte” aglutina os princípios supremos que exprimem os valores essenciais da ordem constitucional. Daí resulta a mutabilidade dos preceitos, o que, por preservar as opções políticas fundamentais do Constituinte, em nada compromete o reconhecimento da Constituição originária.<sup>32</sup>

Enquanto a *Grundgesetz* faz menção expressa à imutabilidade do princípio da dignidade humana (arts. 79, 2, e 1º), as Constituições brasileira e portuguesa, embora a ele dispensem um tratamento diferenciado, considerando-o um princípio fundamental do Estado e mantendo-o formalmente dissociado dos direitos fundamentais, somente aos últimos se referem como limites materiais de revisão (respectivamente, art. 60, § 4º, e art. 288, d.). Em que pese a aparente dicotomia de tratamento, é evidente que a dignidade humana - além de intimamente inter-relacionada com os direitos fundamentais, direcionando a sua interpretação, contribuindo para a ponderação e solução das colisões e, em refluxo, tendo sua vagueza semântica por eles reduzida - é um princípio transcendente à ordem constitucional, do que deriva a sua imutabilidade.

A transcendência da dignidade humana pode ser aquilatada a partir do grande número de declarações, tratados, pactos e convenções internacionais, em sua maioria multilaterais e celebrados com a intervenção de organizações internacionais, o que bem demonstra o esforço na sedimentação de determinados direitos inerentes ao homem. Ainda que o sistema apresente debilidades, pois referidos atos, em rigor técnico - além de admitirem reservas - só vinculariam aos Estados-Partes, é inegável sua aspiração à universalidade, permitindo o paulatino reconhecimento da fundamentalidade de determinados direitos.

O respeito à dignidade humana, hodiernamente concebida como um verdadeiro princípio de *ius cogens*, em muito contribui à interpenetração das ordens jurídicas nacional e internacional.<sup>33</sup> Com

---

<sup>32</sup> Cf. Giuseppe de Vergottini, *Diritto Costituzionale*, Padova, 2001, p. 176.

<sup>33</sup> Segundo o art. 17 da Constituição russa, “os direitos fundamentais e as liberdades em conformidade com os princípios e as normas de direito internacional comumente reconhecidos devem ser reconhecidos e garantidos na Federação Russa e sob esta Constituição”.

isto, fortalece a posição jurídica do indivíduo em relação ao Estado e, como dissemos, termina por estabelecer limitações à própria soberania estatal nesse quadrante. Dissociando-se o Estado desses valores comuns, além de estar sujeito à responsabilização internacional, inclusive sofrendo medidas coercivas em situações extremas (v.g., no caso de as violações massivas dos direitos humanos, a juízo do Conselho de Segurança das Nações Unidas, com base no Capítulo VII da Carta, constituírem uma ameaça à paz internacional<sup>34</sup>), também os seus dirigentes poderão ser penalmente responsabilizados. Nesse particular, apesar de o Tribunal Penal Internacional estar assentado em bases voluntaristas,<sup>35</sup> devem ser lembrados os Tribunais Internacionais criados pelo Conselho de Segurança, de jurisdição obrigatória e não-voluntarista, para o julgamento dos responsáveis pelos ilícitos praticados nos conflitos na antiga Iugoslávia (Resolução nº 808, de 1993) e em Ruanda (Resolução nº 955, de 1994).

Os limites materiais de revisão tanto podem ter uma função essencialmente declarativa, explicitando os limites implícitos na Constituição (*rectius*: princípios fundamentais), como podem assumir uma função declarativo-constitutiva, alçando ao nível de limites materiais princípios que não "*se identifiquem com a essência da Constituição material*".<sup>36</sup> A preservação da dignidade humana, quer seja analisada sob a perspectiva germânica, quer seja analisada sob a ótica lusobrasileira, é um limite de revisão indissociável da ordem constitucional, sendo meramente declarativos os preceitos que o reconhecem.

Nas Constituições, como a italiana,<sup>37</sup> em que não seja expressamente reconhecida a sua condição de limite de revisão constitui-

---

<sup>34</sup> Vide Eduardo Correia Baptista, **O poder público bélico em Direito Internacional: o uso da força pelas Nações Unidas em especial**, Lisboa, 2003, p. 977 e ss..

<sup>35</sup> A Assembléia da República, pela Resolução nº 3/2002, aprovou a adesão de Portugal ao Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. No Brasil, o Congresso Nacional ratificou o Estatuto do Tribunal em 6 de Junho de 2002 (Decreto Legislativo nº 112), sendo ele promulgado pelo Decreto Presidencial no 4.388, de 25 de setembro de 2002.

<sup>36</sup> Cf. Jorge Miranda, **Manual...**, Tomo II, p. 227.

<sup>37</sup> O art. 139 da Constituição italiana prevê, como único limite explícito de revisão, que "*la forma repubblicana non può essere oggetto di revisione costituzionale*".



onal, a dignidade humana tem sido tratada como um limite implícito. Invocando o art. 2º da Constituição, que considera *invioláveis* os *direitos fundamentais do homem*, o Tribunal Constitucional italiano incluiu, sob a epígrafe da inviolabilidade, qualquer intervenção promovida pelo legislador, inclusive de índole revisional, que atente contra os "*direitos inalienáveis da pessoa humana*", já que "*pertencentes à essência dos valores supremos sobre os quais se funda a Constituição italiana*".<sup>38</sup> Em rigor, a inviolabilidade de um direito não importa, necessariamente, na sua correlata imutabilidade, pois um direito pode ser inviolável tão-somente enquanto seja contemplado no ordenamento. De qualquer modo, a decisão do Tribunal italiano bem demonstra que os limites materiais de revisão não precisam estar expressos, podendo resultar de uma interpretação sistêmica que prestigie os princípios e valores fundamentais da Constituição ou mesmo transcendentem a ela.

Em resposta aos questionamentos formulados, é possível afirmar que, tanto a posituação da dignidade, como a sua contemplação no rol de limites materiais ao poder de revisão constitucional, não se mostram essenciais à sua ampla e irrestrita proteção, isto porque normas dessa natureza terão índole essencialmente declarativa.

## 6. Regime jurídico

Maiores dificuldades serão divisadas direcionando-se a ótica de análise, não à mera existência axiológica do *dever* e do *direito*, mas à sua natureza, extensão e potencialidade de concreção, vale dizer, à posição jurídica do indivíduo em face do Estado. O indivíduo tem o direito subjetivo à observância de sua dignidade? Em caso positivo, ter-se-ia um direito a prestações estatais ou uma mera interdição a um atuar estatal agressivo? Uma vez reconhecido o direito, poderia ser ele ponderado e casuisticamente afastado quando em colisão com outro direito de igual natureza? Sedimentado um dever prestacional ou implementada uma política pública concretizadora da dignidade, é dado ao Estado ab-rogá-la sem a correlata implementação de outra? Esse direito seria oponível a ou-

---

<sup>38</sup> Sentenças nº 1146/1988 e 366/1991, *apud* Giuseppe de Vergottini, *op. cit.*, p. 181/182.

tros particulares? Não sendo um direito, seria tão-somente uma enunciação de tarefas ou fins a serem perseguidos pelo Estado? Ou seria um princípio diretor da Constituição, de ordem interpretativa e essencialmente voltado à preservação da unidade do sistema?

Esses questionamentos, longe de serem indicativos do norte de desenvolvimento da análise a ser realizada, enunciam as potencialidades do tema e a amplitude das omissões dessas breves linhas, essencialmente voltadas a uma visão generalista sobre a dignidade da pessoa humana e que não chegam a formar um percurso sistematicamente articulado com as múltiplas vertentes apresentadas.

Indicados os "*limites imanes*" do texto, cumpre dizer que a positivação da dignidade humana, expressão eminentemente polissêmica e que congrega uma plethora de potencialidades valorativas, além de reforçar o comprometimento estatal com os valores a ela inerentes, permite, consoante o padrão normativo, a sua análise sob uma tríade de vertentes: poderá, conforme o caso, ensejar o surgimento de *direitos subjetivos públicos*, de *mandados constitucionais endereçados ao legislador* ou de *princípios diretores*, classificação que atenta para a essência das normas, não para a sua mera expressão lingüística.<sup>39</sup> A começar pelos direitos subjetivos, essa classificação indica uma escala nitidamente decrescente em termos de densidade normativa e de potencial exigibilidade.

### **6.1. A dignidade humana como direito subjetivo público**

Não obstante a indeterminabilidade do conceito, a dignidade humana, uma vez integrada por um *núcleo duro* de valores inerentes a determinado grupamento, poderá assumir os contornos de um direito subjetivo público, quer seja sob a ótica da interdição de ações agressivas (*v.g.*, direito de o indivíduo não ser submetido a tortura pelos agentes do Estado), quer seja sob a forma de direitos prestacionais (*v.g.*, direito de o indivíduo receber os medicamentos vitais à sua sobrevivência).

Os direitos subjetivos decorrentes da interdição de ações agressivas, beneficiando-se de grande parte dos avanços experimentados

---

<sup>39</sup> Cf. Albrecht Weber, "*L'Etat social et les droits sociaux en RFA*", in *Revue de Droit Constitutionnel* nº 24/677, (680) 1995.

pela teoria das liberdades fundamentais, têm obtido uma maior consagração jurisprudencial.

No Brasil, o Superior Tribunal de Justiça, em inúmeras decisões, tem prestigiado a funcionalidade limitativa da dignidade humana. No REsp. nº 379.414/PR, reconheceu como ofensivas à dignidade humana a prisão e a tortura por motivos políticos, daí decorrendo a imprescritibilidade da respectiva ação de reparação dos danos morais.<sup>40</sup>

Inexistindo estabelecimento prisional específico para o recolhimento temporário de agente que goze da prerrogativa de "*prisão especial*" (v.g., advogado), decidiu o Tribunal, no HC nº 19247/SP, que poderia ser ele recolhido em cela comum, mas distinta dos outros presos, "*observadas as condições mínimas de salubridade e dignidade humana*".<sup>41</sup> Esta ressalva, se é digna de encômios a um exame mais superficial, pois nada mais natural que assegurar a salubridade e a dignidade humana, torna intuitiva a realidade que, num plástico eufemismo, busca encobrir: como as prisões brasileiras são reconhecidamente atentatórias à dignidade humana, o Tribunal anui a essa premissa e retira do seu alcance determinado agente. Se o instituto da "*prisão especial*", em sua gênese, busca preservar os agentes que, teoricamente, apresentem menor periculosidade ou cujas funções desaconselhem o contato com outros presos, passou ele a ser o divisor de águas entre os *indivíduos sem dignidade* (a generalidade dos presos) e os *indivíduos com dignidade* (a minoria que goze da prerrogativa da "*prisão especial*"). Esse é um exemplo típico - ainda que derivado de um atuar (propositadamente) "inconsciente" do Tribunal - do distanciamento verificado entre a perspectiva idealístico-formal e a perspectiva material da dignidade humana.

No REsp. nº 503.990/BA, não obstante a existência de leis que a restringiam, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu a possibili-

---

<sup>40</sup> 1ª T., REsp. nº 379.414/PR, Rel. Min. José Delgado, j. em 26/11/2002, RSTJ nº 170/120. No mesmo sentido: 2ª T., REsp. nº 449.000/PE, Rel. Min. Franciulli Netto, j. em 05/06/2003, DJ de 30/06/2003, p. 195.

<sup>41</sup> 5ª T., HC nº 19247/SP, Rel. Min. Félix Fischer, j. em 06/02/2003, RT nº 815/511. No mesmo sentido: 5ª T., HC nº 30202/MG, Rel. Min. Jorge Scartezini, j. em 19/02/2004, p. 192, DJ de 03/05/2004, p. 192.

dade de compensação tributária para o fim de reaver quantias pagas a título de tributo considerado inconstitucional, acrescentando que, na espécie, referidas restrições não poderiam incidir sobre pagamentos efetuados antes da sua vigência.<sup>42</sup> Segundo o Tribunal, “*os princípios fundamentais do contribuinte nascem do texto constitucional, que exige respeito à cidadania e à dignidade humana, proibindo empréstimo forçado sem autorização de lei ou de forma disfarçada*”.

Situando a questão sob a ótica do *status libertatis* do indivíduo, o Tribunal, “aparentemente”, reconheceu ofensa reflexa à dignidade humana na imposição, a adolescente infrator, de medida sócio-educativa de internação, pela prática de ato infracional análogo ao crime de tráfico de estupefacientes, sem que a lei de regência contemplasse tal medida quanto a essa espécie de infração.<sup>43</sup> Utilizamos o advérbio “aparentemente” por duas razões. Primeiro, pela lacônica referência à dignidade humana, o que em muito dificulta a

---

<sup>42</sup> 1a T., REsp. nº 503.990/BA, Rel. Min. José Delgado, j. em 23/09/2003, DJ de 20/10/2003, p. 207.

<sup>43</sup> 6a T., HC nº 14.359/SP, Rel. Min. Vicente Leal, j. em 22/05/2001, DJ de 11/06/2001, p. 261. Textualmente, assim se pronunciou o Tribunal: (1) “As medidas sócio-educativas impostas ao menor infrator devem ser concebidas em consonância com os elevados objetivos da sua reeducação, sendo relevantes para a obtenção desse resultado o respeito à sua dignidade como pessoa humana e a adoção de posturas demonstrativas de justiça”. (2) “Nessa linha de visão, impõe-se que no procedimento impositivo de sanções seja observado o princípio da legalidade, à luz do qual não se admite a imposição de medida sócio-educativa de internação fora das hipóteses arroladas no art. 122 da Lei nº 8.069/90 – ECA.” No mesmo sentido: 6a T., HC no 17.156/PR, j. em 16/04/2002, DJ de 06/05/2002, p. 319; 6a T., HC no 25.511/RJ, j. em 20/02/2003, DJ de 24/03/2003, p. 209; 6a T., HC no 24.451/SP, j. em 03/12/2002, RT no 813/559. No HC no 8.858/SP, o Tribunal reconheceu a inadequação da internação do adolescente quando as circunstâncias do caso não aconselhavam a adoção de medida tão severa (j. em 30/06/1999, RSTJ no 149/489). Igualmente em matéria correlata ao *status libertatis*, mas desta feita com os olhos voltados ao princípio da ampla defesa, foi reconhecida a necessidade de ser colhida a manifestação do adolescente anteriormente à regressão de uma medida mais branda para a de internação – sendo igualmente repetida a expressão referida em (1) – (6a T., RHC no 8.552/SP, j. em 13/09/1999, DJ de 04/10/1999, p. 108). No mesmo sentido: HC no 23.319/SP, j. em 19/09/2002, DJ de 21/10/2002, p. 408; HC no 17.129/SP, j. em 13/08/2002, DJ de 02/09/2002, p. 247; HC no 21.236/SP, j. em 04/06/2002, RT no 805/547; HC no 14.037/SP, j. em 14/12/2000, DJ de 05/03/2001, p. 242 (nesse caso, tratava-se de manutenção da medida de internação após o decurso do prazo fixado em sentença transitada em julgado); HC no 11.325/SP, j. em 4/03/2000, DJ de 03/04/2000, p. 170; e HC nº 8.887/SP, j. em 13/09/1997, RSTJ no 155/459. No HC 17839/RJ, a necessidade do laudo toxicológico para fins de verificação do caráter estupefaciente da substância apreendida em poder do adolescente infrator foi considerada um imperativo da ampla defesa (j. em 11/12/2001, RT no 800/569). Em todos os acórdãos acima mencionados, sem exceção, foi aposta a expressão referida em (1), sendo todos relatados pelo Min. Vicente Leal.

compreensão do real enquadramento jurídico promovido pelo Tribunal – seria um direito subjetivo ou um princípio diretor? – e segundo, pela impressionante frequência com que o relator dessas decisões repete as mesmas expressões em seus acórdãos, o que faz surgir a dúvida: fá-lo no afã de contemplar a plasticidade de suas linhas ou elas efetivamente contribuíram na construção do seu discurso?

A dignidade humana, na condição de fundamento do Estado Democrático de Direito, foi igualmente invocada para fins de reconhecimento da impossibilidade de investigação policial concernente a uma única operação bancária se prolongar por mais de um lustro.<sup>44</sup> Ainda que o Estado deva apurar a prática de ilícitos desestabilizadores das relações sociais, é evidente que ao indivíduo não pode ser imposto o dissabor de, *ad aeternum*, ver-se na condição de suspeito ou réu em potencial.

Embora a legislação penal portuguesa não puna a prostituição propriamente dita, o Supremo Tribunal de Justiça reconheceu que os tipos penais que combatem a sua exploração, em última *ratio*, visam a resguardar e proteger a dignidade da pessoa humana, bem jurídico que, apesar da imoralidade de sua conduta, não pode ser subtraído às prostitutas.<sup>45</sup>

De forma correlata aos direitos de informação e de livre expressão do pensamento, pilares essenciais de um Estado Democrático de Direito, ressaltou o Supremo Tribunal de Justiça português que assume igual relevo "*a garantia do respeito pelos demais direitos, liberdades e garantias fundamentais dos cidadãos, entre os quais o da dignidade da pessoa humana (artº 1º) e os direitos à integridade moral (art. 25, nº.1)*", vedando à imprensa exercê-los com ofensa dos direitos da personalidade, o que inclui o nº. 1 do art. 70 do Código Civil, protegendo o "*bom nome e reputação, caso em que surgem os direitos de resposta, de rectificação e ainda de indemnização que o nº. 4 do artº 37 CRP expressamente contempla*".<sup>46</sup>

---

<sup>44</sup> 6a T., RHC nº 9.970/MT, Rel. Min. Fontes de Alencar, j. em 13/03/2001, DJ de 13/08/2001, p. 267.

<sup>45</sup> Proc. nº 46.156, Rel. Juiz Ferrera Vidigal, j. em 04/05/1994.

<sup>46</sup> Proc. nº 01B4384, Rel. Juiz Oliveira Barros, j. em 14/02/2002.

O Supremo Tribunal de Justiça tem associado o princípio limitativo da culpa (*nulla poena sine culpa*) à compatibilidade com a dignidade da pessoa humana, definindo que, além de não poder existir pena sem culpa, o princípio indica, “*em concreto, o seu limite máximo absolutamente intransponível por maiores que sejam as exigências de carácter preventivo que se façam sentir*”.<sup>47</sup>

Entendendo que a sobrevivência digna do trabalhador exige o atendimento do “*mínimo dos mínimos*”, o Tribunal Constitucional português declarou a inconstitucionalidade do art. 824, n.ºs 1 e 2, do Código de Processo Civil, “*na medida em que permite a penhora de até 1/3 das prestações periódicas pagas a título de aposentação ou de outra qualquer regalia social, seguro, indemnização por acidente ou renda vitalícia, ou de quaisquer outras pensões de natureza semelhante, cujo valor não seja superior ao do salário mínimo nacional então em vigor, por violação do princípio da dignidade humana contido no princípio do Estado de direito que resulta das disposições conjugadas dos artigos 1.º, 59.º, n.º 2, alínea a e 63.º, n.ºs 1 e 3, da Constituição*”.<sup>48</sup>

Em relação à dignidade humana como fonte de direitos prestacionais, vertente especificamente direcionada aos direitos sociais, assumirá ela ares de exceção. Em regra, a dignidade humana não costuma ser interpretada como diretamente invocável a partir de normas constitucionais, pressupondo, ante o seu acentuado grau de indeterminação, a intermediação do legislador, que fixará suas condições e dimensões, bem como a respectiva fonte de custeio das prestações dela derivadas.<sup>49</sup>

No entanto, tratando-se de prestações que se enquadrem, consoante os valores vigentes no grupamento, em um núcleo, essencial e incontestável, consubstanciador da dignidade, não vislumbramos óbice à sua invocação direta com o fim de alicerçar preten-

---

<sup>47</sup> Proc. n.º 98P1135, Rel. Juiz Leonardo Dias, j. em 17/03/1999). No mesmo sentido: Proc. n.º 98P410, Rel. Juiz Oliveira Guimarães, j. em 08/10/1998.

<sup>48</sup> 1a Secção, Acórdão n.º 318/99, Proc. n.º 855/98, Conselheiro Vítor Nunes de Almeida, j. em 26/05/1999, Acórdãos do Tribunal Constitucional, 43.º vol., 1999, p. 639 a 646 (646). No mesmo sentido: Plenário, Acórdão n.º 177/02, Proc. n.º 546/01, Rel. Cons. Maria dos Prazeres Pizarro Beza, j. em 23/04/2002, Acórdãos..., 52.º vol., 2002, p. 259 a 271.

<sup>49</sup> Cf. Reinhold Zippelius, *op. cit.*, p. 395.

sões dessa natureza. Nesse caso, como veremos, o difundido vetor principiológico da dignidade assume maior concretude e, consoante a situação específica, pode assumir o *status* de direito subjetivo.<sup>50</sup>

Os valores integrados na dignidade humana, em verdade, congregam a essência e terminam por auferir maior especificidade nos direitos fundamentais. Os direitos fundamentais, a um só tempo, esmiúçam a idéia de dignidade e têm a sua interpretação por ela direcionada, do que resulta uma simbiose que não é passível de ser dissolvida.<sup>51</sup> Essa constatação talvez justifique o fato de a dignidade humana, conquanto absorva o núcleo essencial do direito funda-

---

<sup>50</sup> A atividade de concretização de um princípio constitucional pode prescindir de intermediação legislativa, mas deve buscar um ponto de equilíbrio entre o risco de remeter ao beneplácito exclusivo do legislador a operatividade dos mais significativos valores constitucionais ou, ao contrário, de atribuir ao intérprete uma exorbitante função de livre criação do direito, não observando a distinção fundamental entre as funções criativa e operativa do direito. De qualquer modo, atualmente, não mais é aceitável o entendimento de que a norma constitucional é endereçada ao legislador, estando a atividade do juiz vinculada à lei, não aos princípios constitucionais de justiça material. Cf. Gustave Zagrebelsky, *Manuale di Diritto Costituzionale*, Volume Primo, *Il Sitema delle Fonti del Diritto*, Torino, 1987, pp. 107/108.

<sup>51</sup> O preâmbulo da Constituição francesa de 1946, incorporado pela Carta de 1958, dispõe que "no dia seguinte à vitória alcançada pelos povos livres sobre os regimes que tinham buscado escravizar e degradar a pessoa humana, o povo francês proclama novamente que todo ser humano, sem distinção de raça, religião ou credo, possui direitos inalienáveis e sagrados". A partir dessa disposição, o Conselho Constitucional francês, no caso *Bioéthique* (343-344 DC, j. em 27/07/1994, GD no 47 *apud* Louis Favoreau e Loïc Philip, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, 2003, pp. 855/857), afirmou que a "salvaguarda da dignidade da pessoa humana contra toda forma de ofensa ou degradação é um princípio de valor constitucional" (cons. nº 2). Ao final, concluiu que as leis objeto de análise "enunciavam um conjunto de princípios, dentre os quais o primado da pessoa humana, o respeito ao ser humano desde o começo da vida, a inviolabilidade, a integridade e a ausência de feição patrimonial do corpo humano, bem como a integridade da espécie humana" e "que os princípios assim afirmados tendem a assegurar o respeito do princípio constitucional de salvaguarda da dignidade da pessoa humana" (cons. 18). Nessa decisão, o Conselho principiou pelo prisma referencial da dignidade humana e, após promover a abstração das regras veiculadas pelas leis sujeitas a controle de constitucionalidade, identificou os respectivos princípios de regência e a sua compatibilidade com o mencionado referencial. Merece ser ressaltado, ainda, que foi prestigiada a opção política do legislador ao reconhecer que é legítima a opção que exclui o embrião do âmbito de proteção do princípio de respeito de todo ser humano desde o começo da vida, o que, em determinadas situações previstas na lei, permitiria a manipulação, a realização de estudos e a inseminação artificial (cons. 9 e 10). A posição do Conselho Constitucional francês realça a abertura e a maleabilidade do princípio da dignidade humana, exigindo que, observados determinados valores comuns, seja assegurado um espaço de livre conformação ao legislador, do que resultará uma verdadeira concordância funcional com a atividade desempenhada por órgãos outros, como o próprio Conselho.

mental que alicerça uma pretensão de ordem prestacional, ser normalmente invocada em caráter subsidiário, não como fundamento principal à configuração do direito subjetivo a essa prestação.<sup>52</sup> Todavia, ainda que deslocada a uma posição secundária e alçada à condição de mero “*incidente argumentativo*”, a dignidade humana não se dissocia de seu caráter estrutural, mantendo a condição de *ratio decidendi*.<sup>53/54</sup>

Outra constatação é a de que, aparentemente, esse caráter subsidiário é verificado com maior intensidade quando a ordem constitucional consagra um catálogo de direitos fundamentais, não quando silencia ou se limita a exortar a observância da dignidade humana, o que é uma indiscutível demonstração da força persuasiva do positivismo jurídico. Ainda que a dignidade humana seja um valor ínsito ao próprio grupamento, o seu verdadeiro potencial, aos olhos de muitos, resulta, não das forças sociopolíticas do meio em que se projeta, mas da sua encampação por um singelo padrão normativo plasmado em um texto formal.

---

<sup>52</sup> No ROMS 9.6213/SP, em que Parlamentar deficiente físico pleiteava que a tribuna da Assembléia fosse submetida às adaptações necessárias, possibilitando o acesso e o conseqüente exercício do seu *munus*, o Superior Tribunal de Justiça, interpretando as normas constitucionais e infraconstitucionais relacionadas aos direitos dos deficientes. Ao final, mencionou a necessidade de serem respeitados os “*princípios da igualdade e de guarda dos valores protetores da dignidade da pessoa humana e do livre exercício do mandato parlamentar*” (1a T., Rel. Min. José Delgado, j. em 11/05/1999, RSTJ no 121/56). No âmbito dos direitos subjetivos decorrentes da interdição de ações agressivas, o Tribunal decidiu que, à decretação da prisão preventiva, não basta a invocação dos motivos abstratamente previstos em lei, sendo imperativa a sua demonstração concreta, isto em respeito aos “*princípios da dignidade humana, da presunção de inocência e da fundamentação dos atos judiciais*” (6a T., RHC no 3.888/RJ, Rel. Min. Adhemar Maciel, j. em 21/08/1995, DJ de 05/02/1996, p. 1442). Os mesmos princípios foram invocados em acórdão que reconheceu a nulidade de decisão que, sem a devida fundamentação, negou ao condenado o direito de recorrer em liberdade (6a T., RHC nº 4.557/RJ, Rel. Min. Adhemar Maciel, j. em 12/06/1995, DJ de 11/09/1995, p. 28.862). Do mesmo modo, afronta “*o princípio constitucional da dignidade humana, os direitos de liberdade e de igualdade contratual e os dispositivos da LICC sobre o fim social da aplicação da lei e obediência aos bons costumes*”, a decretação de prisão de depositário infiel, em razão do não pagamento de dívida que, em 24 meses, quintuplicou face à incidência de juros e encargos moratórios (4a T., HC nº 12.547/DF, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. em 1º/06/2000, RSTJ nº 148/387).

<sup>53</sup> Cf. Marcos Pereira Keel, *op. cit.*, p. 17.

<sup>54</sup> O caráter fundante da dignidade humana foi bem enunciado pelo art. 10 da Constituição espanhola, ao consagrar a existência de direitos fundamentais a ela inerentes: “*La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social*”.



## 6.2. A dignidade humana como mandado constitucional ou princípio diretor

Os mandados constitucionais endereçados ao legislador apresentam características essencialmente programáticas e dispõem sobre determinadas tarefas e fins a serem alcançados. Além disso, a exemplo dos princípios diretores, servem de parâmetro ao controle de constitucionalidade (por ação ou por omissão), prestam um relevante auxílio na interpretação das normas constitucionais e infraconstitucionais e exigem que todos os atos emanados do Poder Público, de natureza normativa ou não, sejam com eles compatíveis. Por sua própria natureza, atingem domínios potenciais de aplicação que se espriam por searas não propriamente superpostas a parâmetros indicadores de um conteúdo mínimo de dignidade humana.

No que concerne à concepção da dignidade humana como princípio diretor, ela indica a idéia de que quaisquer dimensões do atuar humano devem prestigiar essa mesma essência, implicando o respeito, a consideração e o estímulo à integração social pela só condição de ser humano. O princípio da dignidade humana veicula parâmetros essenciais que devem ser necessariamente observados por todos os órgãos estatais em suas respectivas esferas de atuação, atuando como elemento estrutural dos próprios direitos fundamentais assegurados na Constituição.<sup>55</sup> A maior fluidez que ostenta, oriunda de sua estrutura principiológica e da não-indicação de uma diretriz específica a ser seguida, lhe confere uma densidade normativa inferior, mas não menos importante que a dos mandados constitucionais endereçados ao legislador.

Apesar dos distintos enunciados lingüísticos, parece-nos que tanto a *Grundgesetz* como as Cartas brasileira e portuguesa conferiram à dignidade humana um tratamento essencialmente principiológico, erigindo-a à condição de princípio diretor do siste-

---

<sup>55</sup> Ao reconhecer o dever de o órgão jurisdicional fundamentar a decisão que negue ao condenado o direito de recorrer em liberdade – ainda que a hipótese verse sobre crime hediondo – afirmou o Superior Tribunal de Justiça que os “*princípios da presunção de inocência (CF, art. 5º, LVII) e da liberdade provisória (CF, art. 5º, LXVI) se travejam na viga mestra da dignidade humana, regra estruturante de nossos direitos fundamentais (CF, art. 1º, I)*”, prestigiando o caráter fundante da dignidade humana (6a T. RHC nº 2.898/PE, Rel. Min. Adhemar Maciel, j. em 17/08/1993, RSTJ nº 54/381).

ma.<sup>56</sup> As duas últimas efetivamente a ela se referem como um *princípio fundamental* do Estado, enquanto a *Grundgesetz* chega a resultado semelhante reconhecendo a sua *intangibilidade* e a obrigação dos poderes públicos em *respeitá-la e protegê-la*. Em ambos os casos, os contornos da norma não indicam com precisão o conteúdo da prestação passível de ser exigida, o que, *em um primeiro momento*, exclui a idéia de direito subjetivo, bem como, ressentindo-se da mesma precisão, não indicam tarefas ou fins específicos a serem alcançados, o que impede, inclusive, sejam visualizadas como mandados constitucionais endereçados ao legislador: vale ressaltar que o dever de *respeitá-la e protegê-la* não é propriamente a enunciação de uma tarefa estatal, mas um efeito correlato ao próprio reconhecimento da dignidade humana, independentemente, mesmo, de previsão normativa.

A conclusão diversa chegaremos com a análise do art. 227, *caput*, da Constituição brasileira, que dispõe ser dever da família, da sociedade e do Estado assegurar, *com absoluta prioridade, à criança e ao adolescente*, dentre outros direitos, o respeito à dignidade. O mesmo ocorrerá em relação ao art. 67, 2, da Carta portuguesa, que dispõe sobre o dever do Estado, *para a proteção da família, regulamentar a procriação assistida de modo a salvaguardar a dignidade da pessoa humana*. Trata-se de nítidos mandados constitucionais endereçados ao legislador, de características programáticas e que dispõem sobre determinadas tarefas e fins a serem alcançados.

No Brasil, considerando o direito à saúde um direito fundamental e realçando o fortalecimento da jurisprudência dos Tribunais Superiores no sentido de reconhecer o dever de o Estado fornecer medicamentos essenciais à sobrevivência de pessoas carentes, o Superior Tribunal de Justiça, passando ao largo do caráter

---

<sup>56</sup> O Tribunal de Justiça da Comunidade Européia, apesar de propugnar a observância dos valores enunciados na Convenção Européia dos Direitos do Homem, ainda não avançou no sentido de consagrar o respeito à dignidade humana como um princípio fundamental do direito comunitário. Somente no Processo C-13/94, referente a um litígio envolvendo um transexual e seu empregador, o Tribunal alargou à conversão sexual do indivíduo o campo de aplicação do direito de não ser discriminado em razão do sexo, tendo afirmado que *"tolerar uma discriminação dessa natureza (no caso, licenciamento em razão da conversão sexual) importaria na inobservância, em relação a essa pessoa, do respeito à dignidade e à liberdade a que ela tem direito e que o Tribunal deve proteger"* (P. c/ S. et Cornwall County Council, j. em 30/04/1996, *Recueil*, p. I- 2143). Cf. Louis Favoreau *et alii*, *Droit des libertés fondamentales*, Paris, p. 470.

programático das normas constitucionais que o consagram, condenou o Estado ao cumprimento desse dever. Ressaltou que, à luz das peculiaridades do caso, “a lei deveria ser interpretada de forma mais humana, teleológica, em que princípios de ordem ético-jurídica conduzam ao único desfecho justo: decidir pela preservação da vida,” tendo acrescido a necessidade de serem sopesados “preceitos maiores insculpidos na Carta Magna garantidores do direito à saúde, à vida e à dignidade humana, devendo-se ressaltar o atendimento das necessidades básicas do cidadão”.<sup>57</sup> Nesse precedente, a invocação da dignidade da pessoa humana serviu de nítido vetor interpretativo.

Invocando a “cláusula pétrea que tutela a dignidade humana”, o Tribunal, em um primeiro momento, reconheceu a impossibilidade de concessionárias de serviço público empreenderem cortes no fornecimento de energia elétrica com o fim de compelir o usuário ao pagamento de tarifa ou multa.<sup>58</sup> Posteriormente, alterou o rumo de sua jurisprudência e reconheceu essa possibilidade.<sup>59</sup>

Em questão afeita à incidência de tributo sobre veículo que seria conduzido não por deficiente físico, destinatário de isenção legal, mas por preposto dele, o que decorria de sua total inaptidão

---

<sup>57</sup> 1a T., ROMS nº 11.183/PR, Rel. Min. José Delgado, j. em 22/08/2000, RSTJ nº 138/52. No mesmo sentido, autorizando o levantamento de verbas do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço para fins de tratamento de portador do vírus HIV, hipótese não contemplada na respectiva lei de regência: 1a T., REsp. nº 249.026/PR, Rel. Min. José Delgado, j. em 23/05/2000, DJ de 26/06/2000, p. 138. A dignidade humana também foi invocada para o fim de identificar a teleologia do art. 20 da Lei nº 8.036/90 e autorizar o levantamento do FGTS para a reconstrução da casa própria parcialmente destruída por enchente (1a T., Rel. Min. Luiz Fux, j. em 09/04/2002, RSTJ nº 156/102), bem como para permitir a aquisição de aparelho auditivo para a filha menor (2a T., REsp. nº 560.777/PR, Rel. Min. Eliana Calmon, j. em 04/12/2003, DJ de 08/03/2004, p. 234). Nesse último acórdão, foi decidido que “o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, com assento no art. 1o, III, da CF/88, é fundamento do próprio Estado Democrático de Direito, que constitui a República Federativa do Brasil, e deve se materializar em todos os documentos legislativos voltados para fins sociais, como a lei que instituiu o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço”.

<sup>58</sup> 1a T., AGA nº 478.911/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, j. em 06/05/2003, DJ de 19/05/2003, p. 144.

<sup>59</sup> 1a T., AGREsp. nº 543.020/SP, Rel. Min. Luiz Fux, j. em 18/03/2004, DJ de 19/04/2004, p. 160. Nesse acórdão, embora tenha se curvado ao entendimento da maioria, ressaltou o relator que o corte de energia é atentatório à dignidade humana, pois se trata de serviço essencial à vida do cidadão, *in casu*, uma pessoa “em situação de miserabilidade”, vivendo “no limite da sobrevivência biológica”. A legislação infraconstitucional deveria sofrer a necessária filtragem dos princípios constitucionais, não podendo passar ao largo dos valores que veiculam, isto sob pena de se transmutar uma responsabilidade patrimonial em uma responsabilidade sobre a própria pessoa. Por tal razão, a interpretação da norma que excepciona o corte em situações de interesse da coletividade (v.g.: universidades e hospitais) deveria resultar em uma exegese ampliativa. Tratando-se de serviço que assenta sobre base contributiva, o entendimento preconizado, se levado às últimas conseqüências, poderia conduzir à desestabilização do próprio sistema prestacional. Apesar disso, não nos parece que o correto seja, simplesmente, alterar o referencial de análise, centrando-o em uma ótica funcionalista de acentuada carga mercantil. Se desestabilização houver, deve o concessionário procurar, junto ao órgão concedente, a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, não prestações há muito integradas à concepção de vida digna.

física, o Tribunal interpretou a legislação de regência a partir do princípio da dignidade humana e reconheceu o direito do demandante, tendo acrescido que tal princípio é igualmente a fonte das ações afirmativas que visam a integrar os contornos essenciais da isonomia.<sup>60</sup>

O Tribunal, analisando a possibilidade de progressão do regime prisional fechado para o semi-aberto, deixou expresso que “a dignidade humana, um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, ilumina a interpretação da lei ordinária”.<sup>61</sup>

Ainda que, *a priori*, ostente a forma de princípio diretor ou de mandado endereçado ao legislador, o respeito à dignidade humana pode transmudar-se em direito subjetivo quando, à luz do caso concreto, se mostrarem imprescindíveis determinadas prestações que se encontrem ao abrigo de um quadro axiológico já sedimentado no grupamento. Nesses casos, será possível exigir um *facere* estatal para atender a um rol mínimo de direitos.

Exemplo de invocação do princípio diretor da dignidade humana, com o fim de conferir concreitude aos direitos prestacionais a cargo do Estado, pode ser encontrado na jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão (*Bundesverfassungsgericht*). Como se sabe, a *Grundgesetz*, destoando da maior parte das Constituições do segundo pós-guerra, não contemplou um extenso rol de direitos sociais.<sup>62</sup> Não obstante essa lacuna, a jurisprudência do Tribunal Constitucional, combinando os princípios diretores do Estado Social (previsto no art. 20, 1,) e da dignidade humana (art. 1º, 1,)), tem deles extraído, em casos específicos, o fundamento de garantia do mínimo vital.<sup>63</sup>

---

<sup>60</sup> 1a T., REsp. nº 567.873/MG, Rel. Min. Luiz Fux, j. em 10/02/2004, DJ de 25/02/2004, p. 120.

<sup>61</sup> 6a T. HC nº 9.892/RJ, Rel. Min. Fontes de Alencar, j. em 16/12/1999, DJ de 26/03/2001, p. 473.

<sup>62</sup> Como exceções, podem ser mencionados o art. 6º, 4 (“*toda mãe tem direito à proteção e à assistência da comunidade*”) e o art. 6º, 5 (“*a legislação deve assegurar aos filhos naturais as mesmas condições dos filhos legítimos quanto ao seu desenvolvimento físico e moral e ao seu estatuto social*”), que têm sido interpretados pelo Tribunal Constitucional como mandados endereçados ao legislador (*BVerfGE* 32, 273 (277) *apud* Albrecht Weber, *op. cit.*, p. 683.

<sup>63</sup> *BVerfGE* 1, 159 (161); e 52, 339 (346), *apud* Albrecht Weber, *op. cit.*, p. 684.

## 7. Epílogo

Por certo, a alguns pode parecer excesso de preciosismo uma qualquer investigação científica que busque identificar os referenciais metodológicos conducentes à fundamentação da dignidade humana, expressão verdadeiramente polissêmica e de grande potencialidade transformativa. O mesmo ocorrerá, por evidente, quanto às tentativas de individualização do regime jurídico a que deva ser submetida. Resistências à parte, os reflexos dessa vertente investigativa, como vimos, se interpenetram com a prática dos tribunais, não numa relação de mero sincretismo, mas como percurso necessário a um discurso lógico-racional densificador desse princípio aglutinante de valores essenciais ao ser humano.

Ademais, como disse conhecido jurista, *não há nada mais prático que uma boa teoria.* ♦

# Ministério Público: por uma Verdadeira Autonomia Funcional

**BERNARDO MONTALVÃO VARJÃO DE AZEVEDO**

Professor de Direito Penal e Processo penal da UCSal – Universidade Católica do Salvador; Professor de Direito Penal da FABAC – Faculdade Baiana de Ciências; Professor de Direito Processual Penal da Escola Superior do Ministério Público da Bahia; Professor de Direito Processual Penal da Escola dos Magistrados da Bahia; Analista Previdenciário do INSS – BA.

## 1. Introdução

Como é sabido, desde a Constituição de 1988, o Ministério Público, além de ter se desvinculado institucionalmente do Poder Executivo, foi elevado à condição de órgão detentor de autonomia funcional e administrativa, sendo essa, aliás, a redação do artigo 127, parágrafo 2º (segundo), da referida Magna Carta, que assim dispõe: *“Ao ministério público é assegurada autonomia funcional e administrativa, podendo, observado o disposto no artigo 169, propor ao Poder Legislativo a criação e extinção de seus cargos e serviços auxiliares, provendo-os por concurso público de provas ou de provas e títulos, a política remuneratória e os planos de carreira; a lei disporá sobre sua organização e funcionamento”*.

Dito isto, necessário será que se tenha a exata noção do que se deve entender por autonomia funcional, já que, no momento, não iremos tratar da autonomia administrativa. Vale dizer, mister será que se responda pelo menos as duas indagações a seguir: a) quais os pressupostos da verdadeira autonomia funcional? e b) quais as suas conseqüências na própria forma de atuação do Ministério Público?

Pois bem, este é o objeto de estudo e ênfase do presente texto; ou seja, tentar responder satisfatoriamente a estas duas indagações e, com isso, aproximar-se do verdadeiro significado e extensão da expressão autonomia funcional.

## 2. Pressupostos para uma verdadeira independência funcional

Para que possamos admitir que um determinado ente (usamos a expressão ente porque entendemos que, ao contrário da designação como órgão, denomina melhor a verdadeira natureza jurídica do Ministério Público), seja ele qual for, detenha autonomia funcional (autonomia para desempenhar a sua função institucional) é necessário que ele reúna, em torno de si, três pressupostos básicos, quais sejam: uma lei, conforme os ditames da Constituição, que o institua juridicamente; uma própria dotação orçamentária, que seja a ele designada; e uma função específica que seja por ele desempenhada, isto é, uma função peculiar.

Com efeito, o primeiro dos pressupostos e de todos o mais importante, pois lhe confere existência jurídica, é o de haver uma lei que o institua, obedecendo-se, por óbvio que é, aos princípios e regras do ordenamento jurídico. Caso contrário, tal ente não teria qualquer significação para o mundo jurídico.

Insta salientar, consoante se nota na redação do parágrafo segundo, do artigo 127 da Constituição Federal, que tal lei será de iniciativa do Ministério Público, podendo este propor ao Poder Legislativo a criação e a extinção de seus cargos e *serviços auxiliares*, estabelecer a política remuneratória e os planos de carreira, bem como disciplinar as suas organização e funcionamento.

Vê-se, portanto, que o espectro de atuação do Poder Legislativo é, neste caso, de natureza reduzida, não tendo tal Poder a discricionariedade para regular toda e qualquer matéria relativa acerca do *parquet*.

No que concerne à dotação orçamentária, quando a expusemos como um dos pressupostos, o fazemos não com a exigência de que seja criada e aprovada pelo próprio ente, mas que seja aprovada e criada em função de um determinado ente, de forma obrigatória, sem que, por qualquer razão, mesquinhas ou não, uma pessoa jurídica de direito público possa não direcionar uma determinada verba em prol de determinado ente. Vale dizer, a porção do orçamento destinada àquele determinado ente não poderá ser redirecionada para qualquer outro fim, de maneira a comprometer o desempenho das funções por parte deste, pois se o fizer não só restará configurada improbidade administrativa, como também desvio de finalidade.

Convém ressaltar que este segundo pressuposto também é deveras relevante, visto que, conquanto exista juridicamente um determinado ente, fundamental é para que desempenhe a função para qual foi concebido que tenha recursos para o fazer.

Aliás, a este respeito, cumpre destacar que a Constituição Federal, em seu artigo 127, parágrafo terceiro, determinou, expressamente, que o Ministério Público elaborará a sua proposta orçamentária. Desta forma, nota-se, de forma insofismável, que o espírito do legislador constituinte foi o de atribuir o máximo de liberdade possível a este órgão no que concerne à configuração de seu orçamento. Tanto é assim, que a Constituição impôs como único limite no ato de elaboração da proposta orçamentária a obediência, por parte do *parquet*, aos limites estabelecidos na Lei de Diretrizes Orçamentárias.

Por fim, mas não menos importante, o terceiro pressuposto, como já expusemos há pouco, é o que estabelece como ente aquela figura jurídica que tem uma função peculiar, ou seja, uma função que lhe seja específica e que, por isso, o diferencie entre os demais órgãos e instituições. Vale dizer, se o Estado cria dois ou mais entes para desempenhar uma mesma função, o que não é, em princípio, impossível, temos um Estado certamente ocioso, que se presta a destinar recursos e criar normas que, além de redundantes, acabam por ser, também, inúteis.

### **3. O problema da não personalidade jurídica do Ministério Público**

Antes de adentrarmos propriamente nas conseqüências pragmáticas do princípio constitucional da independência funcional no ordenamento jurídico vigente, releva assentar, inicialmente, que o Ministério Público, como a doutrina nacional na sua totalidade assevera, não possui personalidade jurídica, cuidando-se, na realidade, de um órgão.

Todavia, interessante é notar que, apesar disso, tal órgão, não só pratica atos em nome próprio, seja fora ou dentro da relação processual, como os membros que compõem o mesmo, isto é, os promotores e procuradores de justiça (verdadeira personalização do



Ministério Público), respondem, civil (CPC, art. 85) penal e administrativamente (CF, art. 37, § 6º), por seus atos<sup>1</sup>.

Diante disso, poderia parecer, à primeira vista, que o ordenamento jurídico criou uma situação inteiramente anômala no que tange ao *Parquet*, vez que, a um só tempo, não conferiu personalidade jurídica, mas lhe atribui responsabilidade. Em outras palavras, estabeleceu a conseqüência (responsabilidade pelos atos praticados) sem assentar seu pressuposto, qual seja, atribuir-lhe uma personalidade jurídica.

Não fosse isso suficiente, a Constituição de 1988 ainda lhe atribuiu autonomia funcional, ou seja, autonomia para que desempenhe a função para qual foi criado e instituído. Dito isto, para que possamos resolver esta aparente difícil equação jurídica, faz-se necessário ter em mente, os pressupostos, já mencionados, da verdadeira autonomia funcional, ao nosso ver.

Releva notar, inicialmente, que não há qualquer contradição no ordenamento jurídico pátrio ao definir um ente, o qual não é dotado de personalidade jurídica, mas pode ser responsabilizado juridicamente por seus atos (assim como os seus membros). Isto porque a idéia que marca a constituição do ministério público, é a de conceber o Estado um ente, mantido e criado por ele, mas que tivesse, ao mesmo tempo independência para atuar até mesmo, conforme o caso, contra ele.

Dentro desta concepção, tomando-se o Ministério Público tanto como um fiscal da lei quanto como parte em um processo, não poderia este se encontrar vinculado juridicamente a qualquer dos poderes do Estado, tanto para manter a igualdade de independência e autonomia entre esses (executivo, legislativo e judiciário<sup>2</sup>), quanto

---

<sup>1</sup> FACHIN, Zulmar. **Responsabilidade Patrimonial do Estado por Ato Jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 1ª ed., 2001.

<sup>2</sup> MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 2000. Note-se que não há na doutrina um posicionamento pacífico quanto à divisão de poderes, havendo entendimentos que defendem dois poderes ou funções (administrativa e jurisdicional, conforme Oswaldo Aranha Bandeira de Mello – *Princípios Gerais do Direito Administrativo, Forense*, v. I, 2ª, 1979, p. 24 a 33, ou de criar o direito e executar o direito, consoante Hans Kelsen – **Teoria General Del Derecho y Del Estado**, Imprensa Universitária, México, 1950, tradução de Eduardo Garcia Maynez, p. 268-269) e outros que defendem quatro "atividades" (executiva, legislativa, judicial e de governo, de acordo com Otto Mayer, citado por Celso Antônio Bandeira de Mello em seu "**Curso de Direito Administrativo**", na sua 14ª edição, p. 17-18).

para garantir a máxima autonomia deste ente, tudo em prol da manutenção do ordenamento jurídico.

Sendo assim, optou o Estado por não conferir personalidade jurídica ao Ministério Público, como forma de não vinculá-lo juridicamente a si, pois, de outra modo, isto é, conferida tal personalidade jurídica ao Ministério Público, este seria, ao menos, uma pessoa jurídica de direito público (seja como autarquia, seja como fundação pública), ou, quando menos, estaria submetido a esta (considerado, neste caso, como órgão, em sentido estrito, submetido ao Estado) e, portanto, nesses casos, acabaria por restar, jurídica e institucionalmente, atrelado ao Estado.

Pensamos, assim, que o Ministério Público, apesar de ser considerado, pela maior parte da doutrina<sup>3</sup>, como um órgão, ou seja, como um ente sem personalidade jurídica que se encontra submetido aos comandos da pessoa jurídica de direito público a qual está subordinado (numa visão essencialmente administrativa<sup>4</sup>), não se enquadra, a rigor, dentro desta moldura pré-fabricada do direito administrativo, vez que possui características peculiares, que o diferenciam desse.

Servem de exemplo, para evidenciar tais características peculiares, o fato de o Ministério Público possuir um regime jurídico próprio<sup>5</sup>, com uma lei orgânica própria<sup>6</sup>, algo que não é comum, no ordenamento jurídico pátrio, à maioria dos órgãos.

Outra marca distintiva do *parquet*, é a própria independência funcional (princípio constitucional institucional<sup>7</sup>) e administrativa proclamada pela Constituição Federal, como já assinalado linhas atrás.

---

<sup>3</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro. **Introdução ao Ministério Público**. São Paulo. Saraiva. 3ª ed., 2000.

<sup>4</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. Malheiros, São Paulo, 2002; DE PIETRO, Maria Sílvia Zanella, **Curso de Direito Administrativo**, Atlas, São Paulo, 2002.

<sup>5</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro. **Regime jurídico do Ministério Público**. São Paulo. Saraiva. 5ª ed., 2001.

<sup>6</sup> Lei nº 8.625 de 12 de fevereiro de 93, a qual deve ser analisada com o auxílio da lei complementar nº 75/93 modificada pela lei complementar nº 88/97.

<sup>7</sup> PINHO, Humberto Dalla. **Princípios institucionais do Ministério Público**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris.

Como se sabe, segundo a doutrina administrativista clássica<sup>8</sup>, os órgãos, em geral, não possuem independência funcional nem, muito menos, uma independência elevada a um patamar constitucional. Estes, normalmente, são meras figuras auxiliares das pessoas jurídicas de direito público. Vale dizer, são corpos auxiliares que colaboram no exercício e desempenho das atividades essenciais ou de alguma forma relacionadas com os fins daquela pessoa jurídica de direito público. Em uma só palavra, os órgãos, tomados à luz do direito administrativo, são corpos sem vida própria, pois são acessórios que seguem o principal (a pessoa jurídica de direito público).

Sendo assim, resta evidente, por conseguinte, que o Ministério Público não se enquadra dentro da figura de órgão que o direito administrativo nos ensina. Desta forma, entendemos que a única solução para o deslinde desta problemática reside em considerarmos o Ministério Público como um órgão *sui generis*, um órgão especial, ou seja, como um órgão em sentido amplo, vez que este tanto não se enquadra no conceito clássico de órgão quanto não possui uma personalidade jurídica própria.

Note-se, a esse respeito, que defendemos este posicionamento doutrinário, pois se valendo do mecanismo da analogia<sup>9</sup> (método integrativo de aplicação do direito<sup>10</sup> utilizado quando não se encontra no ordenamento jurídico um instituto jurídico adequado para regulamentação de uma situação jurídica), o instituto jurídico existente mais próximo (ou melhor, menos distinto) do Ministério Público é exatamente o órgão.

Desta forma, então, é possível conceber o Ministério Público como um órgão (*sui generis*, é claro), e, ao mesmo tempo, contemplar uma solução para a pseudocontradição em que teria supostamente incorrido o ordenamento jurídico constitucional, pois, utili-

---

<sup>8</sup> BANDEIRA DE MELLO, Osvaldo Aranha. *Princípios básicos do direito administrativo*. Rio de Janeiro, Forense, 1959.

<sup>9</sup> ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel. *Sobre la analogía en ele derecho*, Madri, 1986, ed. Cívitas.

<sup>10</sup> LACOMBE CAMARGO, Margarida Maria. *Hermenêutica e argumentação*. Rio de Janeiro, Renovar, 2ª, 2001; MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*, Forense, Rio de Janeiro, 1999; STRECK, Lênio Luiz. *A hermenêutica jurídica e(m) crise*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

zando-se de tal explicação, podemos admitir, a um só tempo, um ente sem personalidade jurídica, mas dotado de responsabilidade jurídica. Diga-se, então, que, por meio de tal raciocínio, podemos encontrar uma solução que preserve a unidade e harmonia do sistema jurídico<sup>11</sup>.

#### **4. Conseqüências pragmáticas no ordenamento jurídico vigente e sua necessária releitura constitucional de maneira a conferir eficácia ao mandamento constitucional que estabelece a independência funcional do Ministério Público**

Estabelecidos os pressupostos básicos de constituição do Ministério Público e analisado o problema da sua falta de personalidade jurídica, cumpre assinalar, agora, quais são as suas conseqüências na própria forma de atuação do Ministério Público.

Assentadas estas premissas e dirimidas estas falsas problemáticas, passemos, então, a tratar de quais sejam as conseqüências da independência funcional na própria forma de atuação do Ministério Público<sup>12</sup>.

A primeira das conseqüências pragmáticas decorrentes da aplicação do princípio constitucional da independência funcional consiste em ter o Ministério Público um melhor amparo, no que concerne a certas atividades secundárias que dão base ao desempenho de suas funções essenciais.

Vejamos o seguinte exemplo. Em um dado processo (ou inquérito policial, ou procedimento administrativo), vê-se o membro do *parquet* com a obrigação de emitir um parecer acerca de determinada perícia contábil, a qual se encontrava anexada aos autos de um processo que apura a possível prática do crime de lavagem de dinheiro (Lei nº 9.613/98)<sup>13</sup>. Poderá, realmente, diante desta situa-

---

<sup>11</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**.

<sup>12</sup> CHAUI, Marilena. **Conformismo e Resistência – aspectos da cultura popular do Brasil**. São Paulo: Editora Brasiliense, 1986.

<sup>13</sup> Poder-se-ia lembrar ainda, o exemplo das desapropriações com fins de reforma agrária, nas quais o Ministério Público federal vê-se às voltas com o problema de como opinar com independência funcional em torno de qual seja, realmente, o laudo técnico de avaliação das terras que se encontra perfeitamente correto, ou seja, se é aquele elaborado pelo perito do Juízo ou, se é o confeccionado pelo perito contratado pelo INCRA.

ção, o membro do Ministério Público formular a sua *opinio delicti* com tal consciência dos fatos?

Parece-nos, certamente, que não. E o motivo é óbvio: falta ao membro do *parquet* capacidade técnica "real" para emitir o aludido parecer.

Ora, como se sabe, um promotor de justiça tem formação em letras jurídicas, não tendo sequer noção de conhecimentos básicos de contabilidade. Sendo assim, para que o Ministério Público possa, realmente, desempenhar com autonomia processual as suas funções constitucionais, mister se faz que o mesmo se encontre amparado por uma boa equipe de profissionais técnicos, com formação nas mais diversas áreas do conhecimento científico e que esta integre os quadros permanentes desta instituição, pois, somente desta forma, o membro do *parquet* poderá formar com segurança o seu juízo de convencimento em torno dos fatos que são apurados no processo.

Não se diga, por sinal, que esta última proposta é dispendiosa ou inovadora, pois na verdade não o é, uma vez que o próprio constituinte a previu ao se referir a serviços auxiliares no artigo 127, § 2º, da Constituição Federal, *in verbis*:

*"Ao Ministério Público é assegurada a autonomia funcional e administrativa, podendo, observado o disposto no art. 169, propor ao Poder Legislativo a criação e extinção de seus cargos e serviços auxiliares, provendo-os por concurso público de provas ou de provas e títulos, a política remuneratória e os planos de carreira; a lei disporá sobre sua organização e funcionamento"* (grifo nosso).

A segunda consequência é a do estabelecimento de uma nova regra para eleição do procurador-geral de justiça. Ao nosso ver, tal regra deve ser marcada pelos seguintes aspectos: a) elaboração de uma lista tríplice de força vinculante; e a b) extensão do direito de voto a todos os promotores de justiça, não ficando mais assim, pois, tal eleição restrita aos votos dos procuradores de justiça<sup>14</sup>.

Estes novos aspectos certamente diminuirão em muito o grau de ingerência política do Poder Executivo no Ministério Público,

---

<sup>14</sup> Nesse sentido, aliás, é a lei orgânica do ministério público de São Paulo.

credibilizando, desta forma, mais ainda, a função desempenhada pelos membros deste ente.

Note-se, por oportuno, que não partilhamos do entendimento que sustenta a possibilidade de o próprio Ministério Público, por meio do voto exclusivo de seus membros, eleger seu procurador-geral de justiça, vez que admitida tal possibilidade, a rigor, resta concretizada, no nosso entender, uma ofensa ao princípio constitucional da autonomia e independência dos Poderes<sup>15</sup> – CF, art. 2º -, já que se estaria conferindo ao ministério público o “*status*” de um órgão<sup>16</sup> que não estaria submetido à ingerência de quaisquer dos Poderes do Estado, ou seja, seria uma espécie de *Quarto Poder*, na medida que seria um Poder independente e autônomo.

Sendo assim, tal entendimento não merece prosperar, pois, além de o Ministério Público não ter sido alçado pela Constituição Federal de 1988 ao “*status*” de *Quarto Poder*, a própria Magna Carta permite ingerências por parte dos três Poderes do Estado, seja autorizando a escolha do procurador-geral de justiça por parte do Chefe do Poder Executivo<sup>17</sup>, seja submetendo o projeto de lei orgânica do Ministério Público à aprovação do Poder Legislativo, apesar desse ser de iniciativa do próprio órgão, seja, por fim, admitindo o controle deste “órgão”, de seus membros e de seus atos processuais ou não por parte do Poder Judiciário.

Uma terceira consequência, ao nosso ver, é a mitigação do princípio da obrigatoriedade no processo penal. Afinal, parece-nos, no todo, incompatível a convivência do princípio da independência funcional (de patamar constitucional) com uma mordada infraconstitucional (um limitador do pensamento e da livre consciência do promotor de justiça, o qual é considerado pelo ordenamento jurídico processual nacional, de origem facista, como ser que não pensa, mas que cum-

---

<sup>15</sup> SALDANHA, Nelson. *O Estado moderno e a separação dos poderes*. São Paulo: Saraiva, 1987; BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 1988, p. 16-17; BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*, 5ª, Belo Horizonte: Del Rey Editora, 1993, p. 27.

<sup>16</sup> Saliente-se que tal vocábulo deve ser entendido conforme os esclarecimentos desenvolvidos no terceiro tópico.

<sup>17</sup> Observe-se, a esse respeito, as considerações feitas anteriormente.

pre ordens), erradamente confundida pela maior parte da doutrina processualista nacional com o princípio da legalidade.

Com efeito, não nos parece admissível que um princípio constitucional seja limitado e interpretado à luz de um princípio infraconstitucional, tanto por razões de hierarquia e harmonia do ordenamento jurídico quanto porque, no mundo moderno, marcado cada vez mais pela relatividade das definições, é impossível conviver com conceitos absolutos.

Ademais, conceber o princípio da obrigatoriedade conforme os moldes atuais é, como já tido, tomar o promotor de justiça, ou seja, o ser pensante, como um mero cumpridor automático de ordens.

Desta forma, segundo o nosso entendimento, com a Constituição Federal de 1988, o membro do Ministério Público não se encontra mais obrigado a ter que oferecer, de regra, a denúncia, ou a não poder desistir do recurso interposto (CPP, art. 576), pois tem independência funcional (a qual é diferente da independência administrativa).

Cumpra salientar, ainda a esse respeito, que não se deve confundir o princípio da obrigatoriedade, de índole infraconstitucional, com o princípio do sistema acusatório<sup>18</sup>, de feição constitucional, pois o fato de o Ministério Público deter, com exclusividade, o poder de promover a *persecutio criminis in iudicio*, ou seja, de propor a ação penal, não significa que deva fazer isso obrigatoriamente em todos os casos. Nesse sentido, a justa causa, entendida como uma das condições gerais da ação penal – CPP, art. 43, deve ser entendida como uma decorrência do princípio constitucional da motivação das decisões – CF, art. 93, IX<sup>19</sup>, na medida em que se deve exigir do promotor argumentos fáticos plausíveis para oferecer uma denúncia.

Aliás, é movido também por esse princípio, que já se identifica no ordenamento jurídico mitigações isoladas do princípio da obrigatoriedade (a exemplo dos artigos 72 a 76, da Lei nº 9.099/95<sup>20</sup>), como é o caso, por exemplo, da transação penal.

---

<sup>18</sup> PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório no processo penal**, Lumen Juris, 2000.

<sup>19</sup> Apesar de termos citado dispositivo constitucional relativo ao Poder Judiciário, ressalte-se que, assim o fizemos, com o escopo de nos valermos de um recurso de analogia processual, expressamente permitido pelo artigo 2º do CPP.

<sup>20</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance e GOMES, Luiz Flávio. **Juízados Especiais Criminais**. São Paulo: RT, 4ª, 2002.

Note-se, contudo, que grande parte da doutrina nacional diverge deste entendimento por nós aqui defendido, sob o argumento de que se trata de hipótese de aplicação do princípio da oportunidade<sup>21</sup>, ou da discricionariedade regulada ou regrada<sup>22</sup>. Mas o certo é que, qualquer seja o argumento, é indiscutível que o princípio da obrigatoriedade está por sofrer uma inicial e progressiva mitigação no campo processual penal.

Outra consequência da aplicação do princípio da independência funcional, desta feita exercendo suas influências no campo processual civil (CPC, arts. 81 a 85), é a flexibilização da intervenção do Ministério Público nas causas em que há interesse de incapazes (CPC, art. 82, I), isto porque não são todos os processos em que há interesse de incapaz que se pode identificar uma das finalidades constitucionais de atuação do Ministério Público (CF, art. 127, *caput*), ou seja, defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Tomemos o seguinte exemplo. Uma jovem de 17 (dezessete) anos presta concurso vestibular para faculdade de medicina de Alfenas (MG). Passados 03 (três) meses, impetra um mandado de segurança pleiteando a sua transferência para faculdade de medicina de Salvador (BA), alegando motivos de ordem familiar e econômica. Pergunta-se: é realmente necessário, nesse caso, a intervenção do Ministério Público no processo, somente por se tratar a jovem de menor relativamente incapaz?

Decididamente, pensamos que não. Não há, na presente hipótese, qualquer interesse individual indisponível em jogo, mas apenas o interesse individual disponível exclusivo da jovem que deseja obter a transferência. Vê-se, então, que não é caso de atuação do Ministério Público. Esta é, aliás, uma conclusão a que se pode chegar por meio da aplicação do princípio da proporcionalidade<sup>23</sup> ao

---

<sup>21</sup> JARDIM, Afrânio Silva. **Ação Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

<sup>22</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance e GOMES, Luiz Flávio..., p. 97.

<sup>23</sup> Acerca do princípio da proporcionalidade é salutar o estudo dos seus subprincípios: a) subprincípio da adequação, b) subprincípio da necessidade e c) subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito. Sobre o assunto consulte-se BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, São Paulo: Malheiros, 10<sup>a</sup>, p. 356 a 397.



caso concreto dado como exemplo, já que é necessário se fazer uma ponderação de todos os valores envolvidos na determinação legal de intervenção ou não do Ministério Público.

Outra consequência encontra-se na designação do segundo promotor de justiça pelo procurador-geral de justiça para que aquele ofereça "obrigatoriamente" a denúncia, nos moldes do artigo 28 do CPP.

No que concerne especificamente a essa providência há uma acirrada discussão doutrinária. Senão vejamos.

Para a grande maioria da doutrina, a exemplo dos professores Vicente Greco Filho<sup>24</sup>, Fernando da Costa Tourinho Filho<sup>25</sup>, Eduardo Espínola Filho<sup>26</sup>, Julio Fabbrini Mirabete<sup>27</sup>, Damásio Evangelista de Jesus<sup>28</sup>, Edgard Magalhães Noronha<sup>29</sup>, Hélio Bastos Tornaghi<sup>30</sup>, Bento de Faria<sup>31</sup>, José Frederico Marques<sup>32</sup> e Basileu Garcia<sup>33</sup>, não pode o promotor designado pelo procurador-geral de justiça recusar-se a oferecer a denúncia por este determinada em razão de um imperativo de hierarquia previsto em lei (Lei nº 8.625/93, art. 10, inciso IX, *d*), bem como porque não há qualquer ofensa à consciência do promotor, vez que o mesmo age por delegação do chefe do Ministério Público.

Contudo, no nosso entender, e comparecem defender os professores Paulo Cláudio Tovo<sup>34</sup> e José Paganella Bosh<sup>35</sup>, o promotor,

---

<sup>24</sup> GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**, São Paulo: Saraiva, 1999.

<sup>25</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. vol. 02. São Paulo: Saraiva.

<sup>26</sup> ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **Código de Processo Penal Brasileiro Anotado**, vol. 1º, Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1960.

<sup>27</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. São Paulo, Atlas, 1999.

<sup>28</sup> JESUS, Damásio Evangelista. **Código de Processo Penal interpretado**, São Paulo: Saraiva, 2000.

<sup>29</sup> NORONHA, Edgard Magalhães. **Curso de Direito Processual Penal**, São Paulo: Saraiva, 1996.

<sup>30</sup> TORNAGHI, Hélio Bastos. **Instituições de Processo Penal**, vol. 02. São Paulo: Saraiva, 1977.

<sup>31</sup> BENTO DE FARIA. **Código de processo penal**. vol. 02, 1942.

<sup>32</sup> MARQUES, José Frederico. **Elementos de Processo Penal**, vol. 02, São Paulo: Bookseller, 1999.

<sup>33</sup> GARCIA, Basileu, **Comentário ao Código de Processo Penal**, vol. 03, Rio de Janeiro: Forense, 1945.

<sup>34</sup> TOVO, Paulo Cláudio. **Apontamento e guia prático sobre a denúncia no processo penal brasileiro**, Porto Alegre, Sérgio Fabris, 1986.

<sup>35</sup> BOSH, José Paganella. **Processo penal**, Porto Alegre, Aide, 1995.

apesar de designado pelo procurador-geral de justiça, não deve estar obrigado a oferecer a denúncia, pois tal exigência, além de ofender o princípio da independência funcional (CF, art. 127, § 1º), é de todo desnecessária, vez que, se o procurador-geral de justiça está tão convicto do oferecimento da denúncia, nada impede que ele mesmo o faça.

Com efeito, releva notar que a própria denúncia fica, em muito comprometida, se o promotor que deve, em tese, oferecer a denúncia, não está convicto disso, pois, se o próprio está em dúvida acerca dos elementos que devem compor a exordial acusatória, como, por exemplo, a *justa causa*, em obediência ao princípio constitucional do *in dubio pro reo* (CF, art. 5º, LVII), como quer o professor Afrânio Silva Jardim<sup>36</sup>, não deve ser oferecida denúncia, vez que, em razão do aludido princípio, cabe ao Ministério Público, no nosso entender, o ônus da prova, ou seja, o ônus de demonstrar que o acusado realmente é o autor de um determinado delito, na sua inteireza (tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade), como decorrência do princípio constitucional da presunção de inocência – CF, art. 5º, LVII<sup>37</sup>.

Ademais, não há que se justificar tal exigência com base na hierarquia, vez que o promotor, no desempenho de sua função ministerial, não está submetido a qualquer ingerência do procurador-geral de justiça, pois, se assim fosse, força é convir que poderiam ocorrer situações que distorceriam a atividade do promotor, como, por exemplo, a de este membro do *parquet*, para conseguir gratificação ou remoção para uma comarca mais próxima da Capital, promover uma determinada ação penal para agradar o procurador-geral de justiça, que, seja por seu excesso de trabalho, seja por seu interesse pessoal no desfecho da ação penal, não queria promover, pessoalmente, a mesma.

Note-se, ainda, que só há falar em hierarquia, no que concerne ao desempenho das atividades do promotor na esfera interno-

---

<sup>36</sup> JARDIM, Afrânio Silva. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 9ª ed., 2000.

<sup>37</sup> Sobre o assunto é de grande importância a leitura do terceiro capítulo – “*Sobre o conteúdo processual tridimensional do princípio da presunção de inocência*” – da obra **Estudos de Direito Penal e Processual Penal**, São Paulo: RT, 1ª edição, 2ª tiragem, 1999, de autoria do professor Luiz Flávio Gomes. Note-se, por oportuno, que o aludido autor diverge do posicionamento por nós defendido no presente artigo, sustentando que da aplicação deste princípio não resulta tal consequência, ver páginas 110 a 114.

administrativista do Ministério Público, ou seja, *interna corporis*. Caso contrário, toda vez que o promotor fosse oferecer alguma denúncia, teria a “obrigação institucional” de consultar o procurador-geral de justiça, para obter desse a sua *opinio delicti*.

Por fim, sustentamos, ainda, que não assiste razão àqueles que defendem o posicionamento contrário sob o argumento de que se viesse a se permitir que o promotor designado pudesse divergir da instrução do procurador-geral de justiça, demorar-se-ia demasiadamente para se oferecer a denúncia, correndo-se, desta forma, o risco de vir a prescrever o delito. Contudo, isto não é verdade, pois, como já foi destacado, o próprio procurador-geral de justiça pode oferecer a denúncia, evitando, assim, uma possível prescrição.

Saliente-se, por fim, acerca das conseqüências pragmáticas, que as que foram por nós aqui lembradas não são e não devem ser as únicas vislumbradas no ordenamento jurídico, havendo, a esse respeito, muitas outras. Vale dizer, os casos aqui destacados devem ser tomados exemplificativamente.

## 5. Conclusão

Ante o exposto, torna-se imprescindível uma releitura de toda a legislação infraconstitucional relativa à atuação do Ministério Público com espeque nos novos princípios e finalidades estipulados pela Constituição Federal de 1988 e, mais notadamente, com base no princípio da independência funcional.

Vale dizer, é necessário pensarmos o Ministério Público conforme a Constituição, pois é ela que deve constituir a sua ação<sup>38</sup>.

Se o Ministério Público foi reinventado, regenerado e fortalecido pela atual Magna Carta para que tenha uma atuação muito mais eficaz na sociedade<sup>39</sup>, força é convir que esta mesma Magna Carta deve pautar e orientar todas as suas atividades intra e extraprocessuais, pois, somente desta forma, poderá alcançar a defesa do ordenamento jurídico pátrio e do Estado Democrático de

---

<sup>38</sup> LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Trad. José Lamego. 3ª edição. Portugal-Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, pp.439-517.

<sup>39</sup> PASUKANIS, Eugeni B. *Teoría general Del derecho y marxismo*, trad. Virgílio Zapatero, Barcelona, 1976, ed. Labor.

Direito, ainda que, dessa maneira, não se desvincule da manutenção da ordem constituída e, por consequência, da defesa, direta ou indireta, dos interesses da classe social predominante, servindo assim como instrumento jurídico de controle<sup>40</sup> sócioeconômico<sup>41</sup> e político-cultural<sup>42</sup>, impregnado pelo seu "poder simbólico"<sup>43-44</sup>. ♦

---

<sup>40</sup> MARX, Karl. **Manuscritos Econômicos – Filosóficos**. Trad. Artur Morão. Portugal – Lisboa: Textos filosóficos, edições 70, 1964; LOCKE, John. **Carta sobre a Tolerância**. Trad. João da Silva Gama. Portugal – Lisboa: Textos filosóficos, edições 70, 1965; NIETZSCHE, Friedrich. **Ecce Homo**. Trad. Artur Morão. Portugal – Lisboa: Textos filosóficos, edições 70, 1964.

<sup>41</sup> BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal – Introdução à Sociologia do Direito Penal**. Trad. Juarez Cirino dos Santos, Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 1999; ANIYAR DE CASTRO, Lola. **Criminologia da reação social**, Trad. E. Kosowski, Rio de Janeiro, 1983, ed. Forense; BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 5ª edição. Rio de Janeiro: Revan.

<sup>42</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Em busca das penas perdidas**. Trd. Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição, Rio de Janeiro: Revan, 1991.

<sup>43</sup> SANTANA, Heron José de. "Ministério Público e Poder Simbólico", in **Revista do Ministério Público do Estado da Bahia**, Salvador, v. 06, nº 08, jan-dez, 1997. Nesse sentido, vale transcrever o seguinte trecho: "*O que importa ressaltar é que o Ministério Público, enquanto defensor da ordem jurídica, do regime democrático e dos direitos sociais, detém uma enorme gama de poderes, já que: a) como um delegado de polícia investiga ilimitadamente qualquer ofensa ao direito (por exemplo, instaura e preside o inquérito civil); b) como um juiz, homologa a conciliação dos interesses ou decide pelo arquivamento das investigações, independentemente de pronunciamento do Poder Judiciário; c) ou como um advogado da sociedade, é legitimado, com relatividade exclusividade, a propor ações civis ou penais públicas, perante o judiciário, visando a condenação de qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada a submeter-se às sanções previstas na lei, nos casos de ilegalidade*". Com efeito, "*é este papel amplo e diversificado, aliado a um concurso público tradicionalmente sério e difícil (trazendo para os seus quadros boa parte dos melhores advogados do país) que, nos parece, determina o prestígio (status, poder simbólico) de que gozam os agentes do Ministério Público no campo jurídico, a despeito do relativo desconhecimento do seu papel pelo senso comum*".

<sup>44</sup> FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**, Rio de Janeiro: Graal, 1979.

# **Brevíssimas considerações acerca do Estatuto do Desarmamento com a regulamentação que lhe deu o Decreto 5.123/04**

**CLÁUDIA BARROS**

Promotora de Justiça, titular da 1ª Promotoria junto ao Tribunal do Júri de Nova Iguaçu. Professora da Fundação Escola do Ministério Público do Rio de Janeiro, da EMERJ, do CEPAD e da Universidade Estácio de Sá.

A publicação da Lei 10.826/03, em 23 de dezembro de 2003, traz alterações sensíveis acerca do porte de arma e condutas assemelhadas. Propõe-se, com a nova legislação, o desarmamento civil, que passaria por dois estágios básicos: a proibição de concessão do porte e, posteriormente, a proibição de comercialização de armas no país.

O artigo 6º da lei proíbe o porte de arma em todo o território nacional, excepcionando agentes públicos que dela necessitam para o exercício de suas funções, bem como empresas de segurança e de transporte de valores, desportistas, colecionadores e residentes em áreas rurais que dependam do uso de arma de fogo para sua subsistência alimentar familiar, sendo estas últimas as únicas hipóteses em que se poderá conceder porte ao particular. A situação daqueles que obtiveram a autorização para porte anteriormente à publicação do Estatuto encontra-se regulada no artigo 29, devendo-se atentar para o fato de que o referido dispositivo teve sua redação alterada pela recentíssima Lei 10.884, de 17 de junho de 2004, que prevê a expiração das autorizações de porte em prazo de 90 dias, contados a partir de 23 de junho de 2004.

O artigo 35 da nova lei, que trata da proibição de comercialização de armas, tem sua vigência condicionada à aprova-

ção em referendo popular a ser realizado em outubro de 2005.

No que tange às figuras criminosas, o Estatuto, que revogou expressamente em seu artigo 36 a Lei 9.437/97, aboliu o polêmico delito de utilização de arma de brinquedo para fins de praticar crimes, bem como a reincidência como qualificadora, devendo-se, neste aspecto, atentar-se para o disposto no artigo 5º, XL da CF e artigo 2º do CP. Quanto às demais condutas antes previstas, verifica-se que foram mantidas, agora com penas mais severas, sendo, ainda, tipificadas outras que passam a ter relevância penal, verificando-se, à toda evidência, tratar-se, neste aspecto, de *lex gravior* que não deverá ser aplicada retroativamente. O mesmo se diga com relação à proibição de concessão de liberdade provisória no artigo 21, de constitucionalidade duvidosíssima, frise-se, pois que, embora de caráter processual, cuida-se de norma que, refletindo sobre direito de liberdade, merecerá o mesmo tratamento das normas penais no que tange à irretrotividade.

Intrigante aspecto é o fato de a Lei 10.826/03 não ter sido regulamentada de imediato, permanecendo nesta condição até 2 de julho de 2004, data em que foi publicado o Decreto 5.123/04, que manteve os critérios antes utilizados pelo Decreto 2.222/97, regulamentador da lei revogada, para classificação técnico-legal das armas como de uso permitido, restrito ou proibido, optando-se pela utilização do R-105, Regulamento para Fiscalização de Produtos Controlados e sua legislação complementar. Contudo, não foram poucos os debates travados no período compreendido entre 23 de dezembro e 2 de julho de 2004, entendendo alguns que, à míngua de regulamentação própria, dever-se-ia considerar vigente o Decreto 2.222/97, tendo a Procuradoria-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, inclusive, editado a Resolução GPGJ 1210, de 8 março de 2004, sugerindo, sem caráter normativo, aos membros do Ministério Público que entendessem ainda em vigor o antigo decreto. Parece-nos, naquilo que pertine ao aspecto técnico, equivocada a orientação, na medida em que era a Lei 9.437/97 o fundamento do Decreto 2.222/97. Causa-nos estranheza a conclusão de que o regulamento, que se prestava a tornar possível a execução daquela lei, com as prescrições práticas para que a mesma pudesse ser fielmente executada, tenha aplicação ainda depois de sua revogação.

Retirado do ordenamento jurídico o fundamento do decreto, este também o foi. É preciso, entretanto, salientar que, a par dessas considerações críticas, o Decreto 5.123/04 revogou, em seu artigo 77, o Decreto 2.222/97, dando-nos a entender que este último ainda estaria em vigor, sendo, pois, aplicável à Lei 10.826/03 até o dia 2 de julho de 2004. A referida revogação reforça o entendimento exarado pela Chefia institucional do *parquet* fluminense na Resolução supracitada, que reflete o que parece ser o entendimento majoritário acerca do *thema*. De toda sorte, mantemos posição no sentido de que o Decreto 2.222/97 jamais se prestou a regulamentar a Lei 10.826/03, pelas razões anteriormente expostas.

Também polêmica a posse ilegal de arma de fogo de uso permitido, diante da disciplina constante do Estatuto, que, já consideradas as alterações na redação dos artigos 30 e 32 pela citada lei 10.884/04, prevê um prazo de 180 dias, a partir de 23 de junho de 2004, para que os proprietários de armas não registradas procedam ao registro ou entrega das mesmas à Polícia Federal. Alguns defendem ter ocorrido *abolitio criminis* com relação à posse ilegal de armas, o que levaria à extinção da punibilidade a favorecer todos os que, antes do Estatuto, sofreram as consequências penais decorrentes daquela conduta. Embora entendamos correta a solução, não nos parece correta a sua fundamentação. A rigor, ocorre *abolitio criminis* quando lei nova deixa de considerar criminosá conduta antes prevista como tal e isso, definitivamente, não ocorreu. A posse ilegal de arma de fogo era tipificada na Lei 9.437/97, e assim se mantém na nova lei. Hoje, porém, ainda não expirado o prazo de que tratam os artigos 30 e 32, não pode ser entendida como ilegal a posse de quem, sem registro, tenha um arma em sua casa ou em estabelecimento comercial de que seja proprietário ou responsável. Referida conduta não é, assim, típica, pois somente a posse ilegal guarda subsunção ao tipo trazido pelo artigo 12 da Lei 10.826/03. Entendemos ter a lei conferido aos possuidores de arma de fogo sem registro uma espécie de anistia que, observados os princípios constitucionais setoriais de Direito Penal, bem como os termos da própria lei penal, alcançará fatos anteriores ao Estatuto do Desarmamento, extinguindo-se a punibilidade daqueles que, anteriormente, fo-

ram perseguidos penalmente por possuírem armas de fogo fora das determinações legais e regulamentares.

Por fim, entendemos que, à exceção do disposto no artigo 18, os crimes da Lei 10.826/03 são de competência da justiça estadual. As inovações do diploma legal, concentrando no âmbito da Polícia Federal a expedição de certificado de registro de arma de fogo e as autorizações para porte, nos termos dos artigos 5º, § 1º e 10, respectivamente, não nos autorizam concluir pela competência da Justiça Federal. Inexiste, em verdade, interesse direto da União a ser protegido, pois que o bem jurídico que se busca tutelar é a segurança coletiva e não a integridade e fidelidade dos cadastros e registros de armas, aqui protegidos apenas em segundo plano.◆