

Revista Jurídica

do Ministério Público do Estado do Amazonas



Colaboradores desta edição:

José dos Santos Carvalho Filho - Carlos Alberto de Moraes Ramos Filho - Heloysa Simonetti Teixeira - Carlos Alberto de Moraes Ramos - Ruy Malveira Guimarães - Glaucia Maria de Araújo Ribeiro - Maurício Kalache - Katia Maria Araujo de Oliveira - Renato Marcão - Fernando Florêncio da Silva - Rodrigo de Sá Barbosa - Alexandre de Moraes - David Evandro Costa Carramanho - Silvana Nobre de Lima Cabral - João Gaspar Rodrigues - Edimilson Barreiros Junior

Centro de Estudo e Aperfeiçoamento Funcional - CEAF

N 1679-6233



***Revista Jurídica do Ministério
Público do Estado do Amazonas***

RJMPAM MANAU v. 7 n. 2 2006 jul./dez. p. 1 à 450
S

Revista Jurídica do Ministério
Público do Estado do Amazonas

©2006 Ministério Público do Estado do Amazonas

Coordenador Geral: Edgard Maia Albuquerque Rocha

Comissão Editorial: Edgard Maia Albuquerque Rocha - Jussara Maria Pordeus e Silva - Kátia Maria Araújo de Oliveira - Paulo Cardoso de Carvalho - Pedro Bezerra Filho.

Diagramação e organização de texto: Jorge Bentes Gatto Filho

Revisão e acompanhamento: Jussara Maria Pordeus e Silva

Capa: Jorge Bentes Gatto Filho

Colaboradores: José dos Santos Carvalho Filho - Carlos Alberto de Moraes Ramos Filho - Heloysa Simonetti Teixeira - Carlos Alberto de Moraes Ramos - Ruy Malveira Guimarães - Gláucia Maria de Araújo Ribeiro - Maurício Kalache - Katia Maria Araujo de Oliveira - Renato Marcão - Fernando Florêncio da Silva - Rodrigo de Sá Barbosa - Alexandre de Moraes - David Evandro Costa Carramanho - Silvana Nobre de Lima Cabral - João Gaspar Rodrigues - Edimilson Barreiros Junior.

Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Amazonas/Publicação do
Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional – CEAF, n.8
(Novembro/Dezembro – 2006). Manaus: PGJ/CEAF, 2006.

450p.; v.8

ISSN 1679-6233

1.Ministério Público 2. Direito- Periódico I. Título

CDD 340.5

CDU 24 (05)

A responsabilidade dos trabalhos publicados é exclusivamente de seus autores.

Pede-se permuta

On demande echange

We ask tor Exchange

2006

Procuradoria-Geral de Justiça

Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional – CEAF

Avenida Coronel Teixeira, n. 7995 – Nova Esperança

CEP: 69030-480 Manaus – AM

Fone: (92) 3655 0647

e-mail: ceaf@mp.am.gov.br

<http://www.mp.am.gov.br>

MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO

PROCURADORES-GERAIS DE JUSTIÇA: José Jorge Souza de Carvalho - Leôncio Salignac e Souza - Amadeu Soares Botelho - Elphego Jorge de Souza - José Augusto Teles de Borborema - Adriano Alves de Queiroz - Domingos Alves Pereira de Queiroz - Vicente de Mendonça Júnior - Geraldo de Macedo Pinheiro - João Ricardo de Araújo Lima - Newton de Menezes Vieira - José Catanhede de Mattos Filho - David Alves de Mello - Mário Jorge do Couto Lopes - Carlos Alberto Bandeira de Araújo - João dos Santos Pereira Braga - Moacir de Souza Alves - Adalberto Andrade de Menezes - Aderson Pereira Dutra - Pedro da Silva Costa - Gebes de Mello Medeiros - Aguielo Balbi - Orlando dos Santos Santiago - Luiz Felipe Cordeiro de Verçosa - Aristarcho de Araújo Jorge de Mello - Evandro Paes de Farias - Mauro Luiz Campbell Marques - Maria do Perpétuo Socorro Guedes Moura - Cristóvão de Albuquerque Alencar Filho - Vicente Augusto Cruz de Oliveira.

PROCURADORES DE JUSTIÇA: Alberto Nunes Lopes - Adalberto Ribeiro de Souza - Carlos Antônio Ferreira Coelho - Cristóvão de Albuquerque Alencar Filho - Evandro Paes de Farias - Flávio Ferreira Lopes - João Bosco Sá Valente - Mauro Luiz Campbell Marques - Noeme Tobias de Souza - Nicolau Libório dos Santos Filho - Pedro Bezerra Filho - Rita Augusta de Vasconcellos Dias - Sandra Cal Oliveira - Silvana Maria Mendonça Pereira dos Santos - Suzete Maria dos Santos - Vicente Augusto Cruz Oliveira .

PROCURADORES DE JUSTIÇA - APOSENTADOS: Aguielo Balbi - Ana Maria Duarte Esteves - Antonio Guedes da Silva - Aristarcho de Araújo Jorge de Mello - Áurea Márcia Bittencourt Karan - Carlos Alberto Bandeira de Araújo - Carlos Alberto Barbosa da Silva - Edilson dos Santos Oliveira - Fernando Florêncio da Silva - Flávio de Azevedo Tribuzy - Francisco Assis Nogueira - Frederico Monteiro Barroso - Jaime Tourinho Fernandez - Jorge Abdon Karim - José Agostinho Nunes Balbi - José Maria Lopes - Luiz Félix Conceição Santos - Lupercino de Sá Nogueira Filho - Manuel Braga dos Santos - Maria Helena Monassa Abinader - Merita Azulay - Mithridates Corrêa Filho - Nestor da Costa Ferreira - Orlando Moreira de Souza - Orlando dos Santos Santiago - Pedro da Silva Costa - Salvador Conte - Telma Martins Maciel - Yano René Pinheiro Monteiro.

PROMOTORES DE JUSTIÇA DE ENTRÂNCIA FINAL: Adelson Albuquerque Matos - Aguinaldo Concy de Souza - Aguielo Balbi Júnior - Ana Cláudia Abboud Daou - Anabel Vitória Pereira Mendonça de Souza - Antonina Maria de Castro do Couto Valle - Cândido Honório Ferreira Filho - Carlos Fábio Braga Monteiro - Carlos Lélío Lauria Ferreira - Cláudia Maria Raposo da Câmara Coelho - Cleucy Maria de Souza - David Evandro Costa Carramanho - Delisa Olívia Vieira - Edgard Maia de Albuquerque Rocha - Edilson Queiroz Martins - Edna Lima de Souza - Elvys de Paula Freitas - Francilene Barroso da Silva - Francisco das Chagas Santiago Cruz - Francisco de Assis Aires Arguelles - Guiomar Felícia dos Santos Castro - Izabel Christina Chrisóstomo - Jeferson Neves de Carvalho - João de Holanda Farias - João Lúcio de Almeida Ferreira - Jorge Alberto Veloso Pereira - Jorge Michel Ayres Martins - Jorge Wilson Lopes Cavalcante - José Bernardo Ferreira Júnior - José Hamilton Saraiva dos Santos - José Herivelto Pereira de Oliveira - José Roque Nunes Marques - Jussara Maria Pordeus e Silva - Karla Fregapani Leite - Kátia Maria Araújo de Oliveira - Léa Regina Pereira Mattos - Leda Mara Nascimento Albuquerque - Liani Mônica Guedes de Freitas Rodrigues - Lilian Maria Pires Stone - Luciana Toledo Martinho - Luciola Honório de Valois Coêlho da Silva - Luissandra Chixaro de Menezes - Mara Nóbria Albuquerque da Cunha - Marco Aurélio Lisciottto - Maria Cristina Vieira da Rocha - Maria da Conceição Silva Santiago - Maria Eunice Lopes de Lucena Bitencourt - Maria José da Silva Nazaré - Maria José Silva de Aquino - Maria Piedade Queiroz Nogueira Belasque - Marlene Franco da Silva - Marlinda Maria Cunha Dutra - Mauro Roberto Veras Bezerra - Nasser

AbrahamMasser Netto - Neyde Regina Demósthene Trindade - Nilda Silva de Souza - Otávio de Souza Gomes - Paulo Stélio Sabbá Guimarães - Públío Caio Bessa Cyrino - Raimundo David Jerônimo - Rogeanne Oliveira Gomes da Silva - Ronaldo Andrade - Ruy Malveira Guimarães - Sarah Pirangy de Souza - Silvana Nobre de Lima Cabral - Silvana Ramos Cavalcanti - Sílvia Abdala Tuma - Simone Braga Lunière da Costa - Solange da Silva Guedes Moura - Tereza Cristina Coêlho da Silva - Vicente Augusto Borges Oliveira - Walber Luiz Silva do Nascimento.

PROMOTORES DE JUSTIÇA DE 1ª ENTRÂNCIA: Adriano Alecrim Marinho - Alberto Rodrigues do Nascimento Júnior - Alvaro Granja Pereira de Souza - André Alecrim Marinho - André Luiz Medeiros Figueira - André Virgílio Belota Seffair - Antônio José Mancilha - Aurely Pereira de Freitas - Carla Santos Guedes - Carlos José Alves de Araújo - Carlos Sérgio Edwards de Freitas - Christianne Corrêa Bento da Silva - Clarissa Moraes Brito - Cláudio Sérgio Tanajura Sampaio - Daniel Leite Brito - Darlan Benevides de Queiroz - Davi Santana da Câmara - Edinaldo Aquino Medeiros - Elis Helena de Souza Nóbile - Elizandra Leite Guedes de Lira - Evandro da Silva Isolino - Francisco Lázaro de Moraes Campos - Géber Mafra Rocha - George Pestana Vieira - Gerson de Castro Coelho - Hilton Serra Viana - Ítalo Klingner Rodrigues do Nascimento - João Gaspar Rodrigues - João Ribeiro Guimarães Netto - Jonas Neto Camélo - Jorge Alberto Gomes Damasceno - Laís Rejane de Carvalho Freitas - Lauro Tavares da Silva - Leonardo Abinader Nobre - Lincoln Alencar Queiroz - Lorena de Verçosa Oliva - Marcelo Pinto Ribeiro - Márcio Fernando Nogueira Borges de Campos - Maria Betusa da Silva Araújo - Maria das Graças Gaspar de Melo - Mário Ypiranga Monteiro Neto - Mirtíl Fernandes do Vale - Nasser Abraham Nasser Neto - Raimundo do Nascimento Oliveira - Reinaldo Alberto Nery de Lima - Renata Cintrão Simões de Oliveira - Renilce Helen Queiroz de Sousa - Rodrigo Miranda Leão Júnior - Rogério Marques Santos - Romina Carmen Brito Carvalho - Sandra Maria Cabral Miranda - Sheyla Andrade dos Santos - Sheyla Dantas Frota de Carvalho - Simone Martins Lima - Valdercley Martins Castilho - Vânia Maria do Perpétuo Socorro Marques Marinho - Valber Diniz da Silva - Vivaldo Castro de Souza - Wandete de Oliveira Netto

PROMOTORES DE JUSTIÇA APOSENTADOS: Alfredo da Silva Santana - Aloísio Rodrigues de Oliveira - Aluísio Pereira de Lima - Antônio Alves Santana - Antônio Raimundo Barros de Carvalho - Bernardo José Antunes - Carlos Alberto de Moraes Ramos - Carlos Alberto Loureiro Pinagé - Clodualdo de Souza Pinheiro - Colmar Rabelo de Medeiros - Dário Alves da Cruz - Edilson Freire - Elias de Oliveira Chaves - Felipe Antônio de Carvalho - Fernando Antônio Ferreira Lopes - Flávio Queiroz de Paula - Francisco Gomes da Silva - Francisco José de Menezes - Gilberto Ramos da Silva - Jessé Soares Ferreira - João Batista dos Santos - João Valente de Azevedo - João Florêncio de Menezes - Jones Karrer de Castro Monteiro - Joquebede de Oliveira Souza - José Bento Cosme - José Ribamar Prazeres Coelho - Luiz Tadeu Calderoni - Manuel Edmundo Mariano da Silva - Maria Nazareth da Penha Vasque Mota - Maria Neide de Andrade Bezerra - Nicolau Silva de Oliveira - Nilza Rodrigues de Almeida - Paulo Cardoso de Carvalho - Raimundo Andrade Bentes - Teófilo Narciso de Mesquita Neto - Waldir Rosas dos Santos

PROMOTORES-ADJUNTOS APOSENTADOS: Carlos Augusto de A. Marques - Eutichio Haidem Vieira

PROMOTORES DE JUSTIÇA SUBSTITUTOS - APOSENTADOS: José Cruz da Silva - Mário Diogo de Melo

In memoriam:

PROCURADORES DE JUSTIÇA: Tabira Rodrigues Fortes - Roberto de Aquino Valle - Luiz Felipe Cordeiro de Verçosa - Ivan Coelho Cintra - Marília Marques de Oliveira - Marcus Vinícius Guedes de Lima - Geraldo de Macedo Pinheiro - Antonio Alexandre Pereira Trindade - Osmar Rodrigues Bento - Pedro de Souza Lira - Silis Campello Moslay - Mário de Mello Bittencourt - Raimundo Nonato Coelho - Gebes de Mello Medeiros

PROMOTORES DE JUSTIÇA: Altair Ferreira Thury - Amadeu Soares Botelho - América Amorim Antony - Arary Campos C. Lima - Ariosto Lopes Braga - Ary Tapajós Cahn - Blás Torres Filho - Danilo do Silvan - Eduardo Bentes Guerreiro - Fernando B. V. Gonçalves - Francisco Jorge Noronha - Frederico A. R. da Câmara - Giovanni Figliuolo - Hugo Coelho Cintra - José Lúcio Paiva - Juarez Tavares Bandeira - Lúcia Cistina C. Barros - Rafael Barbosa Amorim - Raimundo Carlos Sampaio - Renato Ribeiro da Rocha - Roger Oliveira Gama da Silva - Sebastião José M. de Paiva - Afonso Acampora - Francisco Sá P. Passos - Isaac Marcus Pinto - José de Araújo Mendes - Lauro Barbosa da Costa - Luiz Cartas Cáffaro - Sebastião Norões - Cássio de Gouvêa D. Cavalcante

Sumário

Apresentação	
Vicente Augusto Cruz Oliveira.....	11
Homenagem a Augusto Teixeira de Freitas	
Jussara Maria Pordeus e Silva.....	17
DOCTRINA	
A deslegalização no poder normativo das agências reguladoras	
José dos Santos Carvalho Filho.....	35
A determinação da natureza jurídica específica dos tributos: análise crítica do artigo 4º do CNT	
Carlos Alberto de Moraes Ramos Filho.....	53
A função social da propriedade e a preservação dos bens culturais	
Heloyza Simonetti Teixeira.....	87
Apontamentos sobre a cláusula “ <i>rebus sic stantibus</i> ”	
Carlos Alberto de Moraes Ramos.....	101
A processualidade administrativa no estado democrático de direito e a sindicância	
Ruy Malveira Guimarães.....	117
Aspectos jurisdicionais do meio ambiente	
Gláucia Maria de Araújo Ribeiro.....	165
Direito penal econômico	
Maurício Kalache.....	207
Fundamentos constitucionais e processuais civis para a atuação do Ministério Público na nova lei de falências	
Kátia Maria Araujo de Oliveira.....	231

Lei 11.106/2005: Novas modificações ao código penal brasileiro Renato Marcão.....	237
Normas gerais em matéria tributária. Princípios. Teoria da normatividade dos princípios. Fernando Florêncio da Silva.....	269
Os deveres processuais das partes e a efetividade do processo civil – Um estudo à luz do artigo 14, II, do CPC Rodrigo de Sá Barbosa.....	283
Reforma política do Estado e democratização Alexandre de Moraes.....	315

TRABALHOS FORENSES

Ação de retificação de registro civil – Mudança de nome e de sexo David Evandro Costa Carramanho.....	361
Ação Civil Pública Silvana Nobre de Lima Cabral.....	371
Parecer em investigação judicial eleitoral Cassação de diplomação Captação indevida de votos (compra) João Gaspar Rodrigues.....	395
Exma. Sra. Dra. Juíza da XXª zona eleitoral, comarca de Metrópolis/ AB Edimilson Barreiros Junior.....	439

Apresentação

Nos tempos presentes o Ministério Público tem se apresentado como o mais sólido bastião de defesa da sociedade. E para que não perca esse status impõe-se aos responsáveis pela sua administração o dever de empreender todos os esforços para o fortalecimento dessa instituição.

É da sabedoria universal que não existe país desenvolvido que não tenha feito grandes investimentos no desenvolvimento de sua cultura, aqui, entenda-se a ciência em todas as suas formas. Ao contrário, toda instituição forte tem sua base, os seus alicerces fincados na contínua preocupação com o aprimoramento de sua esfera cultural. A exemplo das grandes universidades, com a formação de seus respeitáveis corpos docentes, ganharam respeitabilidade e notoriedade, também, os Ministérios Públicos de vanguarda, que ao se preocuparem com a qualidade de seus membros, mantêm um Centro de Estudos ou uma Escola Superior em cujas atividades incluem-se cursos de aperfeiçoamento, de especialização e publicação de trabalhos de cunho científico ou profissional, tudo em busca da capacitação de seus membros, da aproximação com a sociedade e, acima de tudo, do fortalecimento da instituição para uma melhor promoção da justiça social.

Constata-se, hoje, que as funções do Ministério Público sofreram grande mutação em relação às normas idealizadas pelo Texto maior de 1988, ganhando substancial expansão de conteúdo, mesmo quando, em relação a certas matérias, ainda não tenha sido editadas normas infraconstitucionais que cooperariam para a definição de suas tarefas.

O preparo para o amplo espectro de atividades a cargo dos membros do Ministério Público efetivamente ocorre ao longo da carreira, por intermédio dos diversos eventos destinados ao aperfeiçoamento funcional e se reflete na produção científica e profissional, daí a necessidade da divulgação desse trabalho, sendo um dos meios mais eficientes uma revista especializada como essa, cujo 8º volume ora está sendo apresentado.

Fundada no ano de 2000, com o objetivo de publicar anualmente a doutrina e as peças forenses produzidas pelos

membros desta instituição, oportunidade posteriormente estendida a outros operadores do direito, a Revista do Ministério Público do Amazonas é uma prova material de que esta instituição vem desenvolvendo uma de suas importantes obrigações, qual seja a de discussão jurídica das relações sociais.

Merece louvor toda a produção científica e profissional angariada ao longo de todos os anos que passaram, o que levou a edição de nossa revista, a partir do ano de 2003, a obter o ISSN 1679 - 6233, cuja sigla corresponde a Número Internacional Normalizado das Publicações em Série.

O avançar do tempo implica na evolução da sociedade e no aumento da complexidade das relações estabelecidas pelas pessoas físicas e jurídicas. Isso tudo exige que as informações sejam mais atuais, a considerar que os informativos impressos concorrem com o modelo de comunicação imposto pela era da informática, onde a informação é bem real, instantânea. Diante de tal realidade, a nossa administração, através do seu Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional, seguindo aprovação do Conselho Editorial, decidiu aumentar de uma para duas o número de publicações desta revista, que, a partir do seu volume 7, passou a ser denominada de Revista Jurídica do Ministério Público do Amazonas, nomenclatura mais apropriada para o produto do informativo.

Com a veiculação das questões jurídicas objeto de discussões atuais, ou pelo menos mais recentes, aumentou a demanda pela leitura da nossa revista, assim como a procura de sua coordenação por profissionais do direito interessados em fazer suas publicações. Bibliotecas e órgãos públicos têm agradecido o recebimento dos exemplares, da mesma forma em que tecem elogios à qualidade do material publicado.

A preocupação com a qualidade da revista tem sido evidente a cada publicação. Nos últimos volumes, além da efetiva participação de membros do *Parquet*, do nosso e de outros Estados da Federação, de festejados professores de nossas universidades, constitucionalistas e administrativistas de elevado conceito nacional, como Luís Roberto Barroso, Alexandre de Moraes e José dos Santos Carvalho Filho também têm feito a divulgação

de suas doutrinas na nossa publicação periódica de pesquisa científica.

É com ações como essa que o Ministério Público do Estado do Amazonas alcançará o espaço reservado a ele pela Constituição da República, oportunidade em que renovo o meu reconhecimento ao instigante e árduo, mas compensador trabalho desenvolvido pelo Centro de Estudos e Aperfeiçoamento – CEAF/AM, assim como aos membros do Conselho Editorial desta Revista Jurídica, pelo brilhante trabalho ora apresentado.

Vicente Augusto Cruz Oliveira
Procurador-Geral de Justiça



Augusto Feixeira de Freitas

Nasceu no dia 19 de agosto de 1816, em Cachoeira/
Bahia e faleceu aos 12 de dezembro de 1883, em Niterói
no Estado do Rio de Janeiro.

HOMENAGEM A AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS¹

Jussara Maria Pordeus e Silva (*)

Augusto Teixeira de Freitas nasceu na cidade de Cachoeiras, província da Bahia, em 19 de agosto de 1816, fruto da união do barão e da baronesa de Itaparica, seus pais, Antônio Teixeira de Freitas Barbosa e Felicidade de Santa Rosa de Lima Teixeira, e faleceu, com 67 anos de idade, em Niterói, no Estado do Rio de Janeiro, aos 12 de dezembro de 1883, sofrendo das faculdades mentais.

Ingressou precocemente na Academia de Ciências Sociais e Jurídicas de Olinda, em Pernambuco, ainda com dezesseis anos, formando-se em 6 de outubro de 1837, com 21 anos de idade -, façanha essa possível naqueles tempos, quando não se tinha a extensão curricular de hoje -, apesar de ter cursado os 2º e 3º anos em São Paulo para onde se transferiu em

* Promotora de Justiça, Mestre em Direito Ambiental pela UEA, Pós-graduada em Direito Público e Administrativo pela UFAM, Pós-graduada em Direito Público e Privado pelo ISAE/FGV, professora da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Amazonas, professora da Pós-graduação da Faculdade de Direito do Centro Universitário Nilton Lins, ex-professora da Escola da Magistratura, Coordenadora do Núcleo de Direito à Cidade do Programa de Mestrado em Direito Ambiental da UEA, Coordenadora do Núcleo Estadual da Campanha Plano Diretor Participativo, membro do Conselho Editorial da Revista Brasileira de Direito Ambiental e representante do Ministério Público no Projeto FAPEAM "Implementação do Estatuto da Cidade nos municípios do Amazonas" - Fases 1 e 2, Co-autora da Cartilha "Planos Diretores na Amazônia", editada pelo Ministério das Cidades e que teve tiragem de 20 mil exemplares distribuídos em toda a Amazônia, Revisora Geral e membro do Conselho Editorial desta Revista.

¹ Para maior conhecimento sobre Augusto Teixeira de Freitas, confira a obra de Aloysio Tavares Picanço, escrito em co-autoria com o seu saudoso pai Melchiades Picanço: *4 juriconsultos brasileiros*. Rio de Janeiro: Peneluc, 2004. A obra contém, ainda, estudos sobre os eminentes juristas Rui Barbosa, Clóvis Beviláqua e Lafayette Rodrigues Pereira. Mas os maiores biógrafos do homenageado foram: Sá Viana, elaborador da primeira biografia de Freitas, editada 20 anos após a morte de Freitas e Silvio Meira, obra cedida gentilmente pelo IAB ao nosso CEAF para que pudéssemos enriquecer esta homenagem.

fins de 1932, tendo retornado a Olinda onde concluiu o curso, após incidente com membros de uma das bancas examinadoras.²

Indagação comum dos biógrafos de Freitas se faz no sentido de que: como poderia ter saído formado³ daquele lugar inóspito – a Academia de Olinda⁴ que funcionava naquela época no Mosteiro de São Bento, distante da capital Recife – dez anos depois de sua fundação, o maior gênio jurídico das três Américas, quando se tinha um corpo docente com tão poucos mestres e sem muita experiência com o Direito?⁵

E, realmente não é fácil de explicar como alguém pudesse chegar a tão grande discernimento acerca de uma ciência com tamanha escassez de recursos, isso porque, quando Teixeira de Freitas começou os seus estudos sobre matéria jurídica, o Brasil não possuía meio jurídico próprio. As Faculdades de São Paulo e de Olinda, fundadas concomitantemente existiam há apenas cinco anos; as leis civis brasileiras buscavam inspiração na legislação portuguesa, principalmente nas Ordenações do Reino; quase não existiam livros jurídicos de autores nacionais; os tribunais pátrios decidiam na esteira dos tribunais portugueses; troca de idéias entre os estudiosos do Direito era coisa rara.⁶

Mas, apesar de todas essas dificuldades e carências, fato ressaltado por todos os seus biógrafos é que Freitas tinha

² Depois do incidente com a Banca Examinadora composta pelos professores da Academia de São Paulo, Clemente Falcão de Souza e Francisco José Ferreira Batista em 1835, Teixeira de Freitas, então com 18 anos, teria interrompido o Curso e se deslocado para Olinda e depois para a Bahia, onde permaneceu durante todo o ano de 1836, razão por que recebeu o diploma somente no ano de 1837 – Cf. MEIRA, Sílvio. *Teixeira de Freitas o Jurisconsulto do Império*. 2 ed. Brasília, 1983.

³ O diploma de Augusto Teixeira de Freitas, obtido em 1837, expedido pela Faculdade de Direito de Olinda, encontra-se em perfeitas condições de conservação. Nenhum sinal de deterioração pelo tempo. É uma peça rara e das mais importantes do museu do Instituto dos Advogados Brasileiros.

⁴ Fundada em 1827 por Fernandes Pinheiro, instalada inicialmente num salão do Mosteiro de São Bento.

⁵ MEIRA, Sílvio. *Teixeira de Freitas o Jurisconsulto do Império*. 2 ed. Brasília, 1983. p. 40.

⁶ VIANA, Manuel Álvaro de Souza Sá. *Augusto Teixeira de Freitas, Traços Biográficos*. RJ, 1905, p. 36/95.

indubitavelmente uma vocação jurídica nata e excepcional, tendo alcançado com seu talento, seu auto-didatismo e sua perseverança, aprimorar seus conhecimentos, evidenciando-se como exímio jurista, tão logo concluiu o bacharelado em Direito.

E a nossa admiração pela genialidade jurídica de Freitas se torna ainda maior, justamente quando se percebe que ele foi produto quase que exclusivamente do seu próprio esforço, tendo recebido pouca ajuda do meio em que vivia e de seus mestres. Freitas foi um estudioso com imensa intuição jurídica, intuição essa que, a saltar d'olhos, tinha qualquer coisa de singular e imensurável.

Seu casamento ocorreu, antes de sua diplomação, aos 9 de maio de 1836, com sua prima Matilde Teixeira de Lima, com quem formou uma numerosa família, gerando dez filhos: 1) Matilde Augusta Teixeira de Freitas; 2) Augusta Vicência Teixeira de Freitas; 3) Dr. Augusto Teixeira de Freitas Júnior; 4) Helena Augusta Teixeira de Freitas; 5) Leonor Augusta Teixeira de Freitas Horta; 6) Antônio Teixeira de Freitas; 7) Isabel Augusta Teixeira de Freitas e, ainda, 8) Augusto; 9) Manuel e 10) José, falecidos, os três últimos, na infância⁷. Esse ano marcou também o falecimento de seu pai, o que retardou a sua formatura para o ano seguinte.

Após a formatura regressou à sua terra de origem, onde foi nomeado **Juiz de Direito da capital da Bahia** por um dos chefes da "Sabinada" tendo sido, em consequência, processado como participante desse movimento revolucionário. Absolvido nesse processo, **mudou-se para o Rio de Janeiro** onde se estabeleceu na década de 40 e, já em 1843, com 27 anos de idade, fundou – junto com outros – o Instituto dos Advogados Brasileiros.⁸

Quatorze anos depois Freitas seria Presidente do IAB, porém não permaneceu muito tempo nesse cargo, em face de acirrada discussão com Caetano Alberto Soares acerca de sua tese sobre

⁷ MEIRA, SÍLVIO. *Opus cit.* p. 38.

⁸ CARNEIRO, Levi. Estudo Crítico-Bibliográfico, publicado pelo Ministério da Justiça na edição de 1952. *Código Civil, Esboço 1, Teixeira de Freitas*. Ministério da Justiça 1983.

a condição de filho de escrava, libertada em testamento, com a obrigação de continuar a servir a um herdeiro do *de cuius*, enquanto vivesse⁹. Em sua carta de renúncia justificou sua decepção e tristeza por ter sido taxado de “nimiamente romanista” o que, todavia, para ele era uma honra pois, no seu entender, era nas leis e doutrinas do direito romano que estava depositada toda a filosofia do direito.¹⁰

Em 1845, com 29 anos de idade, Freitas é nomeado como advogado do Conselho de Estado. Atribui-se essa altíssima honraria ao fato de que seu nome já havia se projetado como profissional e jurisconsulto. Sua Banca de advogado, no beco das Cancelas, nº 4, crescia dia a dia e seus pareceres eram recebidos com respeito pelos colegas e magistrados, fazendo com que sua fama chegasse até a Corte, não vacilando o Imperador em nomeá-lo para cargo de tamanha responsabilidade.¹¹

Dez anos depois, em 1855, antes mesmo do ora homenageado completar 40 anos de idade, o governo imperial confiou a Augusto Teixeira de Freitas, por contrato, a elaboração de sua mais importante obra, ou seja, a *Consolidação das Leis Civis*, isso pelo fato de haverem se acumulado numerosas leis avulsas sobre a égide das Ordenações Filipinas e baseadas em princípios do século XVII, sendo então necessária coordenar a sistematização primeiramente para que se pudesse empreender a codificação determinada pela Constituição de 1824.¹²

Esse contrato foi honrado por Freitas integralmente em 3 anos, consolidando 1.333 artigos comentados, excluindo, propositadamente, a parte referente à escravidão. Nomeada comissão de juristas de renome para rever a Consolidação, foi recomendada ao governo sua aprovação com louvor, tendo o Governo imperial prontamente atendido à recomendação.¹³

⁹ Freitas entendia que os filhos, em tais condições, nasciam escravos enquanto seu opositor Carlos Alberto Soares, ao contrário, entendia que os filhos de escrava libertada em testamento nasciam livres.

¹⁰ VIANA, Sá. *Augusto Teixeira de Freitas*. p. 36/95.

¹¹ MEIRA, Sílvio. *Opus cit.* p. 79.

¹² CARNEIRO, Levi. *Opus cit.* p. XI.

¹³ *Idem*, p. XII.

Como reconhecimento de tão valoroso trabalho que alcançara o cume da ciência jurídica pátria no dizer de Valladão¹⁴ e o momento mais alto do pensamento jurídico americano no entender do jurista argentino Martinez Paz¹⁵, em 1859, recebia Teixeira de Freitas, de José Tomás Nabuco de Araújo, então Ministro da Justiça, o encargo de elaborar o anteprojeto de Código Civil.¹⁶

Historia, Carneiro Levi¹⁷, que as edições da Consolidação se sucederam, cada vez mais desenvolvida, mas apenas em 1877 fez publicar o primeiro volume dos *Aditamentos à Consolidação*, em complemento à sua grandiosa obra, que tivera a pretensão de publicar anualmente, mas que se cingiu a esse único.

Em 1860, o gênio jurídico de Freitas foi muito além das expectativas, levando-o a apresentar o anteprojeto que ele próprio classificou de um *Esboço do Código Civil*. O Esboço ia sendo publicado em tomos ou fascículos pela tipografia universal de Laemmert. Terminou o ano de 1861, contudo, sem que o trabalho ficasse pronto, prorrogando-se o prazo até junho de 1864. Todavia, em dezembro de 1861, apesar de prorrogado o prazo, foi-lhe suspenso o pagamento mensal estipulado no contrato.¹⁸

Em abril de 1865, quando já publicados mais de 3.700 artigos, instalou-se a Comissão Revisora do *Esboço*. Esse trabalho, embora tenha se estendido até agosto desse mesmo ano, com a participação de Teixeira de Freitas, não passou do art. 15. A Comissão mostrou-se incapaz de realizar o trabalho de revisão que, naquela marcha, por observação de Joaquim Nabuco, levaria cerca de cem anos.¹⁹

¹⁴ VALLADÃO, Haroldo. Estudo Crítico-Bibliográfico, publicado pelo Ministério da Justiça na edição de 1952. *Código Civil, Esboço 1, Teixeira de Freitas*. Ministério da Justiça 1983, p. XLIII.

¹⁵ PAZ, Martinez apud VALADÃO, Haroldo. *Opus cit.*, p. XLV. Esse autor escreveu uma obra sobre Freitas e a influência sobre o Código Civil argentino.

¹⁶ CARNEIRO, Levi, *Opus cit.*, p. XII

¹⁷ *Idem Ibidem*.

¹⁸ VIANA, Sá apud CARNEIRO, Levi. *Idem ibidem*.

¹⁹ NABUCO, Joaquim. *Um estadista do Império*, III, pg. 510, nota 1 apud CARNEIRO, Levi, *opus cit.*.

A obra jurídica de Freitas segue provavelmente até 1881 segundo Carneiro²⁰, mas em carta ao Ministro da Justiça de 1866, afirmou que já haviam sido publicados 3.702 artigos e que mais 1.314 se encontravam no prelo, somando 5.016 artigos, além de mais de 200 em manuscritos quase concluídos, sobre direitos reais em coisa alheia.

O sétimo e último fascículo atingiu 4.908 artigos. Faltou apenas a publicação de 108 artigos que já estavam no prelo e mais os já referidos mais de 200 manuscritos. De 308 artigos, portanto, não se sabe o destino, levando a crer que Teixeira de Freitas não teria elaborado o livro referente aos direitos em geral – sucessões, concurso de credores, prescrição. Declarou que a obra estava praticamente concluída, mas não mais avançou como previa-se da sua carta-renúncia ao Ministro.²¹

Sá Viana *apud* Carneiro dá indicação de que o novo Ministro, Martim Francisco, não aceita a renúncia de Freitas, manifestando satisfação do Governo pelo trabalho realizado e demonstrando confiança no seu término. Refere-se, ainda, à necessidade da revisão do Código Comercial depois de aprovado o Código Civil, o que já divergia do projeto de Freitas que idealizava um só Código abrangendo as duas matérias.²²

Conforme Carneiro, em 1869 o então Ministro José de Alencar, que não chegou a apreciar parecer que opinou pela aceitação do *Esboço* de Freitas – emitido por insignes membros do Conselho de Estado – considerou rescindido o contrato com Teixeira de Freitas, por decurso tanto do prazo original (1861), quanto de sua prorrogação (1864).²³

Nos conta, ainda, o mesmo autor que o Ministro que reconhecia as altas faculdades do esboço de Freitas como trabalho científico, mas muito prematuro como elemento legislativo, outrossim, recomendou que se tomasse por base a Consolidação para – com alguns desenvolvimentos necessários – fosse

²⁰ CARNEIRO, Levi, *opus cit.*, p. XIV.

²¹ Cf. VIANA, Sá em referência a Carta de Freitas ao Sen. Nabuco *apud* CARNEIRO, Levi. *Idem ibidem*.

²² CARNEIRO, Levi. *Opus cit.*, p. XV.

²³ *Idem*, p. XVII/XVIII.

organizado o projeto do Código Civil brasileiro. Quanto ao Esboço foi acolhido com maior frieza e descaso do que a Consolidação que ao reverso desta, não se destinava a aplicação imediata.²⁴

Em 1872, outro Ministro da Justiça, Duarte de Azevedo, declarou inaceitável e menosprezou a proposta de Freitas, considerando rescindido o contrato de 1859. A razão apontada seria o empenho em não dilatar por mais tempo a organização do Código Civil mas, observa Carneiro Levi que, não obstante, o Código só veio a ser aprovado 44 anos mais tarde. Freitas aceita a rescisão do contrato, sentindo-se hostilizado surdamente e incompreendido, mas não havia quem o estimulasse a concluir o anteprojeto que entendia já quase pronto e completo. Ficaria como obra doutrinária.²⁵

Encerra Carneiro Levi²⁶ - como ele mesmo denomina de os lances culminantes da vida de Teixeira de Freitas” -, citando que em 1881, quando já se adensava as sombras da desordem mental, publica Teixeira de Freitas uma edição atualizada do Tratado dos Testamentos de Gouveia Pinto, deixando de se referir a si próprio no prefácio em despreço as suas grandiosas obras anteriores que a seu ver tinham tido acolhida quase desdenhosa.

É certo que a obra de Freitas sofreu muitas e severas críticas, assim como foi atingido por ataques de tal monta, que, adicionados a estafa com as pesquisas e estudos efetuados para a realização do contrato, chegaram a atingir sua lucidez, emergindo uma insanidade mental. Todavia, muitas de suas idéias se acham atuais para os dias de hoje e para o Código Civil brasileiro recentemente aprovado.

Teixeira de Freitas estava deslocado no tempo e no espaço e seu espírito criativo, para expandir-se, reclamava ambiente adequado, um meio cultural consentâneo com a elevação de seus ideais, com a grandeza de seu espírito, com o

²⁴ *Idem*, p. XVIII.

²⁵ *Idem*, p. XIX.

²⁶ *Idem*, p. XIV e XX.

arrojo de suas concepções, que encontraram justa e merecida ressonância no Exterior e, porque não dizê-lo, em alguns brasileiros como Nabuco de Araújo, que o incumbiu, na qualidade de ministro da Justiça, em 1859, de elaborar o projeto do Código Civil brasileiro.

Desgostoso e magoado com o desfecho do encargo assumido que era a razão de sua vida, Teixeira de Freitas afastou-se do Rio de Janeiro para fixar residência em Curitiba, na então Província do Paraná, onde permaneceu até 1875 ou 1876, segundo supõe Silvio Meira, ou pouco mais, dali retornando à cidade de Niterói. Pôde, ainda, entregar ao prelo da Livraria Garnier os originais de seu inestimável “**Vocabulário Jurídico**”, em boa hora reeditado pela Editora Saraiva, de São Paulo, com prefácio de Silvio Meira e apresentação do prof. Alcides Tomaseti Jr., como homenagem à memória de quem tanto engrandeceu a Pátria, sem maiores recompensas.

(...)

Teixeira de Freitas faleceu no dia 12 de dezembro de 1883, aos 67 anos de idade, praticamente esquecido, e com as faculdades mentais abaladas, sendo sepultado no cemitério de Marui, em Niterói, onde jazem seus restos mortais, à espera do reconhecimento dos brasileiros, beneficiários de sua grande obra.²⁷ (grifos nossos)

²⁷ LÉVAY, Emeric. A Codificação do Direito Civil Brasileiro pelo juriconsulto Teixeira de Freitas. O autor é Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo/Coordenador do Museu do Tribunal de Justiça/SP. Disponível no site http://pt.wikipedia.org/wiki/Augusto_Teixeira_de_Freitas e no site http://www.tj.rs.gov.br/institu/memorial/RevistaJH/vol2n3/08-%20EMERIC_LEVAY.PDF em 28/10/2006.

Quanto ao conteúdo em si, Augusto Teixeira de Freitas - autor do primeiro projeto de código civil para o Brasil -, realmente sofreu várias dificuldades, dentre elas, em articular as restrições que a visão moderna de direitos da pessoa (civada de individualismo) impôs ao *pátrio poder*, que no Brasil se manteve fundado numa concepção ainda medieval sobre autoridade na família. Ademais as concepções modernas no campo do direito de família tinham no individualismo do Código Napoleônico sua base primeira de sustentação. Não obstante se espriar pela Europa a influência napoleônica no início do XIX, surgiu uma expressiva ideologia revolucionária que provocou o processo de secularização, mesmo em sociedades manipuladas pela Igreja, como eram Portugal (e Brasil), Espanha e Itália.²⁸

Ressalta-se, ainda, outros obstáculos de ordem emocional e afetivo-religiosos: Augusto Teixeira de Freitas tinha uma enorme dificuldade de aceitar a idéia de casamento fora do controle da Igreja. Evidentemente, não estamos deixando de considerar outros obstáculos e dificuldades que levaram seu empreendimento ao fracasso, já exaustivamente apontados pelos autores do campo do Direito no Brasil, relacionados à sua oposição à escravidão. No entanto, consideramos estes obstáculos afetivo-religiosos como mais decisivos para o fracasso do primeiro projeto de código civil no Brasil.²⁹

Estudiosos da biografia de Teixeira de Freitas, vêem a sua obra como uma reação ao Código de Napoleão e a uma tendência de sua adoção indiscriminada por países tanto europeus quanto Sul-Americanos. Freitas, assim como fizera com as *Institutiones* de Justiniano e o seu *Digesto*, criticou o Código de Napoleão por achar este sem uma orientação metodológica e, mesmo assim, usado como guia para várias nações.

Portanto, a *Consolidação* e o *Esboço*, pelo seu método e doutrina, foram suficientes para apontá-los ao mundo como uma nova vertente do Direito, contrapondo-se ao Código de

²⁸ Anthoine de Saint-Joseph (1856), *Concordance entre les codes civils étrangers et le code napoléon* apud Gizlene Neder e Gisálio Cerqueira Filho in *Os Filhos da Lei*, Revista Brasileira de Direitos Sociais, vol. 16, n^o 45, São Paulo, Fev/2001.

²⁹ *Idem ibidem*.

Napoleão, vale lembrar que este influenciou os códigos Sul-Americanos, Europeus (incluindo a própria Alemanha) e Asiáticos.

Segundo já havia afirmado René David³⁰, Freitas foi quem, primeiro no mundo, teve a idéia de distribuir as matérias compendiadas num código civil, em parte geral e especial, antecipando neste ponto ao gênio alemão, "tão propenso às especulações e sistematizações e que mais tarde, indiretamente, sem o saber, o tomara como espécie de paradigma, ao menos em suas linhas gerais, no seu estatuto civil de 1896", mostrando o vanguardismo de Freitas não só em relação ao Código Alemão, mas também ao direito mundial como daremos mais exemplos no discorrer do texto.³¹

E a história está aí para confirmar que, somente decorridos cinquenta e cinco anos, após as tentativas dos eminentes juristas Nabuco de Araújo, Felício dos Santos e Coelho Rodrigues, conseguiu Clóvis Beviláqua ver aprovado, pelo Legislativo e pelo Executivo, o seu projeto do Código Civil Brasileiro no qual, diferentemente do que tinha sido feito por Augusto Teixeira de Freitas em seu Esboço, não foi incluída a parte referente ao Código Comercial.

Contudo, incontestável afirmar que o *Esboço* de Freitas, somado à monumental e gigantesca obra da *Consolidação*, era trabalho de gênio. Com os seus estudos e trabalhos jurídicos, Freitas passou a ser reconhecido em toda a América. A Argentina³², o Paraguai, o Uruguai, e seus próprios juristas confessam, usaram a obra de Freitas para servir de base à elaboração dos seus Códigos. Outras nações serviram-se das produções de Freitas na preparação dos Códigos reguladores da vida civil de cada uma. Os Códigos posteriores à obra de Freitas,

³⁰ No Doutorado da Faculdade de Direito de Paris, René David realizou estudo sobre Teixeira de Freitas e longo exame da *Consolidação*, no seu curso de Direito Civil Comparado, em 1948/1949. Cf. Haroldo Valladão, *opus cit.* p. XLVI.

³¹ René David in "Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo", 2ª edição, p. 108, nota 10 *apud* José Gomes B. Câmara, p.162.

³² No exterior, a admiração pelo gênio jurídico de Freitas não é menor do que no Brasil. É tido como a maior cerebração jurídica das Américas, é chamado pelos argentinos de "Oh! Don Freitas!".

como os da Alemanha, Suíça, Rússia e Itália, sofreram a sua influência.³³

Impõe-se destacar, também, a opinião do eminente e saudoso professor Haroldo Valladão sobre Augusto Teixeira de Freitas, no sentido de que este concebeu um sistema inédito e original de Direito Internacional Privado:

Pois bem, o genial Freitas concebeu um sistema original e profundo de Direito Internacional Privado, que corporificou no seu maravilhoso Esboço podendo vangloriar-se de ter produzido o primeiro projeto orgânico e com base científica de legislação sobre conflitos de leis, quer nas Américas, quer no Mundo.³⁴

Na visão, portanto, de Haroldo Valladão, Freitas foi pioneiro em matéria de Direito Internacional Privado, em todo o mundo. É de se ressaltar que Valladão era um internacionalista respeitado e admirado em todos os países.

A admiração por Teixeira de Freitas no Brasil e nas Américas é imensurável. Conta Picanço³⁵ que, todavia, há um momento em especial em que se alcançou o clímax do culto a Freitas no Brasil. Foi em sessão realizada no Instituto dos Advogados Brasileiros, sob a presidência de Rui Barbosa, em homenagem ao Centenário de Freitas e em que foi orador oficial Clóvis Beviláqua. Imagine-se a magnitude da solenidade: homenageava-se Augusto Teixeira de Freitas, presidia à sessão Rui Barbosa e era orador oficial da solenidade Clóvis Beviláqua.

Conta o referido autor que, naquela ocasião, disse Rui Barbosa, na Presidência do Instituto dos Advogados Brasileiros, da Cadeira de Montezuma: **“Para falar sobre o maior civilista**

³³ É o que informa Sílvio Meira in Teixeira de Freitas, o Jurisconsulto do Império, p. 387.

³⁴ *Apud* Sílvio Meira. Teixeira de Freitas, *O Jurisconsulto do Império*, p. 387.

³⁵ PIKANÇO, Aloysio Tavares escrito em co-autoria com o seu saudoso pai Melchiades Picanço: *4 jurisconsultos brasileiros*. Rio de Janeiro: Peneluc, 2004. A obra contém, ainda, estudos sobre os eminentes juristas Rui Barbosa, Clóvis Beviláqua e Lafayette Rodrigues Pereira.

morto, concedo a palavra ao maior civilista vivo.” Ressalte-se a grandeza de Rui Barbosa, considerando que, após ter polemizado com Clóvis Beviláqua de forma determinada, inclusive tendo escrito a célebre Réplica, reconhece o grande valor de jurista, proclamando, da curul presidencial da Casa de Montezuma, Beviláqua o maior civilista brasileiro vivo.³⁶

Realmente é motivo de grande orgulho para o nosso país, a profunda produção científica na área do direito brasileiro elaborada pela figura do célebre advogado e jurista baiano Augusto Teixeira de Freitas. *A Consolidação das Leis Civis* e o famoso *Esboço de Freitas*, indubitavelmente influenciaram o direito civil mundial, não só pela sua técnica utilizada, mas também pela sua produção doutrinária nelas expressadas.

Assim se pronunciou o professor Guilherme L. Allende, catedrático de Direito Civil da Universidade de Buenos Aires, falando sobre o gênio de Freitas:

[...] lá, a longínqua e altíssima Belém, mais próximas e mais terrenas, Yapeyu, Amboy... Cachoeira pode dizer a orgulhosas cidades americanas: Não tenho tuas universidades, mas, em compensação, aqui nasceu Freitas, que vale – quem sabe – por muitas universidades.

E elas inclinam a frente.

E como deixar de incliná-la, se o seu nome representa o gênio jurídico em toda a sua magnitude e esplendor? Tanto assim que se, ao invés de no século XIX, houvesse nascido nos primórdios da nossa era, e os homens do Lácio tivessem conhecido seu pensamento, da lei de Citas não teriam constado cinco nomes, senão seis. A orgulhosa e altiva Europa, a quem tanto devemos, deve, porém, olhar mais para a América Latina; deve aprender, por exemplo, que desde a queda do Império Romano, apesar dos séculos transcorridos, ela não produziu um gênio jurídico

³⁶ Cf. Sílvio Meira. *Clóvis Beviláqua. Sua Vida. Sua Obra*, p. 266.

maior que Freitas, e que, para igualá-lo, precisou misturar sangue alemão e francês em solo alemão...".³⁷

Embora os juristas e legisladores brasileiros, na época, não tenham dado a importância merecida ao *Esboço* de Freitas, até mesmo porque este fora apresentado em fascículos e, por isso, encontrava-se disperso na época, a obra chegou às mãos do grande jurista argentino, Velez Sarsfield, que trabalhava, desde 1864, no projeto de redação do Código Civil Argentino e estava em dúvida quanto ao método que utilizaria na sua confecção. Como se houvesse uma solidariedade Sul-Americana, Sarsfield adotou, como base do seu projeto codificador da Argentina, o esboço de Freitas sendo seguido por outras nações Latino-Americanas como o Paraguai e, em parte, o Uruguai.

A sua obra se fez sentir, ainda, no Código Civil Paraguai, (pois este era muito parecido com o Argentino) um pouco no Código Civil Uruguaio, já que este recebera influência do Chileno elaborado por Andrés Bello que, por sua vez, fora influenciado pelo francês. Vale lembrar que o Código Civil Chileno fora muito criticado "por não possuir uma palavra sobre analfabetos, como se o Chile de 1855 não abrigasse imensa massa populacional de tais categorias".³⁸

Freitas almejou em seu projeto de Código Civil a incorporação do direito comercial no direito civil antecipando-se a Vivante que propusera essa tese em 1892 sendo mais adiante concretizada na aprovação do Código Civil Italiano de 1942 que ab-rogou o Código de Comércio de 1882 e o Civil de 1865. Indo um pouco mais longe, o Código Civil chinês, ao contrário de japonês que sofrera influência do francês, se filia ao Código Civil brasileiro de 1916 (Clóvis Beviláquia) e ao alemão de 1896 e, através deles, lembra o plano de Teixeira de Freitas, ao apresentar um livro I de Princípios Gerais

³⁷ Placa inaugurada na cidade de Cachoeira, Bahia, em 27 de novembro de 1977, no Fórum, antiga casa de Teixeira de Freitas.

³⁸ MEIRA, Sílvio. *Projeção internacional de Obra do Jurisconsulto Teixeira de Freitas*, Revista do IAB, nº 61, p.19.

subdividindo-os em capítulos e, apesar de Civil, estão presentes preceitos de direito Comercial.

Vale trazer à lume as fontes de conhecimento de Freitas, a saber, a doutrina por ele estudada para elaboração de sua obra, tendo buscado inspiração, com mais ou menos intensidade: na tradição lusitana, representada especialmente pelas ordenações; o direito romano, o qual assimilara no curso em Olinda, com particularidade para o Digesto e as Institutiones; a doutrina Alemã com realce em Savigny e outros tais como Jhering, Mackeldey; a doutrina francesa, especialmente em Cujacio, Pothier, Ortolan, Demolombe, Dalloz; a doutrina portuguesa com Joaquim José Caetano Pereira, José Homem Correa Teles, Joaquim Couveia Pinto; a obra de pensadores como Bacon, Bentham, Leibnitz; as codificações de Prússia (1794), da Luisiana, da Sardenha, do Chile, da Áustria, da Espanha e dos Cantões da suíça e outras.

Ao procederem um levantamento quantitativo acerca do país de origem das referências bibliográficas contidas no *Esboço de Código Civil* de Augusto Teixeira de Freitas, Gizlene Neder e Gisálio Cerqueira Filho, afirmam que podemos inferir algumas questões significativas no sentido de que encontra-se um leque de referências bibliográficas bastante restrito (um total de 106 obras), com a remissão exaustiva a umas tantas obras, como o *Traité du droit Romain* de Von Savigny. De outro lado, ressaltam, haver um conjunto expressivo de referências a códigos e leis, no mais fino estilo dos comentários jurídicos pré-modernos.³⁹

Porém, a originalidade e o ineditismo de idéias constantes em sua obra, evidenciados em pontos básicos, como por exemplo, a distinção elaborada por ele, entre a capacidade de direito e da fato, não feita por Savigny e desenvolvida apenas por von Bar na Alemanha em 1860 e na França com Dreyfus em 1904.⁴⁰

³⁹ In 'Os Filhos da Lei', *Revista Brasileira de Direitos Sociais*, vol. 16, n. 45, São Paulo, Fev/2001.

⁴⁰ VALADÃO, Haroldo. Teixeira de Freitas, o jurista excelso do Brasil e da América, *Revista do IAB* n° 61, p. 105.

Politicamente falando, o ponto que merece destaque, principalmente para os internacionalistas, é o **instituto do domicílio**, pois o de maior relevo, nesse aspecto, em seu *Esboço*. O art. 4º versa sobre os efeitos do lugar determinado, a legislação civil aplicável, a jurisdição e a competência das autoridades judiciais do Império. Relativamente às pessoas, o lugar aparece como **residência ou domicílio**, sendo este a certeza do lugar em que as pessoas existem, a sede jurídica da pessoa. E este ainda ele o **subdivide** em voluntário (de acordo com a aplicabilidade, pode ser geral ou especial) e legal ou necessário, distinguindo o domicílio de origem que é onde a pessoa nasceu.

A importância se dá na medida em que o que importa é o domicílio, a sede jurídica da pessoa e, não, a sua nacionalidade regulando-se pela lei brasileira a capacidade de fato mesmo se tratando de atos praticados em país estrangeiros, ou de bens existentes em país estrangeiro. Essa opção pela troca de nacionalidade pelo domicílio teve um profundo contexto político, visto que constava na constituição imperial do país recém independente a autonomia da ordem jurídica privada refletido no instituto do domicílio.

Foram nessas circunstâncias que surgiram as **obras de Freitas em que se destaca o “método”** utilizado no que concerne a exposição ordenada e coerente do sistema de direito positivo, **mas também na “técnica”** utilizada para solução de problemas decorrentes da aplicação do direito.

Não caberia aqui, com limitação de páginas, a apreciação justa e completa da vida e obra de Teixeira de Freitas. Cabe, porém, ressaltar que seu pensamento político já apresentava **naquela época uma tendência para a liberdade individual** - tão remota no Brasil imperial -, mas que era uma de suas idéias fundamentais:

A liberdade é o homem. A liberdade em política jamais teria o nome de direito se os povos se houvessem remido das instituições opressivas; a

e na vida civil não teria correlativo, se não fora o abuso da escravidão.⁴¹

Vale destacar, ainda, as palavras de Caio Mário, quando afirmou que Teixeira de Freitas “desbravou a selva selvagem da legislação desordenada, e fixou rumos à doutrina difusa”, imprimindo ao direito brasileiro “o cunho da unidade fundamental, que lhe valeu as qualidades de sistema que haveria de servir de modelo a outros sistemas”.⁴²

Finalizando uma palestra longa e caudalosa na sede do Instituto dos Advogados Brasileiros, em homenagem a Augusto Teixeira de Freitas, Haroldo Valladão assim se pronuncia:

“Bendita seja a sua grandiosa intransigência, bendito seja o sacrifício de sua vida a um ideal, pois se tornou o **Mártir da Ciência Jurídica pátria**, e foi, é e será, para sempre, o nosso pendão, o nosso hino, a nossa glória.”⁴³

A nação brasileira vem tentando amortizar sua dívida com um dos maiores expoentes do direito que morreu paupérrimo, deixando sua família na indigência, quando poderia ter falecido milionário, se não tivesse trocado seu trabalho como advogado, pela elaboração de suas obras de Direito que, também poderia ter-lhe rendido bons frutos, não houvesse sido explorado por seus editores, apesar de ter prestado vários serviços à Pátria e ter deixado numerosos e importantes trabalhos, dentre eles o que serviu de base à elaboração do Código Civil brasileiro.⁴⁴

⁴¹ Palavras de Freitas colhidas na carta que escreveu ao Ministro da Justiça em 20 de setembro de 1867 citada - VIANA, Sá *apud* CARNEIRO Levi. *Opus cit.*

⁴² Relatório de 25 de dezembro de 1963. Coelho Rodrigues, Felício dos Santos, Carlos de Carvalho lavraram no eito da Consolidação e do Esboço (Anteprojeto de Código de Obrigações, Rio, 1964, Exposição de Motivos, p.6).

⁴³ VALLADÃO, Haroldo. *Opus cit.*, p. LX.

⁴⁴ BOCANERA JR, Sílio in *Babia Epigráfica etc. Dr. Augusto Teixeira de Freitas*, p. 165 *apud* MEIRA, Sílvio. *Opus cit.* p. 487. Esse mesmo autor retrata que em 1884 uma comissão de advogados e magistrados constituiu-se para angariar donativos, em todo o Brasil, para garantir a subsistência de sua família.

Doutrina

“A DESLEGALIZAÇÃO NO PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS”

José dos Santos Carvalho Filho (*)

Sumário: 1. A desestatização - 2. Agências reguladoras - 3. O poder normativo das agências reguladoras - 4. Natureza jurídica do poder normativo - 5. A deslegalização - 6. Conclusões - Bibliografia.

1. A desestatização

A partir do momento em que o Estado brasileiro decidiu modificar o papel estratégico que até então vinha desempenhando e criou o Plano Nacional de Desestatização – PND (Leis nº 8.031/90 e 9.491/97), tornou-se necessário instituir sistema por meio do qual se pudesse exercer controle sobre as pessoas privadas, às quais foi adjudicada a incumbência de prestar alguns serviços públicos em lugar do próprio Estado ou de suas criaturas.

Os objetivos fundamentais do referido Plano, expressos no direito positivo, não deixaram qualquer dúvida quanto ao que se pretendia implantar. O alvo primordial, contudo, era o de *“reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público”*.

¹ Outro fim, daí decorrente, era o de permitir que a Administração Pública viesse a concentrar *“seus esforços nas atividades em que a presença do Estado seja fundamental para a consecução das prioridades nacionais”*.² Não obstante, se é verdade que esses eram os objetivos fundamentais, não menos verdadeiro é o fato de que o grande elemento inspirador da alteração do papel estratégico do Estado residia no crescente e devastador *deficit* público, que ameaçava,

* Procurador de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Prof. da UFF – Univ. Federal Fluminense (Pós-graduação), Prof. da EMERJ – Escola da Magistratura do Rio de Janeiro, Prof. da FEMPERJ – Fundação Escola do Ministério Público do Rio de Janeiro, Mestre em Direito (UFRJ)

Membro do IBDA – Instituto Brasileiro de Direito Administrativo.

¹ Art. 1º, I, Lei nº 9.491/97.

² Art. 1º, V, Lei nº 9.491/97.

inclusive, a estabilidade das instituições, resultando daí imprescindibilidade inadiável de sanear as finanças públicas.³

Nestas linhas não se levantarão questionamentos sobre a conveniência ou não dessa nova ordem, até porque só o futuro poderá demonstrar o acerto ou equívoco da mudança. Ainda é prematuro extrair conclusões; o jurista tem o dever de não ser açodado. Da mesma forma, não há filiação a esta ou aquela corrente ideológica. Cabe-nos apenas estudar o tema em foco à luz do que já enuncia o direito posto.

O certo é que, transferidos certos serviços públicos a pessoas do setor privado, o Estado não teve outra alternativa a não ser a de criar organismos incumbidos da execução do controle sobre os novos prestadores. Afinal, era preciso considerar que a transferência de tais atividades não converteria os serviços públicos em atividades privadas e, se assim era, não se poderia abdicar do controle, sabido que o destinatário final dos serviços seria a própria coletividade. O interesse público, por isso, continuava presente mesmo com a mudança do sistema, e a ele não poderia ficar indiferente o Poder Público.

Foi nesse cenário que começaram a ser instituídas as denominadas *agências reguladoras*. “*Agências*”, como reprodução de expressões adotadas em outros sistemas (notadamente o americano) para entidades com idêntica ou semelhante função; o termo, com semelhante sentido, era desconhecido no direito brasileiro. “*Reguladoras*”, para indicar o alvitre básico de sua atuação: a regulação e o controle do setor relativo aos serviços transferidos à iniciativa privada.

2. Agências reguladoras

No processo de desestatização, as primeiras agências reguladoras instituídas foram a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL (Lei nº 9.427/96), a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL (Lei nº 9.472/97) e a Agência Nacional do Petróleo – ANP (Lei nº 9.478/97). Diversas outras vieram posteriormente a ser criadas, desta feita não

³ Nosso *Manual de Direito Administrativo*, Ed. Lumen Juris, 14ª ed., 2005, p. 391.

necessariamente para controlar a atuação dos prestadores de serviços públicos executados por delegação, mas também como mecanismo de intervenção do Estado no domínio econômico, para o fim de exercer fiscalização sobre empresas do setor privado destinadas a atividades de grande repercussão social.⁴

Todas as agências reguladoras criadas até o momento são enquadradas na categoria das autarquias, sendo qualificadas nas respectivas leis com o cunho da *especialidade do regime*. Assim, é feita referência a “*autarquias sob regime especial*”, ou sujeitas, como dizem os diplomas institutivos, a “*regime autárquico especial*” ou, ainda, “*sob regime especial*”.

É evidente que o legislador, em todas essas referências, pretendeu agrupá-las em subcategoria própria, para o fim de distingui-las das tradicionais e clássicas autarquias. A “*especialidade*” do regime resulta da circunstância de que nelas são alinhadas algumas singularidades não encontradas nas leis reguladoras das demais entidades autárquicas. Entretanto, como já tivemos a oportunidade de consignar, cada uma das leis instituidoras de autarquias já alinhava, naturalmente, o regime jurídico a que deviam submeter-se. Mesmo antes das agências reguladoras, algumas autarquias tinham regime jurídico diverso do de outras, configurado nos respectivos diplomas disciplinadores, e isso se deve ao fato de que cada autarquia é realmente sujeita ao princípio da *particularização legal*, vale dizer, a lei em cada caso apresenta peculiaridades próprias na disciplina jurídica da entidade.⁵ Na verdade, cada lei trata a respectiva autarquia como especial. Por conseguinte, não nos parece que a adjetivação correta seja pertinente à *especialidade*, como característica do regime jurídico; melhor seria o agrupamento das autarquias considerando sua função regulatória, com o que constituem categoria própria, no caso a categoria de *autarquias reguladoras*.

⁴ É o caso da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA (Lei nº 9.792/99).

⁵ Foi o que deixamos assinalado em nosso *Manual de Direito Administrativo* cit., p.385.

Em suma, afiguram-se dispensáveis as aludidas expressões relativas à especialidade do regime. No próprio seio da legislação, será possível encontrar as particularidades que o legislador entendeu cabíveis para a respectiva autarquia.

Seja como for, porém, costumam ser apontadas quatro peculiaridades para o delineamento do que se chama de *regime especial*: 1ª) poder normativo (capacidade de editar normas de caráter geral); 2ª) autonomia decisória (a solução de conflitos exaure-se no próprio âmbito da autarquia); 3ª) independência administrativa (os dirigentes têm investidura a termo e, por isso, alcançam certo grau de autonomia em relação à Administração Direta); 4ª) autonomia econômico-financeira (as autarquias são destinatárias de alguns recursos próprios para gestão de suas atividades institucionais).⁶

De todas, interessa-nos o poder normativo exercido por tais autarquias em sua atividade de regulação, a denominada *função regulatória* - semente geradora de algumas dissidências entre os estudiosos.

3. O poder normativo das agências reguladoras

A natureza e os fins que inspiraram a criação das agências reguladoras não poderiam subtrair-lhes o poder jurídico de produzir algumas normas jurídicas de caráter geral, abstrato e impessoal, com carga de densidade apropriada ao cumprimento dos objetivos específicos das entidades. Afinal, não é difícil entender que, para regular certos setores da vida social, quer relativos à prestação de serviços públicos, quer ligados a atividades privadas de relevância pública, é absolutamente insuperável a necessidade de serem editados atos que, sem a menor dúvida, terão incidência genérica sobre quantos estejam, de alguma forma, situados no âmbito do setor suscetível de regulação.

⁶ A respeito, veja-se JOSÉ MARIA PINHEIRO MADEIRA, *Administração Pública Centralizada e Descentralizada*, Ed. América Jurídica, 2000, p. 233.

Tais atos, inseridos no poder normativo das agências, é que têm suscitado algumas resistências quanto à viabilidade jurídica e quanto à natureza.

Poder normativo, em sentido geral, é a capacidade atribuída a determinado órgão ou pessoa da Administração no sentido de expedir normas com carga de incidência geral, abstrata e impessoal. A ordem jurídica confere essa capacidade a inúmeros órgãos e pessoas, e estes podem exercê-la por meio de diversas espécies de atos. Problema de outra ordem é o relativo à extensão da carga de incidência, ou seja, aos limites dentro dos quais podem ser expedidas as normas gerais, tendo em vista a existência de determinados parâmetros situados em norma de estatura superior. Trata-se, pois, apenas de verificar o princípio da adequação normativa diante do sistema de hierarquia das normas jurídicas – sistema esse que, afinal, serviu de base para a formação da pirâmide normativa de KELSEN.

No tocante às agências reguladoras, o poder normativo emana das competências que lhes foram outorgadas na lei.

Dentre as competências atribuídas à ANEEL, por exemplo, está a de *“implementar as políticas e diretrizes do governo federal para a exploração da energia elétrica e o aproveitamento dos potenciais hidráulicos, expedindo os atos regulamentares necessários ao cumprimento das normas estabelecidas pela Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995”*, bem como a de *“regular o serviço concedido, permitido e autorizado e fiscalizar permanentemente sua prestação”*.⁷

A ANATEL, por sua vez, recebeu da lei disciplinadora dos serviços de telecomunicações, entre outras, as competências para *“expedir normas sobre prestação de serviços de telecomunicações no regime privado”*; *“expedir normas e padrões a serem cumpridos pelas prestadoras de serviços de telecomunicações quanto aos equipamentos que utilizarem”*; e *“expedir normas e padrões que assegurem a compatibilidade, a operação integrada e a interconexão entre as redes, abrangendo inclusive os equipamentos terminais”*.⁸

No setor petrolífero, a lei, corroborando a direção já fixada na legislação precedente, conferiu à ANP – Agência Nacional

⁷ Art. 3º, I e XIX, Lei nº 9.427, de 26.12.96.

⁸ Art. 19, X, XII e XIV, Lei nº 9.472, de 16.7.97.

do Petróleo a competência para “promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo”.⁹

Analisando-se tais competências, não seria mesmo possível concebê-las sem admitir que todas as agências mereceram o poder de editar normas gerais relacionadas ao setor a que foram direcionadas através da respectiva disciplina jurídica. Com efeito, somente dotado de poder normativo poderá órgão ou pessoa administrativa *implementar políticas, regular serviços, expedir normas sobre prestação de serviços, promover regulação etc.*

4. Natureza jurídica do poder normativo

Várias controvérsias têm surgido a respeito da natureza jurídica do poder normativo outorgado às agências reguladoras.

Para alguns especialistas, é ilegítima a atribuição de tal poder. Na verdade, representaria ele verdadeira invasão da esfera reservada ao poder legiferante, ou, em outras palavras, sua configuração seria a de regulamentos autônomos, desautorizados no direito pátrio.¹⁰

Para outros, tratar-se-ia da denominada *função regulatória*, e não da *função regulamentar*, esta classicamente conhecida e aceita como exercício do poder regulamentar. Argumenta-se que a regulamentação é política, ao passo que a regulação é técnica.¹¹

Ousamos dissentir, no entanto, de semelhantes pensamentos.

Primeiramente, não nos parece que os atos editados pelas agências reguladoras no exercício de seu poder normativo se caracterizem como regulamentos autônomos (muito embora esta expressão possa gerar sentidos um pouco diversos). Na clássica lição de HELY LOPES MEIRELLES, regulamento autônomo é aquele destinado a “*prover situações não disciplinadas em lei*”.¹²

⁹ Art. 8º, Lei nº 9.478, de 6.8.97.

¹⁰ VANESSA VIEIRA DE MELLO, *Regime Jurídico da Competência Regulamentar*, Ed. Dialética, 2001, p. 91.

¹¹ MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO, *Direito Administrativo Regulatório*, Ed. Lumen Juris, 2002, p. 233.

¹² *Direito Administrativo Brasileiro*, Ed. Malheiros, 29ª ed., 2004, p.126.

Entenda-se, porém, a lição do saudoso mestre como a considerar que, no caso do regulamento autônomo, inexistiria qualquer lei contemplando a disciplina normativa primária a respeito da matéria objeto do ato regulamentar. O regulamento, no caso, funcionaria como verdadeiro substituto da lei e teria, na prática, a mesma eficácia desta. Na hipótese das agências, contudo, não é assim que se passa. Como já observamos, é a própria lei que estabelece a disciplina básica sobre os setores sob regulação, cabendo às agências, em consequência, editar as normas que possibilitem a execução das normas legais. Não há inovação na ordem jurídica quanto à *disciplina originária*, mas mera complementação formalizada por *disciplina derivada*.

De outro lado, também não vislumbramos categorias diversas no que toca à função regulamentadora e à dita função regulatória. Trata-se de aspectos inerentes à mesma figura jurídica. O fato de o poder normativo ter como elemento básico a edição de normas técnicas não desfigura a função como regulamentar, e isso porque, em última instância, a função é a de complementação da lei. A denominada função regulatória só se justifica como categoria jurídica na medida em que se refira ao poder normativo das agências reguladoras. Mas o que fazem estas é regulamentar a norma básica contida na lei, de forma que tal função se insere na categoria genérica do poder regulamentar.

Em nosso entender, a função exercida pelas agências retrata o manejo do poder regulamentar, ou seja, “*a prerrogativa conferida à Administração Pública de editar atos gerais para complementar as leis e permitir sua efetiva aplicação*”, como já deixamos assinalado em obra de nossa autoria.¹³ Tal prerrogativa – é oportuno consignar – não é privativa deste ou daquele órgão da Administração, mas sim a qualquer deles cuja competência tenha sido atribuída pela Constituição ou pelas leis.¹⁴ O que caracteriza realmente o poder

¹³ Nosso *Manual de Direito Administrativo* cit., p. 42.

¹⁴ DIÓGENES GASPARINI, por exemplo, limita a atribuição do poder regulamentar ao Chefe do Poder Executivo, embora mais adiante admita, com base em obra de LEILA CUÉLLAR (*As Agências Reguladoras e seu Poder Normativo*, Dialética, 2001, p.116), que outros órgãos, como as agências reguladoras, possam fazê-lo (*Direito Administrativo*, Saraiva, 9ª ed., 2004, p. 117).

regulamentar é a aptidão jurídica de produção de normas, de estatura inferior à das leis, que se preordenem à complementação e a execução destas. Essas normas infralegais não podem deixar de originar-se da Administração, e isso pela singela razão de que a esta compete organizar-se e aparelhar-se devidamente para dar cumprimento ao que ficou estabelecido na lei.

Em relação ao poder regulamentar, têm sido opostas algumas objeções quanto à instituição de obrigações por atos regulamentares, como decretos, regulamentos, instruções e outros. Tais objeções levam em conta principalmente o princípio da reserva legal, contido no art. 5º, II, da Constituição, segundo o qual *"ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei"*. De fato, se a Lei Maior restringe a criação de obrigações por lei, não poderão mesmo atos de menor estatura criá-las, sob pena de ofensa ao princípio constitucional. Nessa esteira, aliás, a doutrina dominante sobre o tema.

Entretanto, é imperioso interpretar com prudência e lógica a questão atinente à instituição de obrigações. Não temos a menor dúvida de que atos de regulamentação, ainda que situados em patamar abaixo da lei, precisarão ocasionalmente inserir em seu bojo normas que exijam o cumprimento de algumas obrigações. Fundamenta tal necessidade, primeiramente, o fato de que têm por escopo a complementação de leis que, freqüentemente, contêm elas mesmas obrigações. Ora, não há como proceder a complementação sem, ao menos, reproduzir as obrigações previstas na lei. Demais disso, é preciso considerar sua natureza normativa e complementar: sendo normativos, os atos regulamentares destinam-se a grupos gerais de pessoas, de modo que a complementação que lhes constitui objetivo há de refletir o nascimento de obrigações *que tenham como suporte as obrigações contempladas na lei*.

Sobre o tema, já registramos: *"É legítima, porém, a fixação de obrigações subsidiárias (ou derivadas) — diversas das obrigações primárias (ou originárias) contidas na lei — nas quais também se encontra imposição de certa conduta dirigida ao administrado. Constitui, no entanto, requisito de validade de tais obrigações sua necessária adequação às obrigações legais. Inobservado esse requisito, são inválidas*

as normas que as prevêem e, em consequência, as próprias obrigações” (grifos do original).¹⁵

Suponha-se, por exemplo, que lei urbanística disponha que o direito à licença edilícia depende de requerimento do interessado e da apresentação da *documentação necessária*. Essa obrigação contida na lei é *originária* e, portanto, observa perfeitamente o art. 5º, II, da CF. Os termos de tal obrigação, todavia, são insuficientes para permitir a efetiva aplicação da lei. Nesse caso, é perfeitamente legítimo que o ato regulamentar (certamente um decreto) complemente a norma legal e a especifique para possibilitar a execução. Assim, poderá o ato de regulamentação indicar quais serão os documentos a serem apresentados pelo interessado na concessão da licença. A obrigação de apresentar tais documentos é *derivada*, fundando-se na obrigação originária prevista na lei. Vê-se na hipótese, portanto, que a obrigação legal é genérica, ao passo que a obrigação regulamentar é específica.

Semelhantes considerações são feitas para demonstrar que o papel das agências reguladoras é eminentemente o de regulamentar as normas de competência que suas leis estabeleceram. Ainda que alguns autores – repita-se – considerem que tal atividade é de *regulação*, continuamos crentes de que esta se insere na categoria geral da função de *regulamentação*. Como já se deixou destacado, a ação administrativa das agências exige *ação normativa* para sua eficácia e operacionalidade; e a ação normativa compreende fatalmente o exercício de *poder normativo*.

¹⁶

¹⁵ Nosso *Manual* cit., p. 44.

¹⁶ GLAUCO MARTINS GUERRA, “Agências Reguladoras no Brasil: Princípio da Legalidade e Regulação”, in *Direito Regulatório. Temas Polêmicos*, vários autores (org. por MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO), Ed. Forum, 2ª ed., 2004, p. 325.

5. A deslegalização

O tema relativo à *deslegalização* (ou *deslegificação*, como preferem alguns) só há bem pouco tempo veio a merecer estudos mais aprofundados por parte dos doutrinadores em geral.

Em outros sistemas, porém, notadamente na França, o fenômeno vem sendo acolhido dentro da maior normalidade, admitindo-se que órgãos administrativos criem normas de natureza técnica quando a lei lhes tenha delegado tal função por força de sua especialidade. A normatização transfere-se da lei (*domaine de la loi*) para os atos de regulamentação (*domaine de l'ordonnance*), tudo por exigência de modernos processos de produção e circulação de bens e serviços.¹⁷

A idéia central do fenômeno é bem esclarecida por GARCÍA DE ENTERRÍA e RAMÓN FERNÁNDEZ: “*Chamamos deslegalização à operação que efetua uma lei que, sem entrar na regulação material de um tema, até então regulado por lei anterior, disponibiliza aludido tema ao poder regulamentar da Administração*”.¹⁸

Na verdade, a deslegalização tem por núcleo central a edição de normas técnicas por órgãos administrativos dotados de especialização em certos setores de prestação de serviços e produção de bens. Como se torna impossível ao legislador descer ao detalhamento que a disciplina demanda, delega essa função complementar à Administração Pública. Não há *substituição* da norma legal, mas sua mera *complementação e regulamentação* pelo ato da Administração. Por conseguinte, é importante sublinhar, desde já, que não se trata de ação ilimitada por parte do administrador público, mas, ao contrário, de atividade situada dentro dos padrões que a lei fixou.

Esse, aliás, é um ponto de grande relevância na matéria. Conquanto seja bastante abrangente o campo a ser regulamentado, nunca poderá o ato de regulação extrapolar os limites preestabelecidos na norma legal. A deslegalização – insista-se – não retrata delegação legislativa ilimitada, de modo que o ato de regulação deve pautar-se pelos parâmetros básicos

¹⁷ JOSÉ MARIA PINHEIRO MADEIRA, *Administração Pública* cit., p. 231.

¹⁸ *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas Ed., Madri, vol. I, 10ª ed., 2001, p. 273.

insculpidos na lei. Cuida-se, como já acentuado corretamente, de verdadeira “*delegação com parâmetros*” (“*delegation with standards*”), pela qual ao Legislativo é que cabe fixar os limites dentro dos quais poderá ser produzido legitimamente o ato de regulação.¹⁹

É indiscutível que a observância do princípio da adequação normativa nem sempre será de fácil verificação, sendo necessário que o intérprete analise caso a caso a harmonização entre as normas de regulação e os paradigmas (embora genéricos) traçados na lei. Verificação desse tipo terá sempre que levar em conta o princípio da razoabilidade, cabendo ao intérprete examinar a norma regulamentar em conjugação com as normas e também os princípios contidos na lei. Em outras palavras, é necessário aferir se o ato oriundo da agência seria realmente praticado pelo legislador, se a este coubesse a tarefa de praticá-lo.

Alguns autores resistem à idéia da deslegalização, e o fazem sob o argumento de que, sendo infralegal o ato de regulação, não poderia ele alterar o procedimento legislativo, o que constituiria delegação legislativa inominada incompatível com a Constituição.²⁰

Contudo, não nos parece procedente, com a devida vênia, essa linha de pensamento. A deslegalização não implica qualquer delegação legislativa no sentido de o Poder Legislativo transferir a função legiferante a órgão de natureza diversa. O que o Legislativo faz é conferir a órgão administrativo - no caso as agências reguladoras - o poder de *minudenciar* a norma da lei, a complementá-la, enfim, permitindo sua execução. A admitir-se aquela extensão de sentido, ter-se-ia fatalmente que inadmitir qualquer tipo de regulamento, o que seria inviável ante a previsão constitucional do poder regulamentar (art. 84, IV, CF).

A deslegalização não é fenômeno adrede arquitetado; trata-se de verdadeira imposição da modernidade. É o mesmo caso da globalização. Se há males de um lado, benefícios são vistos de

¹⁹ A correta observação é de LUÍS ROBERTO BARROSO, em *Temas de Direito Constitucional*, Ed. Renovar, 2001, p. 173.

²⁰ GUSTAVO BINENBOIM, “*Agências Reguladoras Independentes e Democracia no Brasil*”, publicado na RDA 240/2005, p. 157.

outro. Na verdade, todos reconhecem que os novos fatos que se instalaram no mundo contemporâneo – a globalização, as novas tecnologias, a cibernética, a complexidade e universalidade de serviços públicos – não podem ser regulados pelos vetustos e tradicionais instrumentos estatais. JÈZE apontava como premissa a necessidade de que o Estado andasse paralelamente à dinâmica da evolução social, buscando a qualquer preço o desejável nível de adequação suficiente para o atendimento das demandas dos inúmeros setores da sociedade. O conservadorismo – já o dissemos alhures – deve ceder lugar à inovação, ainda que com a mitigação dos velhos cânones jurídicos.

No que tange aos *limites* da deslegalização, é imperioso relembrar a precisa advertência de ENTERRÍA e FERNÁNDEZ²¹:

“Parece evidente que na operação deslegalizadora se cumpre um fenômeno de ampliação do poder regulamentar, visto que se lhe abre matéria até então excluída de seu alcance. A ampliação do âmbito material do poder regulamentar se faz sempre delimitando o referido âmbito de maneira mais ou menos precisa, mas sempre expressa; isso porque descabe uma deslegalização geral de toda a reserva de legalidade”.

Com toda a razão os autores. Deslegalização genérica, esta sim, refletiria vulneração ao princípio da reserva legal consagrado na vigente Constituição. Haveria, na hipótese, delegação do próprio poder legiferante. A deslegalização legítima é a específica e, no caso das agências reguladoras, aquela que consiste na oferta de maior densidade regulamentadora no que diz respeito à matéria de ordem técnica a que esteja direcionada.

Por outro lado, a própria lei deve fixar alguns *standards* para a delimitação da atividade regulamentadora. Em alguns casos, a lei estabelece certas determinações materiais externas; em outros, faz realçar finalidade mais ou menos explícita, e ainda em outros,

²¹ GARCÍA DE ENTERRÍA e TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso cit.*, p. 274.

traduz limitações temporais. Semelhantes fatores é que permitem ao intérprete verificar, em cada caso, se o órgão regulador se conteve dentro dos padrões determinados na lei ou, ao contrário, se produziu normas para incidência em situações que a lei não contemplava. O que é vedado, no entanto, é a produção de normas que constituem reservas constitucionais de lei, sem que esta tenha permitido a complementação por atos regulamentares. Aqui o poder legiferante em si teria sido inegavelmente vulnerado.²²

Outro aspecto sobre o fenômeno da deslegalização merece realce por sua expressiva relevância: é o que concerne aos *efeitos* do processo em relação à legislação anterior.

De acordo com GARCÍA DE ENTERRÍA e RAMÓN FERNÁNDEZ, de cujo entendimento - não só em razão de sua contemporaneidade no direito espanhol, como também pela precisão conceitual com que delineiam o instituto - ainda uma vez nos socorremos, quando uma lei disciplina inteiramente determinada matéria e outra, da mesma natureza, é editada posteriormente, esta última substitui aquela pelo princípio da revogação (ou *contrarius actus*, como o denominaram os autores). Ocorre nesse caso verdadeiro "*congelamento do nível normativo*", ou seja, a lei nova produz inevitável inovação na ordem jurídica com a manutenção do nível hierárquico normativo (lei *versus* lei).

Se for editada, entretanto, lei de deslegalização, esta vai operar como *contrarius actus* da lei anterior de regulação material, "*pero no para innovar directamente esta regulación, sino para degradar formalmente el rango de la misma de modo que pueda ser modificada en adelante por simples Reglamentos*".²³ Desse modo, concluem os reconhecidos juristas espanhóis, simples Regulamentos poderão inovar na ordem jurídica (dentro dos padrões, é claro, enunciados na respectiva lei) e derrogar leis formais anteriores, fato que não seria possível se não existisse a lei degradadora prévia.

A *degradação* a que aludem os autores refere-se ao *nível hierárquico normativo*, para indicar que a lei nova afastou a reserva legal disciplinadora atribuída à lei anterior, permitindo que a nova

²² ENTERRÍA e FERNÁNDEZ, ob. e vol. cit., p. 275.

²³ "*Curso*" cit., p. 273.

disciplina possa ser minudenciada por meio de atos reguladores oriundos da Administração. Obviamente, se normas reguladoras são consentâneas com a lei de deslegalização, mas incondizentes com as normas da lei anterior, o efeito será realmente o da revogação da disciplina anterior pela contemplada no ato regulamentador. Não há – é oportuno consignar – revogação de lei por ato regulamentar (fato, aliás, que seria impossível ante o princípio da hierarquia normativa vigente em nosso ordenamento). A verdadeira revogação da lei anterior ocorre quando é promulgada a nova lei que enseja a deslegalização. A substituição das normas anteriores pela lei nova é *primária*, ao passo que a substituição pelas normas do ato regulador é *secundária*, ou seja, somente existe em função da já ocorrida substituição primária.

Todos esses elementos têm vindo à tona em virtude do novo sistema de desestatização, diante do qual foram criadas autarquias que ostentam função regulatória sobre entes privados. Em nenhum momento, entretanto, houve o intento de substituir o legislador pelo administrador. Houve, isto sim, a necessidade de delegar a órgãos especializados o tratamento de matérias também especializadas – tratamento esse do qual não poderia incumbir-se o Poder Legislativo.

Cumprido, pois, dar a devida atenção a esses novos tempos e essas novas necessidades e, por que não dizer, às novas demandas da sociedade. As reações podem até ser compreensíveis em função do destempero com que se conduzem alguns administradores públicos. Mas se algo precisa mudar é – isto sim – o espírito cívico destes e a arbitrária conduta de alguns deles, tudo para perseguir o único alvo a que devem dirigir-se: o interesse da coletividade.

6. Conclusões

De tudo o que restou exposto, parece-nos que as controvérsias que se instalaram a respeito do poder normativo das agências reguladoras, bem como do conseqüente processo de deslegalização, devem ser entendidas apenas como o natural

sobressalto decorrente de inovações no sistema jurídico, muito embora, como dissemos, nenhuma novidade de grande relevo tenha surgido, se considerarmos que se trata apenas de aspecto específico do poder regulamentar.

Conferir às agências de regulação disciplina normativa, de conteúdo técnico, não retrata invasão da Administração na esfera da função legislativa primária, pois que, na verdade, o quadro normativo decorre de atos praticados no exercício da função administrativa.

É incontestável a necessidade de atribuir poder normativo às ditas agências. Como já se considerou com notória exatidão, tal poder não usurpa a função legislativa, mas sua exigência decorre do fato de que algumas leis são editadas com tamanho grau de abstração e generalidade que não mais podem atender às exigências da sociedade. Sendo assim, é forçoso admitir que são necessárias outras normas complementares que se voltem para as especificidades, ou, ainda, que implementem o planejamento de setores específicos e rendam ensejo à intervenção do Estado para a efetiva garantia dos fins alvitrados pela lei.²⁴

O desejável é que as agências alcancem efetivamente os fins para os quais foram concebidas, entre eles basicamente o de exercer controle e fiscalização sobre pessoas privadas que prestam serviços públicos ou desempenhem atividade privada de significativa injunção social.

Cabe aos administradores de tais misteres – vale reiterar – levar a cabo tais finalidades, com observância dos princípios constitucionais que lhes regem a atividade, sobretudo os da legalidade, moralidade e eficiência.

Quanto à eficiência, diga-se de passagem, ninguém desconhece que não se realiza pela só referência no elenco dos princípios constitucionais (como o fez a Emenda Constitucional 19/98 no tocante ao art. 37 da Constituição); alcançá-la exige ação e determinação. A deslegalização constitui poderoso instrumento de aperfeiçoamento e efetividade do sistema de desestatização implantado em nossa ordem jurídica. As agências

²⁴ CARLOS ARISUNDFELD, *Direito Administrativo Econômico*, Malheiros, 2000, p. 27.

reguladoras, portanto, precisam justificar seu papel no atual cenário e, sobretudo, as despesas que suas estruturas reclamam.

É inegável que a eficiência que delas se exige tem intrínseca relação com o princípio da economicidade, postulado pelo qual os gastos públicos devem compatibilizar-se com resultados efetivos das políticas públicas. Referido princípio – como já assinalou reconhecido jurista – está a “vedar, terminantemente, todo e qualquer desperdício dos recursos públicos ou aquelas escolhas que não possam ser catalogadas como verdadeiramente comprometidas com a busca da otimização ou do melhor”.²⁵

Na verdade, são inócuas as normas se não houver efetividade em sua execução. Criação e execução das normas; ação e resultado; dispêndios e efetividade – eis os conjuntos indissociáveis que devem inspirar a Administração na função regulatória.

Bibliografia

Art. 1º, I, Lei nº 9.491/97.

Art. 1º, V, Lei nº 9.491/97.

Nosso *Manual de Direito Administrativo*, Ed. Lumen Juris, 14ª ed., 2005, p. 391.

É o caso da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA (Lei nº 9.792/99).

Foi o que deixamos assinalado em nosso *Manual de Direito Administrativo* cit., p.385.

A respeito, veja-se JOSÉ MARIA PINHEIRO MADEIRA, *Administração Pública Centralizada e Descentralizada*, Ed. América Jurídica, 2000, p. 233.

Art. 3º, I e XIX, Lei nº 9.427, de 26.12.96.

Art. 19, X, XII e XIV, Lei nº 9.472, de 16.7.97.

Art. 8º, Lei nº 9.478, de 6.8.97.

VANESSA VIEIRA DE MELLO, *Regime Jurídico da Competência Regulamentar*, Ed. Dialética, 2001, p. 91.

²⁵ JUAREZ FREITAS, *O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*, Malheiros, 3ª ed., 2004, p. 75.

MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO, *Direito Administrativo Regulatório*, Ed. Lumen Juris, 2002, p. 233.

Direito Administrativo Brasileiro, Ed. Malheiros, 29ª ed., 2004, p.126.

Nosso *Manual de Direito Administrativo* cit., p. 42.

DIÓGENES GASPARINI, por exemplo, limita a atribuição do poder regulamentar ao Chefe do Poder Executivo, embora mais adiante admita, com base em obra de LEILA CUÉLLAR (*As Agências Reguladoras e seu Poder Normativo*, Dialética, 2001, p.116), que outros órgãos, como as agências reguladoras, possam fazê-lo (*Direito Administrativo*, Saraiva, 9ª ed., 2004, p. 117).

Nosso *Manual* cit., p. 44.

GLAUCO MARTINS GUERRA, “*Agências Reguladoras no Brasil: Princípio da Legalidade e Regulação*”, in *Direito Regulatório. Temas Polêmicos*, vários autores (org. por MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO), Ed. Forum, 2ª ed., 2004, p. 325.

JOSÉ MARIA PINHEIRO MADEIRA, *Administração Pública* cit., p. 231.

Curso de Derecho Administrativo, Civitas Ed., Madri, vol. I, 10ª ed., 2001, p. 273.

A correta observação é de LUÍS ROBERTO BARROSO, em *Temas de Direito Constitucional*, Ed. Renovar, 2001, p. 173.

GUSTAVO BINENBOIM, “*Agências Reguladoras Independentes e Democracia no Brasil*”, publicado na RDA 240/2005, p. 157.

GARCÍA DE ENTERRÍA e TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso* cit., p. 274.

ENTERRÍA e FERNÁNDEZ, ob. e vol. cit., p. 275. “*Curso*” cit., p. 273.

CARLOS ARI SUNDFELD, *Direito Administrativo Econômico*, Malheiros, 2000, p. 27.

JUAREZ FREITAS, *O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*, Malheiros, 3ª ed., 2004, p. 75.

A DETERMINAÇÃO DA NATUREZA JURÍDICA ESPECÍFICA DOS TRIBUTOS: ANÁLISE CRÍTICA DO ARTIGO 4º DO CTN

Carlos Alberto de Moraes Ramos Filho(*)

Sumário: 1. Introdução - 2. As espécies tributárias no direito brasileiro - 2.1. Considerações gerais - 2.2. Os impostos - 2.3. As taxas - 2.4. A contribuição de melhoria - 2.5. Os empréstimos compulsórios - 2.6. As contribuições especiais - 3. Critérios para determinação da natureza jurídica específica do tributo - 3.1. Considerações gerais: o art. 4º do CTN; 3.2. Fato gerador - 3.3. Base de cálculo - 3.4. Destinação do produto da arrecadação - 4. Conclusões - Bibliografia.

1. Introdução

Tributo, conforme ressalta a doutrina, representa um gênero, o qual compreende várias espécies e subespécies, sob diferentes denominações, que se distinguem pela diversidade de regimes jurídicos atribuíveis a cada uma delas.

O art. 4º do Código Tributário Nacional, procurando estabelecer critérios para distinção entre as várias espécies tributárias existentes no direito brasileiro, assim dispõe: "Art. 4º. A natureza jurídica específica do tributo é determinada pelo fato gerador da respectiva obrigação, sendo irrelevantes para qualificação: I - a denominação e demais características formais adotadas pela lei; II - a destinação legal do produto da sua arrecadação".

* Procurador do Estado do Amazonas. Professor de Direito Financeiro, Direito Tributário e Direito Econômico no CIESA, de Direito Tributário na Faculdade Martha Falcão (FMF) e de Direito Financeiro na UNIP. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) e pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE).

O presente trabalho tem por objetivo identificar os critérios aptos para determinação da natureza jurídica específica dos tributos, isto é, para a caracterização de cada uma das espécies tributárias, distinguindo-as das demais.

2. As espécies tributárias no direito brasileiro

2.1. Considerações gerais

Para atender às necessidades públicas – assim consideradas as que são do interesse de todos os segmentos da Sociedade –, o Estado necessita de recursos financeiros que se destinam ao custeio de atividades gerais ou específicas por ele desenvolvidas: são as *receitas públicas*.

Dentre as receitas públicas destacam-se, pelo volume de recursos que representam para os cofres públicos, as *receitas tributárias*, assim consideradas as que são obtidas em decorrência da instituição e cobrança de *tributo*.

No direito positivo brasileiro, o tributo encontra sua definição no art. 3º do Código Tributário Nacional (Lei n. 5.172, de 25.10.1966), assim redigido: “Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada”¹.

A caracterização jurídica do tributo é importante por: (i) estabelecer as características comuns a todas as espécies tributárias; (ii) indicar as características diferenciadoras do tributo relativamente às demais espécies de receitas públicas. Com efeito, para reconhecer uma receita tributária, basta confrontar qualquer caso concreto com o conceito legal de tributo (art. 3º, CTN): se

¹ Outra definição legal de tributo encontra-se no art. 9º da Lei 4.320, de 17.03.1964, nestes termos: “Tributo é a receita derivada, instituída pelas entidades de direito público, compreendendo os impostos, as taxas e contribuições, nos termos da Constituição e das leis vigentes em matéria financeira, destinando-se o seu produto ao custeio de atividades gerais ou específicas exercidas por essas entidades”.

a receita em questão se adequar ao citado conceito, ter-se-á tributo; caso contrário, tributo não será.

O conceito de “tributo”, embora designe uma espécie do gênero “receita pública”, é também ele mesmo um *conceito genérico*, no sentido de que o seu conteúdo compreende várias espécies e subespécies, que se distinguem pela diversidade de regimes jurídicos atribuíveis a cada uma delas.

Não há, todavia, na doutrina nacional consenso no que se refere ao problema do número das espécies tributárias existentes. Também não há entre os doutrinadores concordância total sobre a identificação de tais espécies, o que decorre, muitas vezes, de discordâncias terminológicas entre os autores, também acontecendo de, por vezes, estes mesmos doutrinadores englobarem em uma única espécie o que outros autores desdobram em várias categorias.

Apesar das divergências apontadas, é possível agrupar as classificações a respeito do tema em quatro correntes:

a) *classificação bipartida*, que admite apenas duas espécies tributárias: (i) impostos e (ii) taxas²;

² Nesse sentido: BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário*. 3. ed. São Paulo: Lejus, 1998, p. 381. Para o autor citado, as demais exações de natureza tributária não constituem espécies autônomas, mas se subsumem, conforme o caso, aos conceitos de imposto ou taxa (Ob. cit. p. 381).

b) *classificação tripartida*, com a existência de três espécies tributárias: (i) impostos, (ii) taxas e (iii) contribuição de melhoria³; ou a variante: (i) impostos, (ii) taxas e (iii) contribuições (estas abrangendo a contribuição de melhoria e demais contribuições, estas últimas com as mais variadas denominações)⁴;

c) *classificação quadripartida*, aceitando a existência de quatro espécies tributárias: (i) impostos, (ii) taxas, (iii) contribuições de melhoria e (iv) contribuições (estas com as mais variadas denominações)⁵; ou a variante: (i) impostos, (ii) taxas, (iii) contribuições (estas abrangendo a contribuição de melhoria

³ Nesse sentido: SOUSA, Rubens Gomes de. *Compêndio de legislação tributária*. Ed. póstuma, São Paulo: Resenha Tributária, 1981, p. 163; FALCÃO, Amílcar. *Fato gerador da obrigação tributária*. 6. ed. Atualiz. por Flávio Bauer Novelli. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 77; CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 26-36; CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 585; ROSA JÚNIOR, Luiz Emygdio F. da. *Manual de direito financeiro e direito tributário*. 12. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 205 e 342; ROCHA, Valdir de Oliveira. *Determinação do montante do tributo: quantificação, fixação e avaliação*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 1995, p. 74 e 95-96; SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 684-685. Para a grande maioria dos autores citados, as demais exações de natureza tributária não constituem espécies autônomas, mas se subsumem, conforme o caso, aos conceitos de imposto, taxa ou contribuição de melhoria. Nem todos, contudo, pensam assim: é o caso, por exemplo, de Valdir de Oliveira Rocha, que leciona não possuírem natureza tributária os empréstimos compulsórios e as contribuições para-fiscais (denominação que emprega para designar as contribuições especiais) (Ob. cit. p. 74 e 95-96). Cite-se, ainda, a lição de José Afonso da Silva, que não reconhece a natureza tributária do empréstimo compulsório, pois o concebe como "uma forma de contrato de empréstimo de direito público" (grifos no original) (Ob. cit. p. 686).

⁴ Nesse sentido: ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 124-125 e 183; MARTINS, Cláudio. *Compêndio de finanças públicas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 81, 92-94 e 139.

⁵ Nesse sentido: GRAU, Eros Roberto. *Conceito de tributo e fontes do direito tributário*. São Paulo: Resenha Tributária: Instituto Brasileiro de Estudos Tributários, 1975, p. 6 e 7.

e demais contribuições, estas últimas com as mais variadas denominações) e (iv) empréstimos compulsórios⁶;

d) *classificação quinquipartida*, que admite cinco espécies tributárias: (i) impostos, (ii) taxas, (iii) contribuição de melhoria, (iv) contribuições (estas com as mais variadas denominações) e (v) empréstimos compulsórios⁷.

Por ser o critério aparentemente adotado por nossa legislação tributária (art. 5º, CTN; art. 9º, Lei 4.320/64; art. 145,

⁶ Nesse sentido: TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 321. Sustenta o autor citado que as contribuições "referidas no art. 149, devem se amalgamar conceptualmente às contribuições de melhoria mencionadas no art. 145, III, subsumindo-se todas no conceito mais amplo de contribuições especiais" (Ob. cit. p. 321). Em posição isolada na doutrina, Luciano Amaro também adota classificação quadripartida, mas por englobar a contribuição de melhoria no conceito de taxas (*Direito tributário brasileiro*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 81 e 83).

⁷ Nesse sentido: JARDIM, Eduardo Marcial Ferreira. *Manual de direito financeiro e tributário*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 94-96; MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 21 ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 43; LEONETTI, Carlos Araújo. *A contribuição de melhoria na Constituição de 1988*. Florianópolis: Diploma Legal, 2000, p. 30 e 32; MARQUES, Márcio Severo. *Classificação constitucional dos tributos*. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 247-249; NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Curso de direito tributário*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 119 e 155; PIRES, Adilson Rodrigues. *Manual de direito tributário*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 22-28.

CF/1988⁸), goza do prestígio de grande parte da doutrina pátria a classificação tripartida dos tributos, em impostos, taxas e contribuição de melhoria, conforme a situação de fato prevista na norma para ensejar o nascimento da obrigação tributária correspondente.

Somos, todavia, partidários da *classificação quinquipartida* dos tributos, porquanto admitimos a existência de cinco espécies tributárias: impostos, taxas, contribuição de melhoria, contribuições especiais e empréstimos compulsórios. Os motivos que justificam nosso posicionamento serão expostos a seguir, quando analisarmos cada uma das espécies exacionais. Vejamos, separadamente, cada uma delas⁹.

⁸ A circunstância de as contribuições especiais e os empréstimos compulsórios não figurarem no art. 145 da CF/1988 não serve como argumento para negar a natureza tributária de tais exações: a razão de tal omissão (proposital, diga-se de passagem) é o fato do referido dispositivo constitucional tratar dos tributos que podem ser instituídos por todas as pessoas políticas da Federação, o que não é o caso dos empréstimos compulsórios e das contribuições especiais, cuja competência é exclusiva da União (arts. 148 e 149, *caput*, CF/1988), ressalvadas, quanto às últimas, as contribuições para o custeio do sistema de previdência dos servidores dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (art. 149, § 1º, CF/1988) e a contribuição para o custeio do serviço de iluminação pública (art. 149-A, CF/1988 – artigo introduzido pela Emenda Constitucional n. 39, de 19.12.2002). Nesse sentido: ZAVARIZI, Índio Jorge; ROSA JÚNIOR, Hélio T. da. Natureza jurídica das contribuições especiais. In: BALTHAZAR, Ubaldo César; PALMEIRA, Marcos Rogério (coord.). *Temas de direito tributário: estudos em homenagem ao Prof. Índio Jorge Zavarizi*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2001, p. 13.

⁹ Apesar de filiarmo-nos à corrente que atribui natureza tributária às contribuições especiais e aos empréstimos compulsórios, impende destacarmos que, para efeito de classificação orçamentária, deverão ser observadas as disposições da Lei 4.320/64, que classifica as contribuições especiais como receitas correntes: *receita de contribuições* e os empréstimos compulsórios como receitas de capital: *operações de crédito*. Nesse sentido: PASCOAL, Valdecir Fernandes. *Direito financeiro e controle externo*. Rio de Janeiro: Impetus, 2002, p. 92.

2.2. Os impostos

O imposto, consoante a definição do art. 16 do Código Tributário Nacional (instituído pela Lei n. 5.172, de 25.10.1966), “é o tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte”. Tal conceito esclarece que o imposto é um tributo *não-vinculado*, tendo em vista que sua cobrança independe da existência de uma atividade estatal dirigida ao sujeito passivo. Aí reside o caráter *unilateral* do imposto, no sentido de ser uma prestação *não sinalagmática*¹⁰.

O fato gerador dos impostos não consiste numa atuação estatal específica, referida ao contribuinte, mas sim, numa situação de fato que se refere exclusivamente à pessoa do obrigado e à sua esfera de atividade, que se constitui em objeto da imposição, enquanto considerada manifestação direta ou indireta de certa capacidade contributiva (art. 145, § 1º, CF/1988)¹¹.

Nos impostos, a inexistência de uma atuação do Estado, referida ao contribuinte, impede que o fato tributado seja dimensionado mediante a mensuração da despesa a que o produto de sua arrecadação visa cobrir (o que se dá nos tributos vinculados, como a taxa e a contribuição de melhoria), motivo pelo qual determina a CF/1988 que as referidas espécies tributárias sejam graduadas segundo a capacidade dos contribuintes de concorrer com os gastos públicos (art. 145, § 1º)¹².

¹⁰ XAVIER, Alberto. *Manual de direito fiscal*. v. I. Lisboa: s/ed., 1974, p. 43.

¹¹ VALDÉS COSTA, Ramón. *Curso de derecho tributario*. 3. ed. Bogotá: Temis, 2001, p. 114; MICHELI, Gian Antonio. *Curso de direito tributário*. Trad. de Marco Aurélio Greco e Pedro Luciano Marrey Jr. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1978, p. 75; ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 137; FALCÃO, Amílcar. *Introdução ao direito tributário*. 5. ed. Atualiz. por Flávio Bauer Novelli. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 118.

¹² MARQUES, Márcio Severo. *Classificação constitucional dos tributos*. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 156.

2.3. As taxas

Diferentemente do que se dá em relação aos impostos, o direito positivo brasileiro não conceituou a espécie tributária denominada taxa.

Apesar de tal omissão, é possível formular-se uma definição para tal espécie tributária a partir do Texto Constitucional. Há, com efeito, na Carta de 1988, dispositivo que fornece os elementos necessários para tanto. Estamos nos referindo ao inciso II do art. 145 da Constituição Federal, assim redigido: “Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos: (...) II - taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição”.

A taxa pode ser definida, pois, como o tributo que tem por fato gerador o exercício regular do poder de polícia ou a utilização, efetiva ou potencial, de um serviço público específico e divisível.

Trata-se, como se vê, de um tributo *vinculado*, pois, diferentemente dos impostos, sua cobrança depende de uma atuação estatal referida ao contribuinte. É, mais precisamente, um tributo vinculado de *referibilidade direta* (ao obrigado), pois a sua hipótese de incidência é a própria atuação estatal (ato de polícia ou serviço público) direta e imediatamente referida ao obrigado¹³, e não um benefício que esta possa trazer ao administrado.

Sob o prisma do Direito Financeiro, a distinção entre taxa e imposto reside em que ambos são processos de repartição dos custos da atividade estatal entre os membros da coletividade, mas, enquanto o imposto opera a divisão dos encargos governamentais por grupos mais dilatados, que tenham capacidade econômica de pagá-lo, sem a mínima preocupação de que os indivíduos neles integrados sejam ou não beneficiados,

¹³ ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 156; DENARI, Zelmo. *Curso de direito tributário*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 53.

a taxa, ao contrário, divide a despesa apenas entre os indivíduos componentes do grupo limitado dos beneficiários diretos da atividade estatal (quer usem efetivamente o serviço, quer tenham-no à sua disposição)¹⁴.

2.4. A contribuição de melhoria

Assim como as taxas, a contribuição de melhoria não encontra uma definição expressa no direito positivo brasileiro.

No entanto, alguns textos normativos podem ser utilizados como subsídios para a formulação de um conceito. Referimo-nos ao art. 145, III, da Constituição Federal, e ao art. 81 do Código Tributário Nacional, que se encontram assim redigidos:

“Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos: (...) III - contribuição de melhoria, decorrente de obras públicas”.

“Art. 81. A contribuição de melhoria cobrada pela União, pelos Estado, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectiva atribuições, é instituída para fazer face ao custo de obras públicas de que decorra valorização imobiliária, tendo como limite total a despesa realizada e como limite individual o acréscimo de valor que da obra resultar para cada imóvel beneficiado”.

Após a leitura dos dispositivos transcritos, pode-se definir a contribuição de melhoria como o tributo que tem por fato gerador a construção de obra pública da qual decorra a

¹⁴ ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 173.

valorização de imóvel particular¹⁵ ou, dito de outro modo, a valorização de imóvel particular em decorrência de obra pública.

Nota-se, pelo conceito formulado, que a contribuição de melhoria, da mesma forma que as taxas, é um *tributo vinculado*, sendo, pois, regida pelo princípio da *retributividade*, já que sua cobrança exige como pressuposto a realização de uma atividade estatal dirigida ao sujeito passivo – no caso, a construção de uma obra pública. Difere das taxas, no entanto, por ser um tributo vinculado de *referibilidade indireta* (ao obrigado), pois a sua hipótese de incidência não é a mera atuação estatal (no caso, a obra pública), e sim um benefício que esta possa trazer ao administrado (a valorização imobiliária)¹⁶.

A contribuição de melhoria, como a taxa, opera a divisão do custo da atividade estatal específica (construção da obra pública) apenas entre os indivíduos componentes do grupo

¹⁵ Somente a valorização de imóveis *de propriedade privada* enseja a cobrança de contribuição de melhoria (arts. 2º e 3º, § 3º, ambos do Decreto-Lei n. 195, de 27.02.1967).

¹⁶ Nesse sentido: DENARI, Zelmo. *Curso de direito tributário*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 53; PIRES, Adilson Rodrigues. *Manual de direito tributário*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 27. Dissentindo da doutrina citada, Carlos Araújo Leonetti entende que “do ponto de vista teórico nada obsta que possa ser instituída e cobrada contribuição de melhoria sem que tenha havido necessariamente valorização dos imóveis lindeiros à obra”. O que é indispensável para o autor citado, “é que haja alguma melhoria (...), algum benefício palpável, ainda que não mensurável monetariamente, para os contribuintes da exação” (*A contribuição de melhoria na Constituição de 1988*. Florianópolis: Diploma Legal, 2000, p. 108). No mesmo diapasão é a lição de Sacha Calmon Navarro Coelho: para o referido autor, a circunstância de o inciso III do art. 145 da Constituição de 1988 não ter mencionado a “valorização” significaria ter o Texto Constitucional optado pela “contribuição de melhoria tipo custo”, assim entendida a que leva em conta tão-somente o *valor* (custo total) da obra pública, tendo desaparecido, por conseguinte, a contribuição de melhoria recuperadora da “mais-valia imobiliária”, assim entendida a que toma em conta a valorização dos imóveis situados na área de influência da obra pública (*Curso de direito tributário brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 412-413).

limitado dos beneficiários daquela atividade (proprietários de imóveis cuja valorização decorreu da obra pública)¹⁷. A referida exação, aliás, tem como limite total a despesa realizada (isto é, o custo da obra¹⁸) e como limite individual o acréscimo de valor que da obra resultar para cada imóvel beneficiado (art. 81, CTN).

2.5. Os empréstimos compulsórios

Os empréstimos compulsórios são tributos que podem ser instituídos pela União, mediante lei complementar, em caso de calamidade pública, de guerra externa ou sua iminência (art. 148, I, CF/1988), ou no caso de investimento público de caráter urgente e de relevante interesse nacional (art. 148, II, CF/1988), os quais serão suprimidos gradativamente quando cessadas as causas de sua criação, após o que deverão ser restituídos. Caracterizam-se os empréstimos compulsórios pela exigência

¹⁷ Nesse sentido é o disposto no § 2º do Decreto-Lei 195/1967: "A determinação da Contribuição de Melhoria far-se-á rateando, proporcionalmente, o custo parcial ou total das obras, entre todos os imóveis incluídos nas respectivas zonas de influência".

¹⁸ O art. 4º do Decreto-Lei 195/1967 explicita o que se deve entender como "custo da obra", esclarecendo que nele se computam "as despesas de estudos, projetos, fiscalização, desapropriações, administração, execução e financiamento".

constitucional de previsão legal de devolução do montante do tributo ao contribuinte, ao fim de determinado período¹⁹.

Os empréstimos compulsórios devem ser considerados tributos por satisfazerem as cláusulas constantes da definição legal de tributo estampada no art. 3º do CTN²⁰. Sua denominação é, por esse motivo, até redundante, pois todo tributo é compulsório²¹.

Segundo Alfredo Augusto Becker, nenhuma influência exerce sobre a natureza jurídica do tributo, a circunstância de o mesmo ser ou não ser, mais tarde, devolvido ao contribuinte²².

¹⁹ MARQUES, Márcio Severo. *Classificação constitucional dos tributos*. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 192. Na lição de Eurico Marcos Diniz de Santi, empréstimo compulsório tem natureza tributária, mas não é espécie tributária autônoma: para o autor citado, trata-se “de um imposto afetado, com previsão de devolução” (grifamos) (As classificações no sistema tributário brasileiro. In: *Justiça tributária: direitos do fisco e garantias dos contribuintes nos atos da administração e no processo tributário*. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 143). No mesmo sentido é o entender de Alfredo Augusto Becker, que assinala: “Na verdade, a natureza jurídica do ‘empréstimo compulsório’ é a de um genuíno imposto” (grifo no original) (*Teoria geral do direito tributário*. 3. ed. São Paulo: Lejus, 1998, p. 394). Também Arnaldo Borges sustenta não configurar o empréstimo compulsório espécie tributária autônoma, mas entende que o referido tributo pode assumir a feição jurídica de imposto ou taxa (*Introdução ao direito tributário*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1992, p. 39). No entender Paulo de Barros Carvalho, o empréstimo compulsório pode revestir qualquer das formas de imposto, taxa ou contribuição de melhoria (*Curso de direito tributário*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 27). Para Luiz Emygdio F. da Rosa Júnior, os empréstimos compulsórios “não podem se posicionar como contribuições de melhoria em razão das atipidades dessa espécie tributária” (*Manual de direito financeiro e direito tributário*. 12. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 343).

²⁰ Ademais, o fato do CTN regular o empréstimo compulsório (art. 15) confirma a sua natureza tributária, pois, como ressalta Aliomar Baleeiro, o “que não é tributo constitui excrescência num código tributário” (*Direito tributário brasileiro*. 10. ed. Atualiz. por Flávio Bauer Novelli. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 114).

²¹ SANTI, Eurico Marcos Diniz de. As classificações no sistema tributário brasileiro. In: *Justiça tributária: direitos do fisco e garantias dos contribuintes nos atos da administração e no processo tributário*. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 142.

²² BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário*. 3. ed. São Paulo: Lejus, 1998, p. 287-288.

Tal assertiva é verdadeira no que tange à natureza jurídica do tributo *enquanto gênero* (natureza jurídica genérica do tributo): a circunstância do empréstimo compulsório ser restituível não retira dele a condição de tributo, até porque tal aspecto não foi considerado na conceituação legal de tributo (art. 3º, CTN)²³. Por outro lado, como adiante veremos (item 3.4), a circunstância de o tributo ser ou não ser devolvido ao contribuinte é relevante para a determinação de sua *natureza jurídica específica*. Nesse sentido é a lição de Eurico Marcos Diniz de Santi, que assinala: “Se de um lado é útil para a classificação das espécies tributárias, de outro é de todo irrelevante a destinação legal ou financeira ao qualificar-se uma prestação como *tributo*” (grifo no original)²⁴.

A aplicação dos recursos provenientes da cobrança de empréstimos compulsórios é vinculada à despesa extraordinária que fundamentou sua instituição, consoante determina o parágrafo único do art. 148 da CF/1988.

²³ CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 27; AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 24. Enfatiza, a respeito, Alfredo Augusto Becker: “O fato de o Estado devolver ao contribuinte em dinheiro (ou em títulos) o valor do tributo (com ou sem ‘juros’) não desqualifica a sua natureza jurídica de tributo, porque a *destinação* (indeterminada ou determinada) não altera a sua natureza jurídica que continuará sendo a de tributo” (grifo no original) (*Teoria geral do direito tributário*. 3. ed. São Paulo: Lejus, 1998, p. 394). Em sentido contrário é o entender de Eros Roberto Grau, que, analisando a questão na vigência de Constituição anterior, assevera: “Nem todos os recebimentos em dinheiro procedidos pelo estado correspondem à receita pública, alguns deles sendo portanto compreendidos como *movimentos de fundos ou de caixa*. Não há como, pois, entender os empréstimos compulsórios como *tributo restituível*: o simples fato de um recebimento do Estado ser restituível implica que não possa ser definido com receita e, conseqüentemente, como tributo” (grifos no original) (*Conceito de tributo e fontes do direito tributário*. São Paulo: Resenha Tributária: Instituto Brasileiro de Estudos Tributários, 1975, p. 20).

²⁴ SANTI, Eurico Marcos Diniz de. As classificações no sistema tributário brasileiro. In: *Justiça tributária: direitos do fisco e garantias dos contribuintes nos atos da administração e no processo tributário*. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 143.

A lei complementar que instituir o empréstimo compulsório deve fixar obrigatoriamente o prazo do empréstimo e as condições de seu resgate (art. 15, parágrafo único, CTN)²⁵.

2.6. As contribuições especiais

Além da contribuição de melhoria, a Constituição Federal prevê outras modalidades de contribuições, que estão indicadas no *caput* do art. 149, assim redigido: “Art. 149. Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo o previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo”.

As contribuições previstas no art. 149 da CF/1988 – que recebem da doutrina as mais variadas denominações, mas que serão aqui designadas de *contribuições especiais* – possuem, inegavelmente, natureza tributária, já que se enquadram perfeitamente no conceito legal de tributo (art. 3º, CTN). Ademais, o próprio Texto Constitucional reforça tal entendimento ao impor que tais contribuições observem o disposto nos arts. 146, III (que exige a edição de lei complementar para estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária), e 150, I (que consagra o princípio da legalidade tributária)²⁶ e III (que, em suas três alíneas, indica, sucessivamente, os princípios da irretroatividade da lei tributária, da anterioridade tributária e da

²⁵ Como nota Werner Nabiça Coelho, “a necessidade de restituição está inserta na idéia de empréstimo; entretanto, será na própria lei complementar que tais condições serão previstas” (Classificação dos tipos tributários. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, n. 54, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, janeiro-fevereiro/2004, p. 105).

²⁶ CF/1988, 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”.

anterioridade nonagesimal tributária²⁷) da CF/1988²⁸. Ora, se tais contribuições estão subordinadas ao regime jurídico próprio dos tributos, é porque, evidentemente, de tributo se trata²⁹.

²⁷ CF/1988, art. 150: "Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (...) 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; c) antes de decorridos noventa dias da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou, observado o disposto na alínea b". A alínea c do inciso III do art. 150 da CF/1988 foi acrescentada pela Emenda Constitucional n. 42, de 19.12.2003.

²⁸ No entender de Marco Aurélio Greco, não há, no art. 149 da CF/1988, determinação de que as contribuições (sejam sociais ou as demais de intervenção no domínio econômico e de interesse de categorias profissionais) sejam tributos. No entender do autor, se fossem tributos, o artigo excepcionaria os princípios tributários que não lhes fossem aplicáveis, ao invés de estabelecer que se aplicam a elas apenas alguns dos princípios tributários. Leciona, a respeito, o autor citado: "se o artigo 149 determina seja aplicada a disciplina típica do Direito Tributário, (...) é porque elas *não estão* dentro do âmbito tributário. Não pertencem a este gênero. Se estivessem, não precisaria mandar observar tais ou quais regras e critérios; se a intenção fosse dar-lhes a natureza tributária, bastaria incluir um item IV ao artigo 145 e toda a sistemática e regime tributário seriam automaticamente de observância obrigatória. Ou então, bastaria determinar a aplicação integral do regime tributário e prever as exceções que julgasse pertinentes, como faz com os impostos; e não escolher apenas alguns dispositivos constitucionais" (grifos no original) (*Contribuições (uma figura "sui generis")*). São Paulo: Dialética, 2000, p. 80-81).

²⁹ Nesse sentido: CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 531; BOTTALLO, Eduardo. Breves considerações sobre a natureza das contribuições sociais e algumas de suas decorrências. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). *Contribuições sociais: questões polêmicas*. São Paulo: Dialética, 1995, p. 12. Ressalte-se que utilizamos o argumento do regime jurídico tributário apenas como *reforço* de nossa conclusão. Na verdade, insistimos, a qualidade de ser tributo decorre da subsunção ao conceito legal de tributo (art. 3º, CTN) e não do regime jurídico aplicável. Dito de outro modo, o regime jurídico tributário é *efeito*, não *causa* de um determinado instituto pertencer à categoria dos tributos. Nesse sentido: SANTI, Eurico Marcos Diniz de. As classificações no sistema tributário brasileiro. In: *Justiça tributária: direitos do fisco e garantias dos contribuintes nos atos da administração e no processo tributário*. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 144-145.

O traço peculiar das contribuições especiais (que abrangem as sociais, as de intervenção no domínio econômico e as de interesse de categoria profissional ou econômica) é a vinculação da respectiva receita a finalidades pré-determinadas, ou seja, a circunstância do produto de sua arrecadação ser destinado, por lei, para emprego em fins específicos e não para qualquer objetivo³⁰. É o caso, por exemplo, das contribuições a que se refere o art. 195 da CF/1988, cobradas de empregados e

³⁰ Nesse sentido: JARDIM, Eduardo Marcial Ferreira. *Manual de direito financeiro e tributário*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 96; MARQUES, Márcio Severo. *Classificação constitucional dos tributos*. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 247; BOTTALLO, Eduardo. Breves considerações sobre a natureza das contribuições sociais e algumas de suas decorrências. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). *Contribuições sociais: questões polêmicas*. São Paulo: Dialética, 1995, p. 13. No entender de Ruy Barbosa Nogueira, as "contribuições parafiscais" (denominação que utiliza para designar as contribuições do art. 149 da CF/1988) são tributos, mas não constituem espécie tributária autônoma: "Como a natureza específica de cada tributo é determinada pelo *fato gerador* da respectiva obrigação (CTN, art. 4º), é o exame do fato gerador de cada espécie de contribuição que poderá demonstrar, em cada caso, se se trata de um imposto, de uma taxa ou de consorciação destas duas categorias" (grifo no original) (*Curso de direito tributário*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 177-178). No mesmo sentido: BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. 10. ed. Atualiz. por Flávio Bauer Novelli. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 64; CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 36; CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 533; BORGES, Arnaldo. *Introdução ao direito tributário*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1992, p. 39. Na lição de Yoshiaki Ichihara, as contribuições especiais, segundo a materialidade de seu fato gerador, podem enquadrar-se, ainda, como *contribuição de melhoria* (*Direito tributário*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 84), hipótese que é rejeitada por Paulo de Barros Carvalho, "posto que esta espécie foi concebida em termos de estreito relacionamento com a valorização do imóvel, traço que não só prejudica como até impede seu aproveitamento como forma de exigência e cobrança das contribuições sociais" (Ob. cit. p. 36). No mesmo sentido, rejeitando a possibilidade das contribuições a que se refere o art. 149 da CF/1988 revestirem a natureza de contribuição de melhoria: CARRAZZA, Roque Antonio. Ob. cit. p. 534; ROSA JÚNIOR, Luiz Emygdio F. da. *Manual de direito financeiro e direito tributário*. 12. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 343.

empregadores com o fim específico de financiar as despesas da seguridade social.

Na lição de Alfredo Augusto Becker, nenhuma influência exerce sobre a natureza jurídica do tributo, a circunstância de o mesmo ter uma destinação determinada³¹. Tal assertiva se mostra verdadeira no que tange à natureza jurídica do tributo *enquanto gênero* (natureza jurídica genérica do tributo): a circunstância do produto da arrecadação das contribuições especiais possuir destinação específica não retira delas a condição de tributo, até porque tal aspecto não foi considerado na conceituação legal do instituto (art. 3º, CTN)³². Por outro lado, como adiante veremos (item 3.4), a circunstância de o tributo ter uma destinação determinada (ou não) é relevante para a definição de sua *natureza jurídica específica*, a despeito do que dispõe o inciso II do art. 4º do CTN³³.

³¹ BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário*. 3. ed. São Paulo: Lejus, 1998, p. 287-288.

³² SANTI, Eurico Marcos Diniz de. As classificações no sistema tributário brasileiro. In: *Justiça tributária: direitos do fisco e garantias dos contribuintes nos atos da administração e no processo tributário*. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 143. No mesmo sentido é a lição de Eduardo Bottallo, que assinala: "Temos, em suma, nas contribuições, espécies dotadas de característica própria (vinculação do produto da arrecadação a finalidades pré-determinadas), o que, em certa medida, as peculiariza, sem, entretanto, comprometer a *natureza tributária* de que inegavelmente se revestem em face do ordenamento jurídico-positivo" (grifo no original) (Breves considerações sobre a natureza das contribuições sociais e algumas de suas decorrências. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). *Contribuições sociais: questões polêmicas*. São Paulo: Dialética, 1995, p. 13).

³³ CTN, art. 4º: "A natureza jurídica específica do tributo é determinada pelo fato gerador da respectiva obrigação, sendo irrelevantes para qualificá-la: (...) II - a destinação legal do produto da sua arrecadação".

3. Critérios para determinação da natureza jurídica específica do tributo

3.1. Considerações gerais: o art. 4º do CTN

Como visto anteriormente (item 2.1), para reconhecer se uma determinada receita pública possui natureza tributária, basta confrontá-la com o conceito legal de tributo (art. 3º, CTN). Se, feito tal confronto, a receita analisada se adequar ao conceito em questão, ter-se-á tributo; caso contrário, não se tratará de receita tributária, escapando, por conseguinte, ao regime jurídico próprio de tal espécie de exação.

Não basta, todavia, ao aplicador do direito identificar se o caso é ou não de receita tributária, mas, também, de que *espécie tributária* se trata. Cuida-se de identificar, em outras palavras, a *natureza jurídica específica* do tributo, sendo que o CTN fornece, em seu art. 4º, alguns critérios para a determinação de tal natureza. O referido dispositivo assim encontra-se redigido: "Art. 4º. A natureza jurídica específica do tributo é determinada pelo fato gerador da respectiva obrigação, sendo irrelevantes para qualificá-la: I - a denominação e demais características formais adotadas pela lei; II - a destinação legal do produto da sua arrecadação".

Percebe-se pela redação do texto normativo transcrito, que o mesmo indica um único fator como determinante da natureza jurídica específica do tributo³⁴: o *fato gerador* do mesmo. Bastaria, pois, que o art. 4º do CTN veiculasse tal informação: se, como reza, é apenas o fato gerador do tributo que permite identificar a espécie tributária que se trate, tudo o mais se apresenta irrelevante para qualificá-la.

Todavia, para deixar clara sua idéia, o legislador estatuiu, ainda, serem irrelevantes para a definição da natureza jurídica específica do tributo: a) a denominação e outras características

³⁴ Para a determinação da *natureza jurídica genérica do tributo*, isto é, para reconhecer-se se uma receita possui natureza tributária, o dispositivo a ser considerado é o art. 3º do CTN.

formais adotadas pela lei; b) a destinação legal do produto da arrecadação do tributo.

Quanto ao *nomen juris* do tributo, é evidente sua irrelevância para a determinação da natureza jurídica específica do tributo, pois, como ressalta Aliomar Baleeiro, não poderia ter efetividade nem sobrevivência o sistema tributário nacional instituído pela Constituição, "se fosse lícito ao legislador ordinário iludi-lo, pela troca dos nomes de cada tributo, para invasão do campo tributário reservado a competência diversa"³⁵. Assim, a circunstância de um tributo receber do legislador determinada designação nada significa, já que, nos termos do inciso I do art. 4º do CTN, é irrelevante a impropriedade técnica do *nomen juris* eventualmente adotado³⁶.

Feitas tais considerações, passa-se, nas linhas seguintes, a examinar os critérios que, efetivamente, interessam ao aplicador do direito para fins de determinação da natureza jurídica específica dos tributos.

3.2. Fato gerador

Consoante dispõe o *caput* do art. 4º do CTN, é o fato gerador do tributo o único elemento que importa para o fim de definição da natureza jurídica específica do tributo.

Tal assertiva será correta *se for considerado igualmente correto o disposto no art. 5º do CTN*, segundo o qual os tributos são, apenas, impostos, taxas e contribuição de melhoria. Com efeito, para distinguir cada uma das referidas espécies de tributos das demais, é o fato gerador o elemento diferenciador: se o tributo analisado tiver por fato gerador uma situação de fato que se refira

³⁵ BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. 10. ed. Atualiz. por Flávio Bauer Novelli. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 63.

³⁶ A denominação é irrelevante até mesmo no processo de determinação da natureza jurídica genérica do tributo, isto é, para reconhecer-se se uma dada receita pública possui natureza tributária. O fato de uma lei designar de "preço público" (ou "tarifa") o que, em verdade, configura taxa, não tem o condão de modificar a natureza da receita em questão, com o que, se fosse juridicamente possível tal alteração, escaparia a exação das limitações constitucionais impostas ao poder de tributar.

exclusivamente à pessoa do obrigado e à sua esfera de atividade, independentemente de qualquer atividade estatal específica referida ao contribuinte, ter-se-á *imposto* (art. 16, CTN); se o tributo em questão tiver por fato gerador o exercício do poder de polícia ou a prestação ou disponibilidade de um determinado serviço público específico e divisível, ter-se-á *taxa* (art. 145, II, CF/1988; art. 77, CTN); se o tributo tiver por fato gerador a valorização de imóvel particular em decorrência da construção de determinada obra pública, ter-se-á *contribuição de melhoria* (art. 145, II, CF/1988; art. 81, CTN).

Ocorre que, como visto, os impostos, as taxas e as contribuições de melhoria não são as únicas espécies tributárias existentes no direito brasileiro, que também confere natureza tributária aos *empréstimos compulsórios* (art. 148, CF/1988) e às *contribuições especiais* (art. 149, CF/1988). Para a determinação da natureza jurídica específica de tais tributos, o fato gerador não é critério eficaz, já que tais espécies tributárias não se distinguem das demais pelo respectivo fato gerador, que, aliás, sequer é mencionado no Texto Constitucional. Para identificar tais espécies de tributos, o elemento determinante é, a despeito do que dispõe o inciso II do art. 4º do CTN, a destinação do produto de sua arrecadação. Antes, contudo, que se analise tal assertiva – a de que a destinação do produto da arrecadação não é irrelevante para a qualificação da natureza jurídica específica de certos tributos (notadamente, dos empréstimos compulsórios e das contribuições especiais) –, analisar-se-á, no item seguinte, se a base de cálculo do tributo é, assim como seu fato gerador, elemento importante para a determinação de sua natureza jurídica específica.

3.3. Base de cálculo

A expressão “base de cálculo”, no direito positivo brasileiro, designa a importância (grandeza) sobre a qual se aplica a alíquota, para a determinação do valor do tributo³⁷. Apresenta-se, pois, a base de cálculo como o critério escolhido pelo legislador para quantificar, isto é, dimensionar monetariamente, o fato gerador do tributo. No dizer de Amílcar Falcão, a base de cálculo afigura-se como “verdadeira e autêntica expressão econômica” do fato gerador do tributo³⁸.

A base de cálculo, no entanto, não tem como única função servir de elemento para a quantificação da prestação tributária do sujeito passivo (devida desde o momento em que ocorre o fato gerador), servindo, também, para *afirmar, infirmar* ou *confirmar* a natureza jurídica específica do tributo que será exigido do contribuinte³⁹. Isto porque, sendo a base de cálculo a dimensão da materialidade do tributo, necessita ter congruência, isto é, precisa harmonizar-se com a situação descrita na norma jurídica tributária como apta a desencadear o dever tributário, sob pena de desvirtuamento de sua própria hipótese de incidência (e, pois, da natureza jurídica específica do tributo)⁴⁰. Assim, em razão da necessária correlação entre os termos do binômio fato gerador/base de cálculo, esta última não apenas irá medir as proporções

³⁷ OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Base de cálculo. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Base de cálculo*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Resenha Tributária, Centro de Estudos de Extensão Universitária, 1991, p. 212. No mesmo sentido: ROCHA, Valdir de Oliveira. *Determinação do montante do tributo: quantificação, fixação e avaliação*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 1995, p. 103.

³⁸ FALCÃO, Amílcar. *Fato gerador da obrigação tributária*. 6. ed. Atualiz. por Flávio Bauer Novelli. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 78.

³⁹ CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 323; CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 237, nt. de rodapé n. 18.

⁴⁰ FALCÃO, Amílcar. *Fato gerador da obrigação tributária*. 6. ed. Atualiz. por Flávio Bauer Novelli. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 79; CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 237, nt. de rodapé n. 18; TAVARES, Alexandre Macedo. *Fundamentos de direito tributário*. Florianópolis: Momento Atual, 2003, p. 61-62.

reais do primeiro (*função mensuradora*), servindo para compor a específica determinação da dívida (*função objetiva*), mas também, quando posta em comparação com o fato gerador, servirá para afirmar, infirmar ou confirmar a natureza jurídica específica do tributo (*função comparativa*)⁴¹.

Com efeito, apesar de o art. 4º do CTN estatuir que é o fato gerador o único critério apto a definir a natureza jurídica específica de um tributo, a própria Constituição Federal reconhece que também a base de cálculo possui tal função, ao vedar às taxas possuírem “base de cálculo própria de impostos” (art. 145, § 2º)⁴². Ora, sendo a taxa um tributo vinculado (já que seu fato gerador é uma atuação estatal) e sendo a base de cálculo a dimensão da materialidade do tributo, não pode tal espécie tributária ter por base de cálculo algum dado que se refira exclusivamente à pessoa do obrigado e à sua esfera de atividade, independentemente de qualquer atividade estatal específica referida ao contribuinte, pois, neste caso, ter-se-ia *imposto*.

Outro dispositivo no qual a vigente Constituição reconhece a função comparativa da base de cálculo – isto é, da função de afirmar, infirmar ou confirmar a natureza jurídica específica do tributo – é o art. 154, I, assim redigido: “Art. 154. A União poderá instituir: I - mediante lei complementar, impostos não previstos no artigo anterior, desde que sejam não-cumulativos e não tenham fato gerador ou base de cálculo próprios dos discriminados nesta Constituição;” (...) (grifamos).

Como se vê, o Texto Constitucional reconhece, no dispositivo supra, a competência tributária residual da União, que pode instituir outros impostos além daqueles compreendidos em sua competência privativa (art. 153, CF/1988). O referido

⁴¹ CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 328. Em idêntico sentido: BARRETO, Aires Fernandino. *Base de cálculo, alíquota e princípios constitucionais*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 115-116.

⁴² Norma semelhante consta do parágrafo único do art. 77 do CTN, com a seguinte redação: “A taxa não pode ter base de cálculo ou fato gerador idênticos aos que correspondam a imposto, nem ser calculada em função do capital das empresas”.

dispositivo, ao proibir que tais impostos “novos” tenham fato gerador ou base de cálculo idênticos aos dos demais impostos já expressamente previstos na própria Constituição, reconheceu que se o fato gerador do “imposto residual” for diferente daqueles indicados no Texto Constitucional para os demais impostos, mas sua *base de cálculo for idêntica* a de qualquer um destes, não ter-se-á “imposto novo”, “residual”, mas criação de imposto já existente, configurando bitributação ou “*bis in idem*”, conforme o caso⁴³.

Percebe-se, por todo do exposto, que a base de cálculo tem, de fato, a função de afirmar, infirmar ou confirmar a natureza jurídica específica do tributo. Tal é a relevância de tal função que, como visto, havendo incongruência entre os termos do binômio fato gerador/base de cálculo, *esta última é que deverá prevalecer*. Neste caso, o fato gerador descrito na norma jurídica tributária será substituído pelo que percebemos estar sendo medido através da base de cálculo⁴⁴.

⁴³ Bitributação ocorre quando dois ou mais entes políticos instituem tributos sobre o mesmo fato gerador. “*Bis in idem*” se dá quando o mesmo ente institui mais de um tributo sobre o mesmo fato gerador.

⁴⁴ CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 327. Em idêntico sentido: JARDIM, Eduardo Marcial Ferreira. *Manual de direito financeiro e tributário*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 98; OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Base de cálculo. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Base de cálculo*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Resenha Tributária / Centro de Estudos de Extensão Universitária, 1991, p. 214. Em sentido contrário é o entender de José Marcos Domingues de Oliveira, que sustenta a preponderância do fato gerador sobre a base de cálculo, como elemento determinante da natureza jurídica específica dos tributos: “Não há dúvida de que a base de cálculo deve ser a expressão econômica do fato gerador, mas ela só se legitimará se for logicamente consistente com ele. Por isso a Constituição designa os tributos pelos seus fatos geradores, não pelas respectivas bases de cálculo, a par de utilizá-los para distribuir as competências tributárias privativas. O valor maior entre ambos há de ser o fato gerador, pois, ademais, ele é que dá nascimento à obrigação tributária” (grifos no original) (Contribuição provisória sobre movimentação financeira – capacidade contributiva e outros questionamentos. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). *Contribuições sociais: problemas jurídicos (Cofins, PIS, CSLL e CPMF)*. São Paulo: Dialética, 1999, p. 165).

3.4. Destinação do produto da arrecadação

O inciso II do art. 4º do CTN, como visto, assevera categoricamente ser irrelevante para a determinação da natureza jurídica específica do tributo “a destinação legal do produto da sua arrecadação”.

Tal disposição recebe a aprovação de Geraldo Ataliba, que entende nenhuma influência exercer na configuração jurídica do tributo o que o Estado vai fazer do dinheiro levantado⁴⁵.

No mesmo sentido é a lição de Alfredo Augusto Becker, que destacava não ser, sequer, objeto do Direito Tributário o estudo de tal questão. São suas as seguintes palavras: “Nenhuma influência exerce sobre a natureza jurídica do tributo, a circunstância de o tributo ter uma destinação determinada ou indeterminada; ser ou não ser, mais tarde, devolvido ao próprio e mesmo contribuinte em dinheiro, em títulos ou em serviços (...). O tributo é o objeto da *prestação* jurídica. Uma vez efetuada a prestação, a relação jurídico-tributária se *extingue*. O que acontece depois com o bem que dava consistência material ao tributo acontece em momento *posterior* e em *outra* relação jurídica, esta última de natureza *administrativa*. A regra jurídica que disciplinar a destinação e utilização de tributo é regra jurídica de natureza *administrativa*” (grifos no original)⁴⁶.

⁴⁵ ATALIBA, Geraldo. *Estudos e pareceres de direito tributário*. v. 2. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1978, p. 101.

⁴⁶ BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário*. 3. ed. São Paulo: Lejus, 1998, p. 287-288. No mesmo sentido é o entendimento de Heron Arzua, que, analisando a sistemática constitucional anterior, leciona: “A vinculação das tarefas a qualquer fatia da atividade humana não tem o condão de definir-lhes a espécie tributária. Isto porque o custeio dessas tarefas não se comunica com o problema da obtenção dos recursos necessários ao desempenho dos fins visados pelo Estado” (*Contribuição ao estudo dos tributos parafiscais: o tributo previdenciário rural*. São Paulo: Resenha Tributária, 1975, p. 16).

⁴⁷ SOUSA, Rubens Gomes de. *Compêndio de legislação tributária*. Ed. póstuma, São Paulo: Resenha Tributária, 1981, p. 41; ROSA JÚNIOR, Luiz Emygdio F. da. *Manual de direito financeiro e direito tributário*. 12. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 18.

O argumento de Becker merece ser analisado. É que apesar de o Direito Tributário regular o campo da atividade financeira do Estado relativo às receitas provenientes dos tributos (receitas tributárias), o referido ramo do Direito cuida apenas do aspecto da *obtenção* das mencionadas receitas, abrangendo, portanto, a atividade principal do Estado na matéria, que é referente à cobrança (*instituição e arrecadação*) de tributos, incluída também a atividade acessória ou complementar, que é aquela referente às medidas destinadas a garantir aquela cobrança, ou seja, à *fiscalização* dos tributos⁴⁷, ao passo que o campo da *destinação* das receitas tributárias é normatizado pelo Direito Financeiro⁴⁸. Como frisa Paulo de Barros Carvalho, o Direito Tributário “não se ocupa de momentos ulteriores à extinção do liame fiscal”⁴⁹.

Ressalte-se que a norma do inciso II do art. 4º do CTN (segundo a qual a destinação do produto da arrecadação do tributo é irrelevante para a determinação de sua natureza jurídica específica) somente faz sentido no universo vislumbrado pelo CTN, no qual somente existiriam as três espécies tributárias mencionadas em seu art. 5º: *impostos, taxas e contribuição de melhoria*⁵⁰. De fato, quanto a tais categorias, o fato gerador (e sua correspondente base de cálculo) é suficiente para distingui-las umas das outras.

Ocorre que, como visto, o direito brasileiro também confere natureza tributária aos *empréstimos compulsórios* (art. 148, CF/1988) e às *contribuições especiais* (art. 149, CF/1988), sendo que, para a determinação da natureza jurídica específica de tais tributos, o fato gerador não se mostra critério eficaz, já que tais espécies tributárias não se distinguem das demais pelos

⁴⁸ JARDIM, Eduardo Marcial Ferreira. *Manual de direito financeiro e tributário*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 16.

⁴⁹ CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 30-31.

⁵⁰ PINTO, Flávia Sousa Dantas. Regra-matriz das contribuições: uma proposta. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; ELALI, André (coord.) *Elementos atuais de direito tributário: estudos e conferências*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 216-217.

respectivos fatos geradores, que, aliás, sequer são mencionados no Texto Constitucional⁵¹.

Assim, apesar da destinação do produto da arrecadação das receitas tributárias não ser matéria de Direito Tributário, mas de Direito Financeiro⁵², tal elemento será determinante para identificar certas espécies de tributos, a despeito do que dispõe o inciso II do art. 4º do CTN⁵³. Cabem, neste passo, as palavras de Eduardo Marcial Ferreira Jardim, que leciona: “Cumprir frisar, em alto e bom som, que a destinação do produto da arrecadação é relevante para determinar a espécie tributária, desde que contemplada no regime jurídico tributário, a exemplo do quanto ocorre na messe do empréstimo compulsório e das contribuições sociais, interventivas e corporativas. O que não é relevante para o regime jurídico tributário é a destinação atribuída às receitas tributárias na órbita do direito financeiro” (grifamos)⁵⁴.

Relativamente à aplicação do produto da arrecadação do tributo, o autor referido distingue entre a *destinação legal* (é a esta que se refere o art. 4º, II, CTN) e a *destinação efetiva* (ou *destinação financeira*): a primeira é relevante para determinar a espécie tributária quanto aos chamados “tributos finalísticos” (empréstimo compulsório e contribuições especiais), ao passo que a última não afetaria a natureza jurídica específica do tributo. No mesmo sentido é a percepção de Eurico Marcos Diniz de Santi, que assinala: “É inadmissível confundir *destinação legal* com *destinação financeira*, de veras esta é eficácia jurídica daquela e,

⁵¹ É por esta razão que preferimos não enquadrar as referidas espécies exacionais na classificação doutrinária que divide os tributos em vinculados e não-vinculados, porquanto entendemos que o fato gerador das contribuições especiais e dos empréstimos compulsórios *pode ou não estar vinculado a alguma atividade estatal*.

⁵² Não é por outra razão que a doutrina pátria leciona pertencer o tema da “repartição das receitas tributárias” (arts. 157 a 162, CF/1988) ao campo de especulação do Direito Financeiro.

⁵³ MARQUES, Márcio Severo. *Classificação constitucional dos tributos*. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 217-225.

⁵⁴ JARDIM, Eduardo Marcial Ferreira. *Manual de direito financeiro e tributário*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 96.

portanto, totalmente irrelevante no esboço da tipologia tributária” (grifos no original)⁵⁵.

Quanto à *destinação efetiva* do produto da arrecadação (não quanto à *destinação legal*), é pertinente a lição de Alfredo Augusto Becker, anteriormente referida: o que acontecer depois do pagamento com o bem que dava consistência material ao tributo acontece em momento posterior à extinção da obrigação e, pois, não interessa ao Direito Tributário, mas ao Direito Financeiro. Transcreve-se, a respeito, exemplo fornecido por Eduardo Marcial Ferreira Jardim: “a CPMF exemplifica o alegado, tanto que o regime jurídico configurador de contribuição encontra lastro no art. 149 do Texto Excelso, vale dizer, *trata-se da tributação de uma dada conduta com receitas afetadas, na estrita observância ao regime jurídico tributário imerso no aludido comando constitucional*. Por outro lado, *a efetiva aplicação dos recursos arrecadados na área da saúde é matéria de direito financeiro* e, por isso mesmo, depara-se irrelevante para o regime tributário, tanto que na hipótese de o governo federal atribuir destinação diversa às receitas respectivas, ainda assim, o referido tributo não perderia a natureza de contribuição social” (grifamos)⁵⁶.

Procurando estabelecer a distinção entre a *destinação legal* e a *destinação efetiva* do produto da arrecadação dos tributos, Flávia Sousa Dantas Pinto leciona: “ao falarmos em vinculação da destinação, há que se distinguir entre a *vinculação normativa* e a *destinação efetiva* da quantia arrecadada aos fins que justificaram a criação da exação. No primeiro caso (vinculação normativa), o que se observa é se a norma que veicula uma determinada contribuição prevê tal finalidade, sob pena de, em havendo tal omissão, ser a referida norma considerada inválida. Por sua vez, a destinação efetiva do *quantum* arrecadado ao arrepio do que fora previsto no plano normativo é análise fática da atuação do

⁵⁵ SANTI, Eurico Marcos Diniz de. As classificações no sistema tributário brasileiro. In: *Justiça tributária: direitos do fisco e garantias dos contribuintes nos atos da administração e no processo tributário*. São Paulo: Max Limonad, 1998, nt. de rodapé n. 51, p. 138.

⁵⁶ JARDIM, Eduardo Marcial Ferreira. *Manual de direito financeiro e tributário*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 97.

Poder Público, de modo que o desvio da quantia arrecadada a título de contribuição para finalidade outra, diversa das que foi prevista constitucional e legalmente, implica sanções administrativas para o gestor da coisa pública, mas jamais, a invalidade da norma jurídica, a qual, para todos os fins de direito, foi concebida em estrita conformidade material e formal para com a Carta Magna” (grifamos)⁵⁷.

A natureza jurídica específica do tributo, portanto, se define através do exame de sua materialidade (*fato gerador*) e respectiva dimensão (*base de cálculo*), numa adequada correlação lógica, sendo relevante o exame da *destinação legal* (não da destinação efetiva) do produto da arrecadação no caso dos *empréstimos compulsórios* e das *contribuições especiais*⁵⁸. O inciso II do

⁵⁷ PINTO, Flávia Sousa Dantas. Regra-matriz das contribuições: uma proposta. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; ELALI, André (coord.) *Elementos atuais de direito tributário: estudos e conferências*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 222. No mesmo sentido: MELO, José Eduardo Soares de. *Contribuições sociais no sistema tributário*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 36.

⁵⁸ Em sentido contrário é o entender de Fernando José Dutra Martuscelli, que, procurando justificar o inciso II do art. 4º do CTN, assevera: “Os elementos distintivos de um ente tributário qualquer serão sempre a base de cálculo e o critério material da hipótese de incidência. Assim, tanto os empréstimos compulsórios como as contribuições parafiscais teriam de ser, em tese, imposto, taxa ou contribuição de melhoria” (*Elementos de direito tributário*. Campinas, SP: Mizuno, 2000, p. 64).

art. 4º do CTN, pelo exposto, continua vigente e eficaz apenas quanto aos impostos, taxas e contribuição de melhoria⁵⁹.

4. Conclusões

Diante do exposto, podemos concluir que:

a) a caracterização jurídica do tributo (art. 9º, Lei 4.320/64; art. 3º, CTN) é importante por: (i) estabelecer as características comuns a todas as espécies tributárias; (ii) indicar as características diferenciadoras do tributo relativamente às demais espécies de receitas públicas;

b) o conceito de “tributo”, embora designe uma espécie do gênero “receita pública”, é também ele mesmo um *conceito genérico*, no sentido de que o seu conteúdo compreende várias espécies, a saber: (i) impostos (art. 145, I, CF/1988; art. 16, CTN); (ii) taxas (art. 145, II, CF/1988; arts. 77 a 80, CTN); (iii) contribuição de melhoria (art. 145, III, CF/1988; arts. 81 e 82, CTN); (iv) empréstimos compulsórios (art. 148, CF/1988; art. 15, CTN); (v) contribuições especiais, as quais, por sua vez, subdividem-se em sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse de categoria profissional ou econômica (art. 149, *caput*, CF/1988);

⁵⁹ Nesse sentido: TAVARES, Alexandre Macedo. *Fundamentos de direito tributário*. Florianópolis: Momento Atual, 2003, p. 66; COELHO, Werner Nabiça. Classificação dos tipos tributários. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, n. 54, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, janeiro-fevereiro/2004, p. 107; PINTO, Flávia Sousa Dantas. Regra-matriz das contribuições: uma proposta. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; ELALI, André (coord.) *Elementos atuais de direito tributário: estudos e conferências*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 217. No entender de Fernando Facury Scaff, o art. 4º, II, do CTN, após o advento do art. 167, IV, da CF/1988, somente é aplicável aos impostos, e não às demais espécies tributárias (As contribuições sociais e o princípio da afetação. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.) *Direito tributário e reforma do sistema*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais: Centro de Extensão Universitária, 2003, p. 237-238. Segundo Marçal Justen Filho, o inciso II do art. 4º do CTN (ao contrário do inciso I do mesmo artigo), na vigência da atual Constituição, não permanece eficaz (Contribuições sociais. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Contribuições sociais*. São Paulo: Resenha Tributária: Centro de Extensão Universitária, 1992, p. 157, nt. de rodapé n. 18).

c) a denominação e demais características formais adotadas pela lei instituidora do tributo são irrelevantes para a definição da natureza jurídica específica do tributo, estando correto, quanto a este ponto, o art. 4º do CTN (inciso I do referido artigo);

d) a natureza jurídica específica do tributo se define através do exame de sua materialidade (fato gerador) e respectiva dimensão (base de cálculo), numa adequada correlação lógica, sendo relevante o exame da destinação legal (não da destinação efetiva) do produto da arrecadação no caso dos empréstimos compulsórios e das contribuições especiais;

e) o dispositivo do CTN segundo o qual a destinação legal do produto da arrecadação do tributo é irrelevante para determinação da sua natureza jurídica específica (art. 4º, II, CTN) foi elaborado tendo em vista o disposto no art. 5º do CTN, que admitia como espécies tributárias apenas os impostos, as taxas e as contribuições de melhoria;

f) nenhuma influência exerce sobre a natureza jurídica do tributo enquanto gênero (*natureza jurídica genérica do tributo*), a circunstância do produto da arrecadação do mesmo ter uma destinação determinada, até porque tal aspecto não foi considerado na conceituação legal do instituto (art. 3º, CTN), sendo relevante, no entanto, para a definição de sua *natureza jurídica específica*, a despeito do que dispõe o inciso II do art. 4º do CTN.

Bibliografia

AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

ARZUA, Heron. *Contribuição ao estudo dos tributos parafiscais: o tributo previdenciário rural*. São Paulo: Resenha Tributária, 1975.

ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

- _____. *Estudos e pareceres de direito tributário*. v. 2. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1978.
- BALEIRO**, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. 10. ed. Atualiz. por Flávio Bauer Novelli. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- BARRETO**, Aires Fernandino. *Base de cálculo, alíquota e princípios constitucionais*. São Paulo: Max Limonad.
- BECKER**, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário*. 3. ed. São Paulo: Lejus, 1998.
- BORGES**, Arnaldo. *Introdução ao direito tributário*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1992.
- BOTTALLO**, Eduardo. Breves considerações sobre a natureza das contribuições sociais e algumas de suas decorrências. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). *Contribuições sociais: questões polêmicas*. São Paulo: Dialética, 1995, p. 9-18.
- CARRAZZA**, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- CARVALHO**, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
- COELHO**, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- COELHO**, Werner Nabiça. Classificação dos tipos tributários. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, n. 54, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, janeiro-fevereiro/2004, p. 101-107.
- FALCÃO**, Amílcar. *Fato gerador da obrigação tributária*. 6. ed. Atualiz. por Flávio Bauer Novelli. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- RAU**, Eros Roberto. *Conceito de tributo e fontes do direito tributário*. São Paulo: Resenha Tributária: Instituto Brasileiro de Estudos Tributários, 1975.
- GRECO**, Marco Aurélio. *Contribuições (uma figura "sui generis")*. São Paulo: Dialética, 2000.
- ICHIHARA**, Yoshiaki. *Direito tributário*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- JARDIM**, Eduardo Marcial Ferreira. *Manual de direito financeiro e tributário*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- JUSTEN FILHO**, Marçal. Contribuições sociais. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Contribuições sociais*. São Paulo:

- Resenha Tributária: Centro de Extensão Universitária, 1992, p. 149-170.
- LEONETTI**, Carlos Araújo. *A contribuição de melhoria na Constituição de 1988*. Florianópolis: Diploma Legal, 2000.
- MACHADO**, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 21 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- MARQUES**, Márcio Severo. *Classificação constitucional dos tributos*. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- MARTINS**, Cláudio. *Compêndio de finanças públicas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988.
- MARTUSCELLI**, Fernando José Dutra. *Elementos de direito tributário*. Campinas, SP: Mizuno, 2000.
- MELO**, José Eduardo Soares de. *Contribuições sociais no sistema tributário*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- MICHELI**, Gian Antonio. *Curso de direito tributário*. Trad. de Marco Aurélio Greco e Pedro Luciano Marrey Jr. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1978.
- NOGUEIRA**, Ruy Barbosa. *Curso de direito tributário*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- OLIVEIRA**, José Marcos Domingues de. Contribuição provisória sobre movimentação financeira – capacidade contributiva e outros questionamentos. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). *Contribuições sociais: problemas jurídicos (Cofins, PIS, CSLL e CPMF)*. São Paulo: Dialética, 1999, p. 159-177.
- OLIVEIRA**, Ricardo Mariz de. Base de cálculo. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Base de cálculo*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Resenha Tributária / Centro de Estudos de Extensão Universitária, 1991, p. 209-246.
- PASCOAL**, Valdecir Fernandes. *Direito financeiro e controle externo*. Rio de Janeiro: Impetus, 2002.
- PINTO**, Flávia Sousa Dantas. Regra-matriz das contribuições: uma proposta. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; ELALI, André (coord.) *Elementos atuais de direito tributário: estudos e conferências*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 211-232.
- PIRES**, Adilson Rodrigues. *Manual de direito tributário*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

- ROCHA**, Valdir de Oliveira. *Determinação do montante do tributo: quantificação, fixação e avaliação*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 1995.
- ROSA JÚNIOR**, Luiz Emygdio F. da. *Manual de direito financeiro e direito tributário*. 12. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- SANTI**, Eurico Marcos Diniz de. As classificações no sistema tributário brasileiro. In: VVAA. *Justiça tributária: direitos do fisco e garantias dos contribuintes nos atos da administração e no processo tributário*. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 125-147.
- SCAFF**, Fernando Facury. As contribuições sociais e o princípio da afetação. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.) *Direito tributário e reforma do sistema*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais: Centro de Extensão Universitária, 2003, p. 214-241.
- SILVA**, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- SOUSA**, Rubens Gomes de. *Compêndio de legislação tributária*. Ed. póstuma, São Paulo: Resenha Tributária, 1981.
- TAVARES**, Alexandre Macedo. *Fundamentos de direito tributário*. Florianópolis: Momento Atual, 2003.
- TORRES**, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- VALDÉS COSTA**, Ramón. *Curso de derecho tributario*. 3. ed. Bogotá: Temis, 2001.
- XAVIER**, Alberto. *Manual de direito fiscal*. v. I. Lisboa: s/ed., 1974.
- ZAVARIZI**, Índio Jorge; ROSA JÚNIOR, Hélio T. da. Natureza jurídica das contribuições especiais. In: BALTHAZAR, Ubaldo César; PALMEIRA, Marcos Rogério (coord.). *Temas de direito tributário: estudos em homenagem ao Prof. Índio Jorge Zavarizi*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2001, p. 11-17.

A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E A PRESERVAÇÃO DOS BENS CULTURAIS

Heloyza Simonetti Teixeira (*)

Sumário: 1. Introdução - 2. Função social da propriedade e a preservação dos bens culturais - 3. Conclusão - Bibliografia

1. Introdução

Neste artigo será abordada a questão do entrelaçamento entre dois aspectos que influenciam diretamente a preservação do patrimônio cultural: a função social da propriedade e a preservação dos bens culturais.

Informam esta abordagem: primeiro o modo como deve ser visto o exercício do direito de propriedade, realçando a interferência que exerce na questão da preservação do patrimônio cultural, e, segundo, a valorização do bem cultural como forma de proteção.

A visão constitucional atual, no Brasil, abarca exatamente a concepção da função social da propriedade como condição para possibilitar o exercício desse direito. Refletir acerca da importância da função social da propriedade para a preservação do bem cultural é fundamental, para que, ao se atribuir o valor cultural ao bem, reconheça-se que este já estará cumprindo sua função social.

A faceta cultural do bem é coletiva, podendo o domínio continuar a ser particular. Por esse motivo é imprescindível a preservação do bem cultural, uma vez que não cabe ao seu proprietário individual decidir, por seus próprios interesses, o destino desse bem, sem considerar a sua importância para a sociedade. A partir do momento que um bem é classificado como cultural, alcança-se uma perfeita harmonia entre o uso individual da propriedade e o alcance de seus fins sociais.

* Procuradora do Estado do Amazonas, Especialista e Mestre em Direito Ambiental, Professora do Curso de Direito da Universidade Estadual do Amazonas, Professora do Curso de Direito e do Curso de Pós-graduação do, Centro Universitário de Ensino Integrado da Amazônia - CIESA.

2. Função social da propriedade e a preservação dos bens culturais

Em uma rápida digressão histórica, tem-se que a evolução do conceito de propriedade passa, inicialmente, pela idéia de produção, porquanto lhe era atribuída condição de sustento da família. Neste sentido, sempre recebeu proteção jurídica.

Vê-se, então, que o caráter privado da propriedade existia desde os primórdios da sociedade. A partir do Código de Hamurabi já se tinha notícia da valorização do interesse social da propriedade.

Contudo, o instituto da propriedade privada surgiu com o Direito romano, no qual assumia caráter religioso, sendo a propriedade considerada intocável, segundo previsão da Lei das Doze Tábuas. Contudo, desde Roma, a noção primitiva de propriedade, sendo aquela individualista, sofreu evolução. Imantou-se no sentido do individual para o social¹.

A partir da era medieval, essa visão foi sendo substituída de modo a aproximar-se do que é hoje. Existia um fracionamento do conceito de propriedade: domínio e utilização da terra, sem identificação entre estes dois conceitos para fins de exata determinação do direito de propriedade.

Insurgindo-se contra esse sistema, considerado incompatível com os ideais de liberdade individual, evoluiu, na França, um pensamento jurídico liberal que restaurou a unidade da propriedade, expresso pela Revolução Francesa. A grande Revolução, sob essa ótica, significou um forte movimento contra a propriedade feudal. Nesse contexto, a propriedade passou a ser um direito natural do homem do mesmo modo que os outros direitos individuais e liberdades fundamentais².

Com a instalação dos Estados Modernos e diante das transformações sociais e econômicas que se opunham às idéias da Revolução Francesa, iniciou-se um movimento com vistas a

¹ CRETELLA JUNIOR, José. *Direito administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 890.

² GOMES, Orlando; VARELLA, Antunes. *Direito econômico I*. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 168.

condicionar o exercício do direito de propriedade ao bem-estar geral e interesse social. Nesse sentido, destaca-se o pensamento de René Savatier³, que apregoa a necessidade de se atribuir função social à propriedade, mediante o emprego do trabalho, para que gere frutos. Sem isso só existirá matéria, despida de função social. Fica entendido, desse modo, o alcance da expressão “função social da propriedade”.

Assim, o que passou a interessar foi não mais o domínio da propriedade, porém a forma como esta era exercida. Em relação à atividade econômica, considerava-se como eram utilizadas as atividades das empresas, de tal sorte que não era a propriedade em si que reclamava modificação, porque como direito individual foi sendo substituída⁴.

Este o espírito que norteia o uso da propriedade na Constituição, qual seja o de atender, precipuamente, a sua função social.

Tratando sobre a função social da propriedade na Constituição Federal, Eros Roberto Grau⁵ afirma que a função social da propriedade só tem sentido quando referida à propriedade privada, eis que o novo conteúdo específico que lhe foi atribuído confere-lhe uma nova feição. Em relação à função social da propriedade estatal, nada inovou, e quanto à propriedade coletiva, a sua função social é inerente. Este é o primeiro ponto, em linhas gerais, que precisa ser fixado.

O segundo ponto diz respeito ao que vem instituído na Constituição Federal, no art. 5º, XXII e XXIII, que “[...] é garantido o direito de propriedade” e “[...] a propriedade atenderá a sua função social”. Neste aspecto, a Constituição trata a propriedade como direito individual.

A propriedade individual, enquanto instrumento de garantia da dignidade da pessoa humana, cumpre também sua função

³ *Apud* FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de *et all.* O tombamento como instrumento de proteção ambiental. *Revista de Direitos Difusos*, São Paulo, v. 1, p. 41, jun./2000.

⁴ GOMES, Orlando; VARELLA Antunes. *Direito econômico I*. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 169.

⁵ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 253.

social, mas está separada da propriedade afetada em suas raízes pela função social, não se admitindo tal atribuição à determinação do art. 5º, XXIII, entendimento este que está reforçado nos ditames do art. 185, inciso I da Constituição Federal⁶

Firme-se a idéia de que a propriedade que atenda à função social (art. 5º, XXIII) é interpretada como aquela que excede a qualificadora de função individual, esta explicitamente considerada no art. 5º, XXII da CF/88⁷.

Cristiane Derani⁸ dedica reflexão ao binômio princípio da propriedade privada e função social da propriedade, deixando assente que no Direito privado de propriedade, presente no modo capitalista brasileiro de produção, recai um outro que diz respeito à função social da propriedade. Quer dizer, de algum modo o uso da propriedade privada deve ser tal que a sociedade possa dele usufruir. Considera o princípio da propriedade privada um pressuposto do princípio da função social da propriedade, porquanto sem o domínio o conteúdo privado da propriedade seria esvaziado. E acrescenta que “[...] o exercício do domínio só será constitucional se condisser com esta dupla característica da propriedade: domínio privado, frutos privados e sociais”⁹.

É possível, então, assentir que o entendimento esposado pela autora vem ao encontro do princípio da prevalência do interesse público sobre o privado. Este interesse público não é outro senão o interesse do todo, porém mais que a soma dos interesses individuais peculiares de cada qual. Por essa razão se torna maior, porque corresponde a vários interesses individuais reunidos. Explicando melhor: o interesse público não se dissocia do interesse das partes que integram o grupo ou o integrarão no futuro, porquanto nada mais é do que uma faceta do interesse individual. Para melhor esclarecer esta conceituação, colaciona-

⁶ Art. 185. São insuscetíveis de desapropriação para fins de reforma agrária:

I - a pequena e média propriedade rural, assim definida em lei, desde que seu proprietário não possua outra;

II - a propriedade produtiva.

⁷ Op.cit.p. 260.

⁸ DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 253.

⁹ Idem. *Ibidem*.

se o pensamento de Celso Antônio Bandeira de Melo¹⁰, que bem permite visualizar o significado de interesse público:

[...] é que existe, de um lado, o interesse individual, particular, atinente às conveniências de cada um no que concerne aos assuntos de sua vida particular – interesse, este, que é o da pessoa ou grupo de pessoas *singularmente consideradas*“, e que, de par com isto, existe também o interesse *igualmente pessoal destas mesmas pessoas ou grupos*, mas que *comparecem enquanto partícipes de uma coletividade maior na qual estão inseridos*, tal como nela estiveram os que os precederam e nela estarão os que virão a sucedê-los nas gerações futuras. (grifos do autor)

Logo, não é possível deduzir que o interesse particular de um só indivíduo possa se sobrepôr ao interesse do grupo, da sociedade, portanto, ao interesse público. Há considerar-se sempre o interesse comum a todos.

No mesmo sentido, cite-se Celso Ribeiro Bastos, que afirma ser a propriedade um direito fundamental e, portanto, não poderia incompatibilizar-se com a sua função social. Considera este princípio tão pujante a ponto de, mesmo os mais absolutos direitos, acabarem por se subsumir aos fins legítimos da sociedade.

Em suas palavras deixa claro que não há oposição irrefragável entre o social e o individual ou mesmo de que o avanço do social chegue a sufocar os direitos individuais. Sintetiza seu pensamento da seguinte forma¹¹: “[...] A feição ainda predominantemente liberal da nossa Constituição acredita que há uma maximização do atingimento dos interesses sociais pelo exercício normal dos direitos individuais”.

¹⁰ MELO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 59.

¹¹ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 209.

A esse respeito, mais uma vez, busca-se nas lições de Derani¹² esta compreensão, para quem a questão dos direitos de propriedade está no cerne da definição de políticas ambientais, asseverando que as funções dos direitos fundamentais são vistas sob dois ângulos: a limitação das ações do Estado e o ajuste da sua prática individual¹³.

Significa dizer: a melhor gestão individual da propriedade gera a adequada forma de explorá-la, que implica, em consequência, o bem social. Assim, há uma perfeita harmonia entre o uso individual da propriedade e o alcance de sua função social.

A função social atribuída à propriedade compreende a noção de conjunto, a qual implica a imbricação das propriedades uns dos outros. Isto é, a propriedade de um recebe o impacto da propriedade de outro, e exerce, por sua vez, influência sobre outras propriedades. Isto ocorre à medida que o direito de propriedade sai da órbita do Direito Civil, em que é permitido ao dono o *jus utendi, fruendi et abutendi*, para ingressar na do Direito Público da propriedade, que considera o bem em uma noção mais ampla, que reduz a fruição, à medida que, conquanto observe a totalidade dos direitos de propriedade, considera a necessidade pública, a utilidade pública e o interesse social¹⁴.

Os artigos 186¹⁵ e 182, parágrafo 2º¹⁶, ambos da Constituição, definem a função social da propriedade aplicada

¹² DERANI, Cristiane. Tutela jurídica da apropriação do meio ambiente e as três dimensões da propriedade. Revista de Direitos Difusos, v. 20, p. 2818, jul./ago., 2003.

¹³ DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 224.

¹⁴ CRETELLA JUNIOR, José. *Direito administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 890.

¹⁵ Art. 186 da CF/88: "A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: I - aproveitamento racional e adequado; II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho; IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores".

¹⁶ Art. 182, da CF/88, Parágrafo 2º: "A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais do plano diretor".

aos imóveis rurais e urbanos, respectivamente. Visa à função social da propriedade, ao bem-estar da coletividade, seja preservando os recursos naturais, seja reconhecendo o valor cultural dos bens. Ambos estão intrinsecamente ligados à felicidade da comunidade e à preservação do meio ambiente.

Após essa breve exposição geral, cumpre, a partir deste momento, indicar a inter-relação entre a função social da propriedade e os bens socioambientais culturais, com seus reflexos na preservação do meio ambiente, à medida que agregam elementos funcionais a ela. Conforme exemplifica Marés¹⁷:

Uma casa de moradia urbana, que cumpra sua função social por servir de residência, quando tombada como patrimônio cultural, passa a ter também a função social de preservar a memória e evocar uma manifestação cultural, isto é, agrega, amplia, a função social da propriedade. A alteração não será apenas por agregar algo a mais, podendo haver mudanças, já que um bem socioambiental teve alterada a sua essência jurídica.

É possível entender-se a função social do bem também decorrente de seu valor cultural, porque ao tempo em que ele infrinja, por exemplo, normas da legislação urbana ou rural, pode trazer atrelado a si um interesse social, concretizado por uma medida de proteção: o tombamento deste bem. Mas não só pelo

¹⁷ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *Bens culturais e proteção jurídica*. 2. ed. Porto Alegre: UE, 1999. p. 33.

tombamento; incluem-se, aqui, as demais formas de proteção. Por conseguinte, sua função social estaria alterada, modificada¹⁸.

O que precisa ficar claro, nesse prisma, é que a função social do bem socioambiental se expressa através da dimensão de sua proteção, a qual pode se dar para valorizar a cultura ou para assegurar a sociodiversidade. A sua existência ílesa é bastante para demonstrar o cumprimento de sua função social¹⁹.

Frise-se, com Marés, que a função social da propriedade, no âmbito da preservação do bem enquanto patrimônio cultural incide sobre uma parcela do conceito tradicional do direito de propriedade, a utilização. Portanto, a função social da propriedade não pode ser confundida com os instrumentos de proteção ambiental como o tombamento, por exemplo. O tombamento é somente um dos instrumentos disponíveis para proteção dos bens socioambientais culturais.

Na análise de José Afonso da Silva²⁰, a função social da propriedade diz respeito à estrutura em si do direito à propriedade, passando a ser seu conteúdo. De fato, do que já se disse até aqui, resta caracterizado o conteúdo do direito de propriedade, à medida que este se esvazia se desprovido de função social.

Em sede de meio ambiente cultural, acrescenta-se que a fruição pela comunidade é decorrente da feição social que deve ter a propriedade. Sobre o mesmo bem incidem o direito de

¹⁸ Marés exemplifica, em termos práticos, como se daria tal situação relacionada a um bem urbano: “[...] Assim, deixaria um determinado terreno de cumprir sua função social se mantivesse uma casa térrea, onde o plano diretor definisse como região para construção de moradias plurifamiliares. Não cumprindo a função social, a propriedade estaria sujeita a penalidades da lei, como por exemplo, edificação compulsória, imposto progressivo e desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública. Imaginemos que este mesmo imóvel venha a ser reconhecido de interesse cultural e tombado pelo patrimônio histórico; estaria alterada sua situação, a função social se modifica e, ao contrário, sua demolição para a construção de um prédio de apartamentos passa a significar descumprimento de função social”. SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *Bens culturais e proteção jurídica*. 2. ed. Porto Alegre: UE, 1999. p. 34.

¹⁹ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *Bens culturais e proteção jurídica*. 2. ed. Porto Alegre: UE, 1999. p. 33.

²⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 249-250.

propriedade individual do dono e o direito de utilização da comunidade, que pode ser tido como direito socioambiental coletivo. Ambos são exercidos concomitantemente, sendo que este último limita o primeiro.

Adite-se, então, que os instrumentos de proteção ambiental impõem condições para o exercício do direito de propriedade. Veja-se que há diferença entre “impor condições para o uso” e “afetar o direito de propriedade”.

Sublinhe-se, de passagem, que, desde muito tempo, reconhece-se a dificuldade na aceitação da função social da propriedade, porquanto os críticos, de um modo geral, consideravam que esta faceta da propriedade encerrava dois conceitos contrapostos, a saber: o direito subjetivo da propriedade e a função, porque esta pressupõe uma obrigação, um dever e quem tem um direito não pode deixar de ter um dever decorrente do exercício deste direito²¹.

Não obstante, modernamente, consoante se vem demonstrando, a idéia da função social da propriedade evoluiu, e, atualmente, está albergada nas constituições além de figurar em algumas leis ordinárias.

Retomando a questão do exercício do direito de propriedade com vistas ao atingimento de seu fim social, tome-se como exemplo a condição de não se alterar a fachada de um prédio histórico, por carregar significado cultural. Vê-se que o direito de propriedade não está sendo alterado, mas sim o seu exercício, para propiciar a sua fruição pela coletividade. No caso considerado, a função social está associada à importância social, ao valor cultural do bem, que deve ser preservado. O direito de preservação do bem cultural é de todos.

²¹ GOMES, Orlando; VARELLA Antunes. *Direito econômico I*. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 170.

Apoiando a mesma compreensão, Giannini, citado por José Eduardo Rodrigues²², ao externar sua teoria sobre tombamento, procura resgatar a antiga teoria da propriedade dividida, a qual seria distinta entre domínio útil e domínio direto que coexistiriam sobre a mesma coisa. Mas, atualmente, o sentido da propriedade dividida seria outro: o de se possibilitar a divisão da coisa em diversas utilidades, cada uma objeto de uma tutela específica. Nesse contexto, para Giannini, o bem cultural seria um “bem imaterial”, com característica de ser aberto à fruição pública. O titular desta situação jurídica seria o Estado, que tem poder para tutelar a fruição coletiva. Esta fruição coletiva é visivelmente separável da função econômica, que pode ter outros titulares²³.

Segundo esta tese, o bem cultural é público em relação à fruição, não ao domínio. Poder-se-ia considerar dois tipos de bem reunidos em um só: o bem privado, no que concerne ao domínio, e o bem de fruição, de propriedade coletiva. Coincidem no suporte físico, mas não na tutela jurídica nem na titularidade, que no primeiro se atribui ao proprietário e no segundo, ao Estado.

O nó górdio da questão da função social da propriedade, observado por Alvarez²⁴ é o da interferência do direito de fruição, que é coletivo, no direito de domínio, que é individual. A regra é a de que devem ser mantidos os dois, quando possível. Caso contrário, prevalecerá o direito de fruição coletiva.

Pode-se entender, de acordo com o que até agora foi exposto, que invocar a qualidade de bem de uso comum do povo

²² RODRIGUES, José Eduardo Ramos. Meio ambiente cultural: tombamento – Ação Civil Pública e Aspectos Criminais. In: MILARÉ, Edis (Coord.). *Ação Civil Pública – Lei 7.347/1985 – 15 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 3751.

²³ RODRIGUES, José Eduardo Ramos. Meio ambiente cultural: tombamento – Ação Civil Pública e Aspectos Criminais. In: MILARÉ, Edis (Coord.). *Ação Civil Pública – Lei 7.347/1985 – 15 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.3751.

²⁴ ALVAREZ, José Luiz Alvarez. Estudios sobre el patrimonio histórico español. *Apud* RODRIGUES, José Eduardo Ramos. Meio ambiente cultural: tombamento – Ação Civil Pública e Aspectos Criminais. In: MILARÉ, Edis (Coord.). *Ação Civil Pública – Lei 7.347/1985 – 15 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 3751

aos bens ambientais traz ínsita a imposição do cumprimento da função social da propriedade. Assim, surge um outro valor que se sobrepõe ao individual já existente, devido à importância que a coisa possui na sociedade em que se insere.

Cumpra ao Poder Público a obrigação de impor observância ao princípio da função social pelo proprietário do bem, princípio de ordem pública, que não pode ser derogado, conforme dispõe o parágrafo único do art. 2.035 do CC. Neste dispositivo está claramente consignada a característica da função social da propriedade. Ao proprietário, por sua vez, compete colaborar cumprindo a função social inerente ao direito de propriedade²⁵.

Destaque-se a possibilidade de se admitir o reconhecimento em juízo da importância de preservação do bem, por seu valor cultural, embora não tombado, a fim de se ver atendida a função social da propriedade.

Nesse diapasão, importa colacionar julgados que, em reconhecimento ao valor sociocultural do bem, impuseram ao particular obrigação de fazer, no sentido de preservá-lo. Em ações civis públicas promovidas pelo Ministério Público da Comarca de Sorocaba, em sede de apelação, o E. Tribunal de Justiça de São Paulo assim decidiu:

Ação civil pública. Imóvel de valor histórico. Irrelevância quanto ao não tombamento. Possibilidade de ocorrência de demolição. Inicial que, ademais, **fala em restauração da coisa e, se não possível, indenização a integrar o fundo de que trata a Lei Federal 7.347/85 – Carência afastada.**²⁶ (grifo nosso)

²⁵ Art. 1228, 1º do CCB: “O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas”.

²⁶ Ap. Cível 137.765-1, RJTJESP 114/38

Ação civil pública. Preservação da construção de edifício. Valor histórico e arquitetônico. Lei a respeito não aprovada. Irrelevância. **Interesse público que pode ser defendido como realidade social.** Reconhecimento de sua existência que pode ser feito pelo Judiciário, não sendo privativo do órgão legislativo ou administrativo. Sentença anulada. Prosseguimento do feito ordenado.²⁷ (grifo nosso)

3. Conclusão

Diga-se, por fim, que o aspecto da função social reconhecida pelo valor cultural que possui o bem, confere a este a obrigatoriedade de sua preservação. A preservação do bem cultural, conforme ficou demonstrado, decorre de sua característica própria, qual seja, ao ser classificado como cultural, o bem representa interesse de toda uma sociedade, tem relevância social, não apenas individual a qual interessará somente ao seu proprietário, detentor do domínio.

Em conclusão, o bem cultural estará cumprindo sua função social apenas na sua preservação, dizendo melhor, a função social do bem cultural é medida de acordo com a importância que se lhe confere em relação à representação em relação à cultura de determinado povo, com vistas a manter viva a sua memória e a sua identidade, que são, em última análise, os valores que se pretende preservar.

²⁷ Ap. Cível 119.378-1, 7ª. Câmara. Cível., j. 07.03.1990.

Bibliografia

- BASTOS**, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
- CRETELLA JUNIOR**, José. *Direito administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- DERANI**, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2001.
- DERANI**, Cristiane. Tutela jurídica da apropriação do meio ambiente e as três dimensões da propriedade. *Revista de Direitos Difusos*, v. 20, p. 2818, jul./ago., 2003.
- FIGUEIREDO**, Guilherme José Purvin de *et all*. O tombamento como instrumento de proteção ambiental. *Revista de Direitos Difusos*, São Paulo, v. 1, p.41, jun./2000.
- GRAU**, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- MELO**, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- RODRIGUES**, José Eduardo Ramos. Meio ambiente cultural: tombamento – Ação Civil Pública e Aspectos Criminais. In: MILARÉ, Edis (Coord.). *Ação Civil Pública – Lei 7.347/1985 – 15 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- SILVA**, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- SOUZA FILHO**, Carlos Frederico Marés de. *Bens culturais e proteção jurídica*. 2. ed. Porto Alegre: UE, 1999.

APONTAMENTOS SOBRE A CLÁUSULA “REBUS SIC STANTIBUS”

Carlos Alberto de Moraes Ramos (*)

Sumário: 1. As obrigações no Direito Romano: noções gerais - 2. A modificação dos contratos no Direito Romano - 3. A cláusula “*rebus sic stantibus*” e a execução contratual - 4. Diferença técnico-jurídica entre caso fortuito, caso de força maior e teoria da imprevisão - 5. A cláusula “*rebus sic stantibus*” na doutrina brasileira - Bibliografia.

Palavras-chave: Obrigatoriedade do contrato. Onerosidade excessiva. cláusula “*rebus sic stantibus*”.

1. As obrigações no Direito Romano: noções gerais

Gaio, em suas Institutas, dividiu as obrigações em duas espécies: as que nascem de um *contrato* e as que nascem de um *delito*. Outro texto de Gaio, tido como posterior às Institutas e recolhido no Digesto 44,7,1, apresenta mais uma fonte das obrigações, além dos contratos e dos delitos: as “*variis causarum figuris*” (várias figuras de causas). Muitos juristas entendem que esse texto foi interpolado, sendo considerado original apenas o das Institutas.

Uma importante classificação, também proposta por Gaio nas Institutas, é a que divide as obrigações originadas de contratos nas contraídas pela coisa (“*re*”), pelas palavras (“*verbis*”), pelo escrito (“*litteris*”) e pelo consentimento (“*consensu*”). Essa classificação utiliza como critério o modo como se dá o “contrato”, isto é, o contrair-se a obrigação, que pode ser pela entrega da coisa, no mútuo; pelas palavras, na “*stipulatio*”; pelo consenso, na compra e venda; e assim por diante.¹

* Promotor de Justiça aposentado. Advogado. Pós-graduado (Especialista) em Direito Civil pela Universidade Federal do Amazonas (UFAM). Professor de Direito Civil no CIESA.

¹ Vide Renato José de Moraes, *Cláusula ‘rebus sic stantibus’*, São Paulo: Saraiva, 2001, p. 39.

A palavra "*contractum*" era um adjetivo que derivava do verbo latino "*contrahere*" (= contrair). Entretanto, nas fontes jurídicas e literárias romanas da época clássica, o adjetivo "*contractum*", bem como o substantivo "*contractus*", que tinha a mesma raiz, eram palavras pouco usadas.

Bonfante, Albertario e Grosso sustentam que essas expressões se referiam especialmente a um vínculo, tal como ocorre hoje, na língua portuguesa, na qual o verbo contrair diz respeito à aquisição de uma determinada situação ou de um vínculo, e não à vontade. Assim, contrair-se uma doença, uma dívida, um casamento etc. Com o passar do tempo, "*contractus*" teria significado as fontes de obrigação diferentes das obrigações que provinham do "*delictum*". Assim, a convenção ("*conventio*") não seria uma característica essencial dos contratos, pois, em muitos deles, a vontade das partes nem sequer importa.

Salvatore Riccobono defendeu que o consenso era essencial para que houvesse o contrato no direito romano. Com base num texto Ulpiano, onde se afirma que são nulos o contrato e a obrigação que não têm em si uma convenção, Riccobono sustenta que a convenção entre as partes foi impondo-se cada vez mais na jurisprudência romana, até que ela servisse como elemento unificador de todos os contratos, fossem eles contraídos por "*re*", "*verbis*", "*litteris*" ou "*consensu*", chegando-se assim a uma situação semelhante à que acontece no direito contratual moderno.

Guido Astuti considera que as duas posições anteriores pecam pelo exagero. O "*contractum*" seria uma espécie de "*conventio*", como afirma Riccobono, pois assim, está explicitamente dito por Ulpiano no Digesto. Entretanto, a "*conventio*" não é o mais importante dos elementos contratuais, aquele que unificaria todas as diferentes figuras, mas um elemento a mais, que deveria ser levado em conta ao lado de outros fatores. A causa e a forma dos contratos juntar-se-iam ao consenso de diferentes maneiras nos vários tipos contratuais. Guido Astuti, em conformidade com Bonfante e Albertario, defende a idéia de que, no sistema contratual romano da época clássica, exigia-se um fundamento objetivo, além do consentimento, para reconhecer-se a obrigatoriedade do contrato.

Os romanos não assemelhavam os contratos aos “*pacta*”. Os pactos eram autênticos acordos de vontade, não eram protegidos por uma ação, como lembra o texto do Digesto: “*ex nudo pacto, actio non oritur*”.

O núcleo dos contratos no direito romano era constituído pelo “*negotium*”, o negócio objetivo, o “*sinallagma*” dos gregos, a troca de prestações, a transferência de riqueza ou de obrigações. A vontade serviria, para determinar, em parte, o conteúdo das prestações, mas não seria verdadeiramente essencial. “Negócio”, nessa fase, do direito romano, não tinha qualquer relação com o negócio jurídico, conceito este bastante trabalhado pela doutrina germânica do século XIX. Antes, negócio tinha sentido dado pela linguagem popular, que se referia primeiramente à troca de bens ou de obrigações, à transação de coisas, e não um acordo de vontades.

2. A modificação dos contratos no Direito Romano

Não há, nas fontes do direito romano, a utilização da expressão *rebus sic stantibus*, ao contrário do que ocorre no direito medieval. Muitos autores buscam o espírito da cláusula “*rebus sic stantibus*” no direito romano, pois, embora esse direito não a tivesse tratado expressamente, ter-se-ia utilizado de princípios que posteriormente desembocariam na construção da teoria “*rebus sic stantibus*”.²

Há um texto de Africano (Digesto 46, 3, 38) dispondo que, quando alguém estipula que se deve pagar a ele próprio ou a um terceiro, apenas se pagaria bem a este terceiro no caso de perdurar o mesmo estado de coisas, quando se fez a “*stipulatio*”. Caso esse terceiro tenha sido desterrado, ou interditado, ou tornado servo, então não mais se pagaria bem entregando a ele o objeto da “*stipulatio*”.

Outra passagem do Digesto, por vezes também apresenta como exemplo de flexibilidade na execução de atos jurídicos, é a de Paulo, recolhida em Digesto, 28, 6, 43, a respeito da caducidade da disposição de substituição hereditária de um filho

² Vide Renato José de Moraes, ob. cit., p. 42-43.

mudo e sem descendentes, que, devido à sua deficiência física, não poderia instituir herdeiros por testamento, caso ele, depois da morte do pai, tivesse se casado e tido um filho.

No direito do Baixo Império romano, há uma tendência ainda mais clara a favor da modificação de relações jurídicas pelas alterações das circunstâncias. Prova disso, ainda que algo restrita, é a do texto que se encontra no Codex 5, 1, 5, 4, que determina a devolução das arras esponsalícias, caso a esposa tenha tido um justo motivo de arrependimento posterior à entrega das arras.

Uma disposição importante do “*Corpus Iuris Civilis*”³ mais diretamente relacionada à modificação contratual, está no Codex 4, 65, 3. Por meio dela, permitia-se ao locador reaver a coisa antes do prazo estabelecido no contrato, caso tivesse o proprietário necessidade de utilizá-la ou repará-la. Garante-se, portanto, ao proprietário o “*ius poenitendi*” (o direito de arrependimento).

O exercício do arrependimento de um contratante (“*ius poenitendi*”) era permitido, antes que o outro contratante cumprisse a prestação que lhe cabia. Esse instituto poderia servir, em inúmeras ocasiões, para que o contratante se defendesse da onerosidade excessiva, arrependendo-se do contrato.

O “*Corpus Iuris Civilis*” não tratou de maneira geral e sistemática do desequilíbrio superveniente de uma relação contratual.

A razão de os jurisconsultos e legisladores romanos não terem formulado um princípio geral, semelhante à cláusula “*rebus sic stantibus*” em sentido estrito, pode estar na ausência do dogma da eficácia da vontade contratual entre eles. José Carlos Moreira Alves⁴ mostra como os romanos não admitiram o princípio do

³ *Corpus iuris civilis*: conjunto do direito romano (oposto ao *corpus juris canonica*) compilado no século VI da era cristã por ordem do imperador Justiniano, e logo a seguir, posto em vigor em toda parte do império sob o seu domínio. Compreendia os seguintes conjuntos normativos, apresentados assim, cronologicamente: 1º) Código antigo (529); 2º) Digesto (533); 3º) Institutas (533); 4º) Código novo (534); 5º) Novelas (José Cretella Júnior, *Curso de direito romano*, 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 70).

⁴ *Apud* Renato José de Moraes, ob. cit., p. 46.

consensualismo moderno, que sustenta que todo acordo de vontade lícito “pode produzir relações jurídicas obrigacionais”.

O direito romano privilegiava a relação objetiva entre bens e obrigações que se dava entre as partes; assim, o contrato não era uma estrutura estática que precisasse ser flexibilizada pela cláusula “*rebus sic stantibus*”. Portanto, a cláusula “*rebus sic stantibus*” não existiu entre os romanos em sentido estrito, como exceção à rigidez contratual, pois os juriconsultos entendiam que não apenas os contratos de longa duração deveriam ser considerados em relação às mudanças da realidade, mas todos os institutos jurídicos.

Sendo rígidas as formas e dos tipos contratuais, eles eram aplicados com grande flexibilidade, a fim de satisfazer as mais diversas necessidades. Assim, o contrato não era flexibilizado, mais sim flexível por natureza.

Afirma Renato José de Moraes⁵: “Os romanos não trataram expressamente da concepção estrita da cláusula *rebus sic stantibus*, mas todo seu labor jurídico demonstra a abertura à flexibilidade e à realidade das coisas, fundamentais para a aceitação, ainda que tácita, da figura em questão”.

Conforme Washington de Barros Monteiro⁶ a concepção da cláusula “*rebus sic stantibus*” é criação dos canonistas e glosadores.

3. A cláusula “*rebus sic stantibus*” e a execução contratual

A cláusula “*rebus sic stantibus*” prende-se à execução contratual. À obrigatoriedade do que as partes estabeleceram no contrato, os romanos denominavam de “*pacta sunt servanda*”⁷.

O grande problema da obrigatoriedade dos contratos, eram os contratos a termo (contratos de execução continuada), ou de

⁵ Ob. cit., p. 47.

⁶ Washington de Barros Monteiro, *Curso de direito civil*, v. 5 – *Direito das obrigações*, 2. parte, 29. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 10.

⁷ No Direito Romano já se vislumbrava o princípio da obrigatoriedade do contrato. O Código Decenviral determinava de modo categórico que se tornava direito aquilo que a língua exprimisse: “*cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit ita ius isto*”.

trato sucessivo. Assim, nos contratos a termo, podem surgir fatos supervenientes que alterem sensivelmente, aquilo que as partes convencionaram, tornando a obrigação a ser cumprida bastante onerosa para uma das partes contratantes.

Não se pode afirmar categoricamente que em Roma houvesse uma teoria estruturada sobre a modificação contratual em decorrência da onerosidade excessiva para um dos contratantes.

Entretanto, encontramos em alguns textos de legislação romana, a possibilidade de alteração contratual.

Conforme nos ensina o prof. Antônio Campos Ribeiro, a origem da cláusula "*rebus sic stantibus*" se encontra no direito natural de caráter divino. Devemos às obras dos juristas canônicos e sua aplicação nos tribunais eclesiásticos e que foram divulgadas pelos glosadores, dentre eles podemos citar Bartolo. E tinham sua base nos princípios cristãos de boa-fé e de piedade; resultou do trabalho dos doutores da Igreja (Graciano e São Tomás de Aquino).

Portanto, foi na criação do direito intermédio (séculos XII e XIII), que foi introduzida a cláusula "*rebus sic stantibus*" no Direito Canônico e aplicado nos tribunais eclesiásticos, formando jurisprudência. Posteriormente, essa jurisprudência foi também aplicada nos tribunais de direito comum.

A cláusula "*rebus sic stantibus*" foi divulgada totalmente no século XIV e XVI, ganha conotação de teoria e chega ao seu apogeu no século XVIII. Tornou-se integrante dos primeiros códigos de origem germânica de 1756 e 1774.

A cláusula "*rebus sic stantibus*" é abreviatura da fórmula: "*contractus qui habent tractum sucessivum et dependentiam de futuro rebus stantibus intelliguntur*" (= nos contratos de trato sucessivo ou a termo, o vínculo obrigatório entende-se subordinado à continuação daquele estado de fato vigente ao tempo da estipulação) (Maria Helena Diniz, Dicionário jurídico).

Portanto, nos contratos a termo, as coisas, as circunstâncias, devem permanecer na mesma situação do momento em que foi celebrado o contrato.

Os princípios que dominavam a cláusula “*rebus sic stantibus*” naquele momento, que permitiam a alteração, ou até a resolução do contrato eram a presença de três elementos:

1) que tivesse havido alteração das circunstâncias existentes à época da celebração do contrato e que não eram possíveis de serem previstas no momento da celebração do negócio jurídico;

2) a natureza dessas circunstâncias posteriores à estipulação do contrato eram imprevisíveis, quando o contrato foi celebrado;

3) o devedor ou qualquer outra pessoa não aceitaria obrigar-se, se na época em que estipulou o contrato, pudesse prever que um fato imprevisível poderia acontecer posteriormente, causando onerosidade excessiva para si, causando-lhe uma impossibilidade absoluta, ou até mesmo relativa de cumprir a prestação a que se obrigara.

Para Giuseppe Osti, a cláusula “*rebus sic stantibus*” não se aplicava somente para os contratos a termo ou de trato sucessivo. Era muito mais abrangente, poderia estender-se a todo e qualquer contrato, que tivesse um momento entre sua celebração e sua execução.

Na verdade, a posição doutrinária de Osti não encontrara guarida em outros doutrinadores.

A partir do fim do século XVIII e início do século XIX, com o surgimento do Código de Napoleão (1804) e com o Código Civil italiano (1865), como estes diplomas legais não previssessem que os contratos a termo ou de trato sucessivo pudessem ser alterados ante as circunstâncias de fatos imprevisíveis, houve a franca decadência da cláusula “*rebus sic stantibus*”, que antes era consagrada nos tribunais e na jurisprudência.

A partir daí começa a modificação abrupta da concepção filosófica-jurídica do contrato.

O conceito do justo oriundo da filosofia grega, que vinha sendo observado na Europa foi abruptamente modificado, quando ocorreu a Revolução Francesa, que acarretou um retrocesso para o direito.

Conforme o prof. Antônio Campos Ribeiro, a igualdade passou a ser interpretada de forma ilógica e irracional. Predominava o princípio da autonomia da vontade, que acarretou o liberalismo econômico e o não intervencionismo estatal.

Foi assim, abandonado o princípio do justo preconizado pelos gregos e divulgado pelos doutores da Igreja.

Como passou a prevalecer o princípio da autonomia da vontade, na qual as partes são livres para contratar e estabelecer as cláusulas contratuais, uma vez celebrado esse contrato, deveria predominar a inalterabilidade do contrato, aplicando-se o princípio da *"pacta sunt servanda"*, não se admitindo que fatos supervenientes e imprevisíveis pudessem modificar os contratos, mesmo que o contrato ficasse bastante oneroso para uma das partes contratantes. Não se permitia a modificação do contrato pelo juiz, porque era vedado o intervencionismo estatal.

O predomínio do princípio da autonomia da vontade que afastou a aplicação da cláusula *"rebus sic stantibus"*, após a Revolução Francesa, teve que ceder, posteriormente, diante da situação político-econômica decorrente da 1ª Guerra Mundial, quando muitos contratos não podiam ser cumpridos. Destarte, ressurgiu a vetusta cláusula *"rebus sic stantibus"*, que toma o nome de teoria da imprevisão.

O ressurgimento da cláusula *"rebus sic stantibus"*, com o nome de Teoria da Imprevisão ocorreu na França, com a Lei Failliot (21.01.1918), apresentava os mesmos efeitos exoneratórios contratuais da cláusula *"rebus sic stantibus"*.

Dizia o art. 1º da supracitada lei: "Durante a duração da guerra e até a expiração de um prazo de três meses a partir de cessação das hostilidades, as disposições excepcionais seguintes serão aplicadas aos contratos e a todos os compromissos e obrigações que tenham caráter mercantil para as partes, ou unicamente para uma delas, para todos os contratos concluídos antes de 01.08.1914, e que comportavam seja entrega de mercadoria ou de bens ou de serviços seja de quaisquer outras prestações sucessivas ou unicamente diferenciada".

Estabelecia o art. 2º: "Independentemente das causas de resoluções resultantes de direito comum ou das convenções, as

mercadorias ou obrigações que estejam compreendidas no artigo precedente podem ser rescindidas pela ação de qualquer das partes, seja porque se estabeleceu uma razão de estado de guerra, seja porque a execução da obrigação por um dos contratantes está tão onerada que lhe causará um prejuízo cuja importância ultrapassará, e muito, as previsões que poderiam ser razoavelmente feitas à época do contrato”.

4. Diferença técnico-jurídica entre caso fortuito, caso de força maior e teoria da imprevisão

O prof. Antônio Campos Ribeiro e outros autores consideram caso fortuito todo fato imprevisível decorrente de fato da natureza como: inundações, vulcões, terremotos etc.⁸

O caso de força maior é um fato irresistível, mas decorrente de ato, humano; ato irresistível praticado por terceiro.

Nesse mesmo entendimento está Marcus Cláudio Acquaviva, in *Dicionário Enciclopédico de Direito*.

Podemos considerar como força maior: ocorrências políticas (exemplos: guerras, revoluções, greves etc.), ato proveniente da autoridade “*fait du prince*”.

Feitas essas observações, voltemos ao assunto. Tanto o caso fortuito, como a força maior têm os mesmos efeitos jurídicos exonerativos, quando uma das partes contratantes não pode cumprir a sua obrigação em decorrência dos mesmos.

O fator imprevisibilidade incide tanto no caso fortuito, como no caso de força maior, bem como na teoria da imprevisão.

O caso fortuito e a força maior têm efeito liberatório, exonerativo do cumprimento da obrigação.

A teoria da imprevisão também tem o efeito de revisar o contrato em razão onerosidade excessiva de uma das partes contratantes.

⁸ A palavra fortuito vem do latim “*fortuitus*”, de “*fors*” que quer dizer casual, acidental, ao azar. Assim, todos os casos de força maior estariam compreendidos entre os casos fortuitos (*vide* De Plácido e Silva, *Dicionário Jurídico*). No que se refere ao conceito de caso fortuito e de força maior, Maria Helena Diniz tem posição contrária (*vide* *Dicionário Jurídico*, vol. 1, São Paulo: Saraiva, 1998, p. 525).

A imprevisibilidade e a irresistibilidade são elementos essenciais ao caso fortuito e de força maior, que poderá acarretar a onerosidade excessiva a uma das partes contratantes e mesmo impossibilitar o cumprimento da obrigação.

O prof. Antônio Campos Ribeiro faz a seguinte indagação: Qual seria a diferença entre caso fortuito, força maior e teoria da imprevisão, se a imprevisibilidade é comum todos esses institutos?

O caso fortuito e a força maior têm o efeito exoneratório da obrigação. A teoria da imprevisão tem o efeito exoneratório de resolver ou revisar essencialmente uma obrigação derivada dos contratos.

O caso fortuito e de força maior tem conotação genérica, eles abrangem toda e qualquer forma de relação jurídica obrigacional, que seja asseguradora de responsabilidade contratual ou extracontratual. Enquanto que a teoria da imprevisão tem efeito de poder admitir por meio de um pronunciamento judicial, a revisão ou resolução de uma cláusula contratual.

O Código Civil, no art. 393, permite que as partes possam renunciar o cumprimento da obrigação, em razão de caso fortuito ou de força maior.

Então, os efeitos do contrato em razão de caso fortuito ou de força maior pertencem ao direito privado.

Na teoria da imprevisão, não pode haver renúncia do direito de cumprir a obrigação contratual, porque não se admite a existência do fato superveniente (a imprevisibilidade do fato, no momento da celebração, como acontece no caso fortuito ou de força maior).

Portanto, a teoria da imprevisão apresenta os seguintes requisitos: indisponibilidade, irrenunciabilidade, é de ordem pública (porque impõe o interesse público).

5. A cláusula “*rebus sic stantibus*” na doutrina brasileira

Nas décadas de 20 e 30 do século XX, há uma indefinição da doutrina brasileira sobre a admissão do instituto da cláusula “*rebus sic stantibus*” pelo direito brasileiro. O Código Civil de 1916 não reservou nenhum artigo prevendo a cláusula “*rebus sic stantibus*” que pudesse ser aplicada como norma geral aos diversos contratos. Isso não impediu que muitos autores considerassem que, em certas disposições desse código, subjazia a cláusula “*rebus sic stantibus*” e a teoria da imprevisão, como é o caso do art. 401 que diz: “Se, fixados os alimentos, sobrevier mudança na fortuna de quem os supre, ou na de quem os recebe, poderá o interessado reclamar do juiz, conforme as circunstâncias, exoneração, redução, ou agravação do encargo”.

As influências da Primeira Guerra Mundial nos contratos que foram celebrados na Europa passaram a repercutir também nos autores brasileiros. Estes começaram a estudar e a comentar o instituto da imprevisão, base da Lei Faillot, promulgada na França em 1918 e que regulamentava a modificação dos contratos desequilibrados pelo então recente conflito bélico.

O debate sobre a onerosidade excessiva superveniente pelos juristas italianos, bem como a modificação do contrato preconizada por inúmeros estudiosos europeus, foram analisadas pelos juristas brasileiros, que passaram a publicar inúmeros artigos e monografias a respeito do direito contratual, nos quais abordavam também sobre a cláusula “*rebus sic stantibus*”.

O principal argumento dos juristas brasileiros, contra a admissão da cláusula “*rebus sic stantibus*” no nosso ordenamento jurídico, era o de que ela traria consigo uma perigosa e preocupante insegurança jurídica. Porque o contrato tinha como uma das suas principais funções a de garantir às partes contratantes o teor exato das prestações e obrigações que reciprocamente assumiram. Caso o contrato pudesse ser revisto, estar-se-ia minando as próprias bases do direito contratual em sua função social e econômica. Daí, porque a teoria da imprevisão e a cláusula “*rebus sic stantibus*” seriam uma derrogação de princípios que poderia acarretar a destruição do edifício social, que se assentava

precisamente na segurança do direito e na previsão do comportamento das partes contratantes.

O primeiro trabalho de um jurista brasileiro, que se referiu à cláusula "*rebus sic stantibus*", foi o parecer de Castro Magalhães, publicados em 1920. Este jurista perguntava a que ficariam reduzidas a firmeza do contrato e sua virtude como lei entre as partes, caso as supervenientes alterações do estado viessem a modificá-lo. A álea faz parte da natureza de todos os contratos, que trazem ínsita em sua noção a possibilidade de mudanças posteriores. Assim, apenas a força maior ou o caso fortuito poderiam, no direito brasileiro, desfazer o contrato antes de terminado o prazo.

Em 1932, Arnaldo Medeiros da Fonseca publicou a primeira edição de sua monografia intitulada "Caso fortuito e teoria da imprevisão", na qual analisa com profundidade a teoria da imprevisão no direito comparado, bem como os fundamentos doutrinários desse instituto, segundo os juristas estrangeiros da época.

Nessa primeira edição, Arnaldo Medeiros da Fonseca considerava que a teoria da imprevisão não havia sido acolhida pelo direito brasileiro, sendo a orientação deste inteiramente favorável à manutenção integral da força obrigatória das convenções. A revisão, segundo tal concepção, só seria admissível nos casos previstos por lei.

Na segunda edição de sua monografia, publicada em 1943, sua posição doutrinária sofreu modificações. Entretanto, até esse momento, seu pensamento iria influenciar todos os juristas que negaram a possibilidade de aplicação da cláusula "*rebus sic stantibus*" no direito brasileiro.

José Xavier Carvalho de Mendonça⁹ afirmou que não era possível, em nosso direito, a utilização da cláusula "*rebus sic stantibus*", como norma geral. Segundo esse jurista, se as partes não cogitaram da cláusula, o negócio jurídico permanece em plena eficácia, ainda que ocorram profundas e inesperadas mudanças nas circunstâncias de fato. Se as partes não desejavam correr o

⁹ Apud Renato José de Moraes, ob. cit., p. 89-90.

risco imprevisto, deviam tomar providências que as garantissem frente a ele.

Diz Carvalho Santos¹⁰: “A anormalidade da situação no momento da execução do contrato não poderia nunca influir sobre a validade do consentimento dado, em forma, por ocasião da celebração do contrato, mesmo porque não se poderia nunca, com fundamento, induzir uma vontade em completo antagonismo, capaz de destruir mesmo a vontade anteriormente manifestada”. Nota-se aí, uma visão bastante estática e imóvel da vontade contratual.

Em 1943, na segunda edição de sua obra, Arnaldo Medeiros da Fonseca iria modificar sua posição a respeito da teoria da imprevisão no direito brasileiro, tornando-se, então, seu defensor.

Arnaldo Medeiros da Fonseca justifica sua mudança de posição, dizendo que não era possível deduzir a teoria da imprevisão como princípio geral, a partir de normas recolhidas no Código Civil. Contudo, as novas leis, advindas com a Revolução de 1930, como a proibição da usura, a de locação de imóveis, bem como a da abolição da cláusula-ouro, modificaram totalmente o panorama, resultando uma profunda alteração do nosso sistema jurídico no tocante à irretratabilidade e liberdade das convenções. Assim, em face do princípio vigente no País, seria forçoso reconhecer que superveniência de acontecimentos imprevistos e imprevisíveis, alterando radialmente o ambiente objetivo existente ao tempo da formação do contrato e acarretando para um dos contratantes uma onerosidade excessiva e não compensada por outras vantagens auferidas anteriormente, ou ainda esperáveis, diante dos termos do ajuste, pode dar lugar à intervenção judicial para resolver o vínculo contratual. Para isso, porém, exige-se que, às duas primeiras condições, acima fixadas, se alie uma terceira: o lucro inesperado e injusto do credor, excedente a um quinto do valor normal da prestação a que teria direito, limite esse estabelecido em disposição análogas de nosso direito positivo.

¹⁰ João Manuel de Carvalho Santos, *Código Civil Brasileiro interpretado*, v. XV, 12. ed. Livraria Freitas Bastos, 1989, p. 230.

Após examinar os fundamentos utilizados pelos principais estudiosos da teoria da imprevisão, Arnaldo de Medeiros da Fonseca conclui que não seria necessário chegar até a regra para justificá-la, sendo suficientes a noção de direito e o princípio da equidade para tanto. O próprio sentimento de justiça mostraria como impedir a exploração de um dos contratantes pelo outro.¹¹

A partir de certo momento, diminuíram as dúvidas sobre a adoção da cláusula “*rebus sic stantibus*”, pelo ordenamento jurídico brasileiro; inúmeras leis utilizaram dela de maneira tácita, e os acórdãos que a acolheram multiplicaram em números.¹²

A cláusula revisionista, no dizer de Filadelfo Azevedo é conquista definitiva do direito moderno.¹³

Afirma Washington de Barros Monteiro¹⁴ que a cláusula revisionista inspira-se em razões de equidade e de justo equilíbrio entre os contratantes; tem, todavia, como pressupostos a imprevisibilidade e a anormalidade do fato novo, profundamente modificativo da situação anterior.

Washington de Barros Monteiro¹⁵ nos aponta alguns artigos do Código Civil brasileiro de 1916 onde se deparam alguns vestígios da cláusula revisionista: arts. 401, 954 e 1058.

Finalizando este estudo, podemos afirmar que o Código Civil, de 10.01.2002, prevê a resolução do contrato por onerosidade excessiva (arts. 478 a 480).

¹¹ *Apud* Renato José de Moraes, ob. cit., p. 102.

¹² Renato José de Moraes, ob. cit., p. 114.

¹³ *Apud* Washington de Barros Monteiro, *Curso de Direito Civil*, v. 5 – direito das obrigações, 2. parte, 29. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 11.

¹⁴ Ob. cit., p. 11.

¹⁵ Ob. cit., p. 11.

Bibliografia

- AZEVEDO, Álvaro Villaça.** *Teoria geral das obrigações*. 5. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1994.
- CARVALHO SANTOS, João Manuel de.** *Código Civil Brasileiro interpretado*. v. XV, 12. ed. Livraria Freitas Bastos, 1989.
- CRETELLA JÚNIOR, José.** *Curso de direito romano*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- DINIZ, Maria Helena.** *Dicionário jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1998.
- MONTEIRO, Washington de Barros.** *Curso de direito civil*. v. 5 – *Direito das obrigações*. 2. parte. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
- MORAES, Renato José de.** *Cláusula ‘rebus sic stantibus’*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- RIBEIRO, Antonio Campos.** *Teoria da imprevisão*. Aula por vídeo. Tele-jur.

A PROCESSUALIDADE ADMINISTRATIVA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A SINDICÂNCIA

Ruy Malveira Guimarães (*)

Sumário: 1. Introdução - 2. O Estado Democrático de Direito e o garantismo - 3. O Estado Democrático de Direito e o processo administrativo - 4. Processo ou procedimento administrativo - 5. O processo administrativo na Constituição Federal de 1988 e na Lei n. 9.784/99; 6. Tipologia do processo administrativo - 7. O processo administrativo disciplinar - 8. A sindicância: modalidade especial do processo administrativo - 9. Conclusão - Bibliografia.

1. Introdução

O presente artigo cinge-se ao escopo de contribuir para as indispensáveis reflexões a respeito da processualidade administrativa no Estado Democrático de Direito, este pintado com matizes fortes pela nova ordem constitucional de 1988, de modo a delinear com contornos precisos o Estado brasileiro.

Esclareça-se ainda, que este trabalho partirá da premissa afirmada pela teoria garantista, que vê nos direitos fundamentais o eixo normativo em torno do qual deve desenvolver-se a atividade administrativa.

Cumprе melhor refletir, de maneira ponderada, é claro, sobre o dispositivo inaugural da Lei Fundamental de 5 de outubro de 1988, que atribui à República Federativa do Brasil o *status* de Estado Democrático de Direito, apontando-lhe a cidadania como um de seus fundamentos.

* Promotor de Justiça do Estado do Amazonas. Pós-Graduado *lato sensu* em Direito Processual Civil, Direito Penal e Direito Processual Penal pela Universidade Federal do Amazonas. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina.

Vale referir, ainda que de relance, o fato de que nenhuma das Cartas Políticas passadas previu tantos mecanismos para a efetiva implantação do regime democrático em nosso país.

O componente *democrático*, constante do citado artigo 1º da Constituição Federal de 1988, de logo traz à mente, a visão de “governo do povo para o povo”, potencializada no modo pelo qual são escolhidos aqueles que efetivamente tomam as decisões em nome do povo. A esse enfoque, de acordo com a lição de Odete Medauar, associam-se os muitos mecanismos pelos quais se aumentam as possibilidades de participação do povo na escolha dos governantes, como é o caso da extensão do sufrágio, do pluralismo político, propiciado principalmente pelas garantias de formação de partidos políticos, sindicatos, associações diversas, igual acesso à representatividade e aos cargos públicos.¹

Imperioso é que a democracia formal torne-se real. Por maior que seja o número de instrumentos democráticos previstos pela Carta Magna, de nada adiantará se não conseguirem se impor na realidade cotidiana.

Por seu turno, registre-se ainda, que atualmente, cada vez mais têm surgido movimentos com o escopo de se buscar mecanismos capazes de propiciarem conhecimento mais aprofundado no que diz respeito ao modo de atuar da Administração Pública, bem como se tem procurado aproximar, de forma estreita, a população dos circuitos onde verdadeiramente ocorrem as decisões. E não se olvide, que já está plenamente constatada a enorme morosidade existente nas ações administrativas que não possuem a necessária disciplina processual.

O objetivo central deste trabalho está exatamente em destacar, ainda que sinteticamente, o papel sem precedentes no cenário jurídico-administrativo que exercem a sindicância e o processo administrativo *stricto sensu* na efetivação do Estado Democrático de Direito. São instrumentos capazes de coibir possíveis arbitrariedades cometidas com frequência

¹ MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 84.

(infelizmente!) pelos administradores, que não observam nem respeitam o devido processo legal.

Em se tratando da ordem jurídica brasileira e, sendo a sindicância abarcada como espécie do processo administrativo *lato sensu*, pode-se afirmar que tal instrumento tem como finalidade assegurar a produção e a eficiência do agir administrativo e maximizar as garantias do administrado, de forma a possibilitar-lhe efetivo respeito aos seus direitos fundamentais.

Com este trabalho, sustenta-se a existência da sindicância administrativa preparatória, que se estabelece, principalmente, como resultante de princípios constitucionais positivados, que vão lhe dar conformação jurídica própria.

2. O Estado Democrático de Direito e o garantismo

No Estado Democrático de Direito, há a clara tentativa de combinar o ideal democrático à conformação ou limitação do poder. Necessário, portanto, que se explicitem as noções essenciais de Estado de Direito, a fim de que se possibilite definir, com mais precisão, o que se entende por Estado Democrático de Direito, suas repercussões, e como este conceito tem relação com o garantismo.

O Estado de Direito, tomando como ponto de partida a idéia intuitiva que o inspira, é o que se subordina ao Direito, ou seja, que se submete a normas jurídicas reguladoras de sua ação. Entretanto, há que se agregar outros aspectos, para que se obtenha o conceito que se quer. Assim, define-se Estado de Direito como o criado e regulado por uma Constituição, onde o exercício do poder político seja dividido entre órgãos independentes e harmônicos, que controlem uns aos outros, de modo que a lei produzida por um deles tenha de ser necessariamente observada pelos demais e que os cidadãos, sendo titulares de direitos, possam opô-los ao próprio Estado.²

² SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 37-39.

Extremamente parecido é o caminho percorrido por Norberto Bobbio para construir o seu conceito de Estado de Direito, na medida em que ele o entende como um Estado em que os poderes públicos são regulados, são disciplinados por normas gerais - apontadas como sendo as leis fundamentais ou constitucionais - e devem ser exercidos no âmbito das leis que o regulam, salvo o direito do cidadão recorrer a um magistrado independente para fazer com que seja reconhecido e desaprovado o abuso e o excesso de poder. Desta maneira entendido, o Estado de Direito reflete a antiga doutrina da superioridade do governo das leis sobre o governo dos homens, segundo a fórmula *lex facit regem*, doutrina, essa, sobrevivente inclusive da idade do absolutismo, quando a máxima *princeps legibus solutus* é compreendida no sentido de que o soberano de forma alguma estava sujeito às leis positivas que ele próprio outorgava, mas estava adstrito apenas às leis divinas ou naturais e às leis fundamentais do reino. Por outro lado, quando se fala de Estado de Direito na seara da doutrina liberal do Estado, há que se adicionar à definição clássica uma determinação surgida ulteriormente, ou seja, a constitucionalização dos direitos naturais, o que significa dizer que tais direitos sofreram transformação, passando à condição de direitos juridicamente protegidos, isto é, verdadeiros direitos positivos. Na doutrina liberal, Estado de Direito quer dizer não apenas subordinação dos poderes públicos de qualquer grau às leis gerais do país, limite que é puramente formal, mas também subordinação das leis ao limite material do reconhecimento de alguns direitos fundamentais considerados constitucionalmente, e, portanto em linha de princípio inviolável.³

A noção de Estado de Direito implica imposição de limites ao exercício do poder estatal e a criação de uma autêntica garantia constitucional aos cidadãos. Como bem assinala Massimo Giannini, a idéia de Estado de Direito, em sua origem “pretendia

³ BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. Trad. de Marco Aurélio Nogueira. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1988, p. 19.

introduzir uma garantia aos cidadãos contra os arbítrios do poder público.”⁴

Há que se deixar patente, que o Estado de Direito não se configura tão-somente com a submissão, com o respeito à lei, pois este grande equívoco validaria qualquer Estado, mesmo aquele em que atrocidades e desprezo total à liberdade e à cidadania existissem, como, por exemplo, o regime nazista, o qual estaria amplamente justificado.

Bobbio arremata o seu conceito do Estado de Direito, afirmando que do “Estado de direito em sentido forte, que é aquele próprio da doutrina liberal, são parte integrante todos os mecanismos constitucionais que impedem ou obstaculizam o exercício arbitrário e ilegítimo do poder e impedem ou desencorajam o abuso ou o exercício ilegal do poder.”⁵

Na sua origem, o Estado de Direito era um conceito tipicamente liberal, razão pela qual a doutrina fala em Estado Liberal de Direito, cujas características fundamentais foram a submissão ao império da lei, a divisão dos poderes e o enunciado e garantia dos direitos individuais. Tais exigências continuam a serem postulados essenciais do Estado de Direito, tendo se constituído em enorme avanço da civilização liberal.⁶ Há autores que ainda incluem mais uma característica, qual seja, a supremacia da Constituição, vez que acima das leis, produzidas pelo Estado, existe uma norma jurídica fundamental, que não é feita nem alterada por ele, estabelecendo os termos essenciais do relacionamento entre as autoridades e entre esta e os indivíduos: a Constituição.⁷

As características basilares do Estado de Direito, tendo como parâmetro o magistério do jurista Carlos Ari Sundfeld⁸, são as seguintes: a supremacia da Constituição; a separação dos

⁴ GIANNINI, Massimo Severo. *Il pubblico potere: stati e amministrazioni pubbliche*. Bologna: Il Mulino, 1986, p. 95.

⁵ BOBBIO, Norberto. *Op. cit.*, 1988, p. 19.

⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 116-117.

⁷ SUNDFELD, Carlos Ari. *Op. cit.*, p. 40.

⁸ SUNDFELD, Carlos Ari. *Op. cit.*, p. 40-49.

Poderes; a superioridade da lei; e a garantia dos direitos individuais.

O Estado Liberal de Direito era o Estado da burguesia, destituído de todo e qualquer conteúdo e sem o menor compromisso com a realidade política, social e econômica. O traço característico realmente prevalecente neste Estado Liberal apresentava-se como uma restrição de cunho jurídico e legal, mas de natureza negativa, vale dizer, como uma garantia dos cidadãos frente à eventual atuação do próprio Estado, a quem cabia apenas o estabelecimento de instrumentos jurídicos que viabilizassem e assegurassem o livre desenvolver das pretensões individuais.

Destarte, e mantendo essa tradição política, o Estado de Direito certamente controla o poder e, conseqüentemente, protege os direitos individuais, mas isso não implica garantia da participação dos destinatários no seu exercício.⁹

O Estado Democrático de Direito é o Estado da legitimidade, que é encontrada, justamente, na democracia e nos direitos fundamentais nela positivados, garantindo a participação popular nas decisões políticas e evitando abusos contra os direitos fundamentais, ainda que sejam de interesse de uma maioria.¹⁰ A esse respeito, José Afonso da Silva explica que o Estado Democrático de Direito se funda no princípio da soberania popular, impondo a participação popular na coisa pública, salientando que tal participação não se esgota na simples formação das instituições representativas, que constituem, em verdade, um estágio da evolução do Estado Democrático de Direito, mas não o seu completo desenvolvimento. Objetiva, sim, a realização do princípio democrático como garantia geral dos direitos fundamentais da pessoa humana.¹¹

⁹ SUNDFELD, Carlos Ari. *Op. cit.*, p. 49.

¹⁰ RITT, Eduardo. *O Ministério Público como instrumento de democracia e garantia constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p.76-77.

¹¹ SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, p. 121.

Na verdade, a democracia e os direitos fundamentais, verdadeiras bases do Estado Democrático de Direito, constituem-se nos limites materiais ao poder político, na medida em que carregam valores que se relacionam com a dignidade da pessoa humana e com a possibilidade cada vez maior e mais próxima de alcançar o pretendido desenvolvimento da condição humana. Portanto, pode-se afirmar, até com alguma tranquilidade, que é o próprio Direito, por meio da Lei Fundamental, por meio de seus limites materiais, e não apenas os limites formais do Estado de Direito, que servirá como linha de demarcação aos abusos e a toda sorte de desigualdade e injustiças que podem vir a ser perpetrados.

Nesse sentido, vale referir a lição de Norberto Bobbio, ao explicar que a última luta pela limitação do poder político foi exatamente a que se combateu sobre o terreno dos direitos fundamentais do homem e do cidadão, a começar dos direitos pessoais até os vários direitos de liberdade, de religião, de opinião política, de imprensa, de reunião e de associação. Seja qual for o fundamento dos direitos do homem – Deus, a natureza, a história, o consenso das pessoas –, são eles considerados como direitos que o homem tem enquanto tal, independentemente de serem postos pelo poder público e que, portanto, o poder político deve não só observar e respeitar, mas também proteger. Segundo a terminologia utilizada por Hans Kelsen, eles constituem limites à validade material do Estado. Enquanto tais, não dizem respeito tanto à quantidade do poder, mas à sua extensão. Apenas o seu pleno reconhecimento dá origem àquela forma de Estado limitado por excelência que é o Estado liberal e a todas as formas sucessivas que, embora reconhecendo outros direitos fundamentais, como os direitos políticos e os direitos sociais, não diminuíram o respeito aos direitos de liberdade. É muito comum chamar-se de constitucionalismo à teoria e à prática dos limites do poder. Portanto, é inegável que o constitucionalismo encontra sua plena expressão nas constituições que estabelecem limites não apenas formais, mas também materiais ao poder político, bem representados pela barreira que os direitos fundamentais, uma vez reconhecidos e juridicamente protegidos,

erguem contra a pretensão e a presunção do detentor do poder soberano de submeter à regulamentação todas as ações dos indivíduos ou dos grupos.¹²

Assim sendo e, percorrendo este caminho, é possível chegar-se à conclusão de que o Direito passa a ter um papel de garantia dos direitos fundamentais e da democracia, seja na proteção dos direitos individuais liberais, seja na promoção dos direitos coletivos e difusos (ou transindividuais), e, assim, dar a necessária legitimidade ao poder no Estado de Direito.¹³

Lenio Streck procede à análise no sentido de que, com a chegada do Estado Democrático de Direito, toda a teoria jurídica necessita de uma adequação a esse novo modo (modelo) de produção de direito. Rompendo com a perspectiva de o direito ser regulador, passa-se a perceber/entender o Direito como promovedor e transformador. À evidência, tudo isso deve(ria) repercutir junto à teoria do direito. O Direito não pode mais ser visto como uma (mera) racionalidade instrumental.¹⁴

Nesse quadro, surge o garantismo como teoria com enorme potencial explicativo do modelo, pois, entre outras tantas teorias, é a que melhor se apresenta em sintonia com o novo modelo de Estado e de sociedade, sendo relevante, em face da atualidade de seus conceitos e perspectivas, um pequeno mergulho em seu significado.

Sérgio Cademartori explica o que vem a ser o garantismo, *in verbis*:

A teoria geral do garantismo apresenta-se na contemporaneidade como uma derivação da teoria garantista penal, a qual nasce e desenvolve-se a partir da matriz iluminista da época da Ilustração. Embora pensada originalmente dentro

¹² BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade: uma teoria geral da política*. Trad. de Marco Aurelio Nogueira. 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995, p. 100-101.

¹³ RITT, Eduardo. *Op. cit.*, p. 79.

¹⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Tribunal do Júri: símbolos e rituais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 25.

da matriz penalística, o seu desdobramento numa teoria geral evidencia para o estudioso do Direito um enorme potencial explicativo e propositivo. Em nível epistemológico, esta teoria embasa-se no conceito de *centralidade da pessoa*, em nome de quem o poder deve constituir-se e a quem deve o mesmo servir. Esta concepção instrumental do Estado é rica em conseqüências, tanto como teoria jurídica quanto visão política, dado que as mesmas vêem o Estado de Direito como artifício criado pela sociedade, que é logicamente anterior e superior ao poder político. Como modelo explicativo do Estado de Direito, a teoria garantista consegue dar conta desse aparato de dominação com extrema competência, eis que o apresenta como uma estrutura hierarquizada de normas que se imbricam por conteúdos limitativos do exercício do poder político. Propõe assim um modelo ideal de Estado de Direito, ao qual os diversos Estados Reais de Direito devem aproximar-se, sob pena de deslegitimação. Tem-se aqui então o aspecto propositivo da teoria, ao postular valores que necessariamente devem estar presentes enquanto finalidades a serem perseguidas pelo Estado de Direito, quais sejam a dignidade humana, a paz, a liberdade plena e a igualdade substancial. Em sua versão contemporânea, a teoria geral do garantismo foi formulada por Luigi Ferrajoli em 1989, em sua obra *Diritto e Ragione*.¹⁵

A perspectiva garantista teve como base um projeto de Democracia social, que forma um todo único com o Estado social de Direito. E o que significa isso? Fundamentalmente, consiste no alargamento, na difusão dos direitos dos cidadãos e dos deveres

¹⁵ CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 72.

do Estado, na maximização das liberdades e na minimização dos poderes, cujo modelo representativo pode se dar da seguinte forma: Estado e Direito mínimo na esfera penal, graças à minimização das restrições de liberdade do cidadão e à correlativa extensão dos limites impostos à atividade repressiva; Estado e Direito máximo na esfera social, graças à maximização das expectativas materiais dos cidadãos e à correlativa expansão das obrigações públicas de satisfazê-las.¹⁶ Streck ao traçar os contornos do garantismo afirma que ele é “uma técnica de limitação e disciplina dos poderes públicos e por esta razão pode ser considerado o traço mais característico, estrutural e substancial da Democracia”.¹⁷

Ao Estado, sobretudo ao chamado Estado Democrático de Direito, se atribui uma inerente juridicidade, que corresponde ao fato de existir em sua estrutura um componente normativo que o integra. Este componente corresponde justamente a uma Constituição.¹⁸ E tal Carta Política, no contexto do Estado Democrático de Direito, possui grande importância para o garantismo, uma vez que carrega os valores basilares do Estado – os limites materiais, ou seja, os direitos fundamentais, bem como fornece os limites formais do Estado. Por isso, é a Constituição uma norma, e não mera declaração de princípios, e a partir dela deve ser feita uma filtragem constitucional sobre todo o ordenamento jurídico. Nesse sentido, Luigi Ferrajoli explica:

Todos os direitos fundamentais – e não só os direitos sociais e os deveres positivos por eles impostos ao Estado, mas também os direitos de liberdade e as correspondentes proibições negativas que limitam a intervenção daquele – equivalem a vínculos de substância e não de forma, que condicionam a validade substancial

¹⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Op. cit.*, p. 27-28.

¹⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Op. cit.*, p. 27.

¹⁸ RIBEIRO JÚNIOR, João. *Teoria geral do Estado & ciência política*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: EDIPRO, 2001, p. 268.

das normas produzidas e exprimem, ao mesmo tempo, os fins para que está orientado esse moderno artifício que é o Estado Constitucional de Direito.¹⁹

O garantismo é de fundamental relevância para demonstrar a real importância da Carta Política para o Estado Democrático de Direito.

Ferrajoli lembra que o garantismo nasceu como antídoto aos freqüentes movimentos que, muito embora levantassem a bandeira da defesa do Estado de Direito e da democracia, na prática passavam ao largo da efetividade dos direitos, permitindo de forma totalmente passiva o aumento da intervenção punitiva com o respectivo enfraquecimento do catálogo dos direitos fundamentais assegurados ao ser humano. Através do garantismo, procura-se, então, dar um sentido racional e legítimo a atuação do Estado, impondo-se limites democráticos ao dar efetividade às garantias previstas ao Estado Democrático de Direito²⁰, inclusive, àquelas voltadas à atividade administrativa, ao agir administrativo.

Cabe ainda destacar que muito mais do que problema de normatividade, o garantismo trilha o caminho da luta pela eficácia das proteções, pois pouco importa a previsão utópica da cidadania se tais previsões são instrumentos de puro engodo autoritário. Pouco impressiona um sistema de previsões de inúmeras garantias se a realidade da força consome as barreiras normativas.²¹

O garantismo tem como fundamento a proteção máxima dos cidadãos, restringindo a atuação do Estado a limites efetivamente compatíveis com os princípios constitucionais fundamentais. Como bem diz Eugênio Pacelli de Oliveira, “o garantismo assume a tutela do indivíduo diante do Estado,

¹⁹ FERRAJOLI, Luigi. O direito como sistema de garantias. Trad. de Eduardo Maia Costa. In: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebiades de (Org.). *O novo em direito e política*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 97.

²⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Op. cit.*, 2002, p. 683.

²¹ BIZZOTO, Alexandre; RODRIGUES, Andréia de Brito. *Processo penal garantista: visão constitucional e novas tendências*. Goiânia: AB, 2003, p. 18.

precisamente em razão do excesso de poder com que age a autoridade.²²

Assim, o garantismo deve ser entendido como uma teoria que objetiva, primordialmente, proteger os direitos fundamentais sob a perspectiva do Estado Democrático de Direito e, desta forma, vê nos direitos fundamentais o eixo normativo em torno do qual deve desenvolver-se a atividade administrativa.

3. O Estado Democrático de Direito e o processo administrativo

A Lei Fundamental de 1988 estabelece no *caput* do artigo 1º, que a República Federativa do Brasil constitui-se em um Estado Democrático de Direito. Verifica-se, sem maior esforço intelectual, que a configuração do Estado Democrático de Direito não significa apenas unir formalmente os conceitos de Estado Democrático e Estado de Direito. Funda-se, na verdade, na criação de um conceito novo, que leva em conta os conceitos dos elementos componentes, mas os supera quando incorpora um componente revolucionário de transformação do *status quo*. E é justamente neste aspecto que se percebe a relevância sem precedentes de que se reveste o aludido artigo 1º da Carta Política vigente, pois quando afirma que o Brasil é um Estado Democrático de Direito, não o faz como mera promessa de organizar tal Estado, tendo em vista que a Constituição, neste dispositivo legal, já o está proclamando e fundando.²³ Assim, faz-se mister investigar a adição, a inserção do elemento democrático na fórmula do Estado de Direito.

Bobbio é incisivo ao afirmar que os direitos do homem, a democracia e a paz são três momentos do mesmo movimento histórico, dos quais o homem não pode, em hipótese alguma, prescindir. E o jurista italiano explica que sem direitos do homem

²² OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. O Supremo e as garantias processuais: verdades, mentiras e outras indagações. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (coordenadores). *Hermenêutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 304.

²³ SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, p. 123.

reconhecidos e protegidos, não há democracia; e, sem democracia, não existem as mínimas condições necessárias para a solução pacífica dos conflitos de interesses.²⁴

O marco principal do Estado Democrático de Direito é justamente o encontro da democracia com o Estado de Direito, donde aquela será elevada a um direito fundamental, direito este erigido ao nível constitucional e de observância necessária para todos os Estados.

Não se está tratando aqui de democracia formal, mas de democracia direta, ou seja, a verdadeira interferência do povo nas decisões políticas. Paulo Bonavides explica que “democracia direta é o povo investido na amplitude real de seu poder de soberania, alcançando, pela expressão desimpedida de sua vontade regulativa, o controle final de todo o processo político.”²⁵ Assim, a efetiva participação do povo no exercício do poder, é instrumento essencial para a composição do Estado Democrático de Direito.

Para Hans Kelsen a democracia tem como postulado a idéia de liberdade, “concebida como autodeterminação política do cidadão, como participação do próprio cidadão na formação da vontade diretiva do Estado.”²⁶

Estes conceitos, aparentemente tão genéricos, tão abstratos, não podem e não devem se prestar à condição de inexpressivos adornos, pois não são meras quimeras retóricas. Eles devem existir de fato, sob pena de não existir a real democracia.

Insta destacar, mais uma vez, por oportuno, que o quadro institucional referente ao aparato administrativo brasileiro, o qual se dizia ser extremamente refratário a toda e qualquer mudança, mormente quando direcionada a diminuir o seu monolitismo,

²⁴ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p.01.

²⁵ BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 355.

²⁶ KELSEN, Hans. *A democracia*. Trad. de Ivone Castilho Benedetti, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla e Vera Barkow. São Paulo: Martinus Fontes, 1993, p. 28.

foi bastante modificado com a promulgação da Carta Constitucional de 1988.

Odete Medauar, em estudo publicado antes da Constituição Federal vigente, salientava, de maneira até enfática, que “a preocupação com a democracia política leva, muitas vezes, ao esquecimento da democracia administrativa, quando, na verdade, esta deveria ser o reflexo necessário da primeira.”²⁷ Verifica-se, então, que o constituinte de 1988 percebeu o anseio da doutrina nacional e, sensível aos inúmeros apelos, conseguiu imprimir na nova ordem constitucional a moderna concepção da processualidade no âmbito da função administrativa.

Constata-se que a Carta Política de 1988 lançou novas luzes sobre a processualidade administrativa, seja para transpor para a atuação administrativa os princípios do devido processo legal, seja para fixar imposições mínimas quanto ao modo de atuar da administração.

Sob o influxo de tais idéias, urge sublinhar que a vinculação jurídica do agir estatal aos direitos fundamentais tem sido um dos aspectos mais ressaltados em seu conceito, fazendo com que ecloda o fenômeno mundial da legislação sobre processo administrativo, de sorte a transformá-lo em instrumento de racionalização do agir administrativo, legalização da *praxis* administrativa e limitação dos poderes do governo.²⁸

A configuração da República Federativa do Brasil como um Estado Democrático de Direito e o tratamento extremamente detalhado dado à Administração Pública pelo legislador constituinte, são fatores que, sem dúvida alguma, em muito contribuíram para uma democratização maior da Administração Pública brasileira.²⁹ E tal democratização passa, invariavelmente, pela processualidade administrativa, vez que o processo

²⁷ MEDAUAR, Odete. Administração pública ainda sem democracia. In: *Revista problemas brasileiros*. N. 256. São Paulo, 1986, p. 38.

²⁸ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo administrativo disciplinar*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003, p.123-124.

²⁹ OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. As audiências públicas e o processo administrativo brasileiro. In: *Revista de direito administrativo*. Vol. 209. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 155.

administrativo significa meio ativo de exercício e garantia de direitos dos particulares, que têm condições de participar e controlar a seqüência predefinida de atos anteriores ao provimento final. Os atos administrativos não se despem de suas principais características – presunção de legitimidade, imperatividade, exigibilidade e auto-executoriedade -, mas as pessoas privadas tomarão parte da decisão administrativa, na constante busca da concretização excelente do interesse público.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro foca muito bem o âmbito da questão, ao explicitar que a participação do particular já não se dá por delegação do poder público, nem por simples colaboração em uma atividade paralela. Ela ocorre mediante a atuação do particular diretamente na gestão e no controle da Administração Pública. É nesse sentido, sentencia a doutrinadora, que a participação popular é tida como característica essencial do Estado Democrático de Direito, na medida em que ela aproxima mais o particular da Administração, diminuindo ainda mais as barreiras entre o Estado e a sociedade.³⁰

Não há que se falar em Estado Democrático de Direito sem que esteja perfeita e previamente configurada uma ordem fundada na legitimidade e na legalidade. A legitimidade reconduz à conformidade do agir do Estado ao interesse público recolhido pelos instrumentos juspolíticos da democracia. E, por sua vez, a Administração Pública, enquanto modo derivado de agir do Estado, permanece duplamente vinculada: à legalidade, ou seja, a legitimidade positivada, e à legitimidade, vale dizer, naquilo que não foi ou não pôde ser positivado.³¹

A procedimentalização do agir administrativo, a fixação de regras para o modo como a Administração deve atuar na sociedade e resolver os conflitos, caracteriza-se como condição indispensável para a concretização da democracia, de modo que possa ter contornos bem delineados e definidos. Se as regras que vão dar a direção ao processo administrativo não estiverem

³⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Participação popular na Administração Pública. In: *Revista de direito administrativo*. Vol. 191. Rio de Janeiro: Renovar, 1993, p. 32.

³¹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Op. cit.*, p. 129.

previamente fixadas, ensejará impossibilidade de que haja qualquer relação estável entre Administração e cidadãos, vez que não se conhecerá até onde vai o poder do outro e como este poder será exercido, ou seja, a indefinição, ou, ainda, tal nebulosidade, acaba por atingir o agir administrativo e, por consequência, a própria democracia, na qual deve haver um consenso procedimental acerca dos modos a serem utilizados na solução dos conflitos, a fim de se evitar a existência de um poder personalizado, injusto e arbitrário. O Estado Democrático de Direito exige, antes de tudo, um método democrático.³²

Assim, o processo administrativo, no Estado Democrático de Direito, é instrumento imprescindível para assegurar que o poder não se torne abusivo, temerário ou arbitrário, sendo mesmo, uma forma de disciplinar e domesticar o exercício do poder da Administração Pública, na medida em que impõe previsibilidade, estabilidade e exigibilidade. O processo administrativo institucionaliza o método de efetivação da responsabilidade pública no Estado Democrático de Direito. Impende notar, entretanto, que inobstante o processo administrativo seja elemento necessário, por si só, ele não basta para consolidar a democracia, na esfera da Administração Pública. Explica-se. Além de exigir prévia aceitação, a sociedade moderna ainda exige o princípio da participação do cidadão por meio do processo.³³

O processo administrativo passou a ser compreendido constitucionalmente como resultado inafastável da democracia que penetra em todas as funções estatais, incluindo neste rol, é claro, a administrativa.

O processo administrativo, ao permitir aos destinatários da ação administrativa a possibilidade de exercerem influência na decisão final, se amolda aos princípios que dão sustentação ao Estado Democrático de Direito. Assim, assiste total razão a Cândido Rangel Dinamarco ao ponderar que “O processo é *miniatura do Estado democrático* (ou ‘microcosmos do Estado-de-direito’), por ser construído em clima de *liberdade* e com abertura

³² BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Op. cit.*, p. 129-131.

³³ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Op. cit.*, p. 132-135.

para a *participação* efetiva dos seus sujeitos, os quais são tratados segundo as regras da *isonomia*.³⁴

Assim, Cármen Lúcia Antunes Rocha tem que o processo administrativo passou a ser um instrumento da Administração Pública democrática buscada num Estado no qual esse regime político seja adotado. Assim visualizado, o processo administrativo passou a ser considerado matéria constitucional, pois a sua garantia é fundamental como o é o processo judicial. A necessidade de transportá-lo para a sede constitucional impôs-se, então, em razão das transformações tanto do Estado quanto dos princípios que o regime político democrático ostenta.³⁵

Em relação à importância do processo administrativo no contexto do Estado Democrático de Direito, oportuna se faz a transcrição literal das considerações de Justen Filho, que se manifestou sobre o tema em questão da seguinte forma:

A institucionalização de procedimento acarreta, como consequência mais direta, uma possibilidade de previsão e de orientação de condutas. Na medida em que o exercício do poder jurídico dependa da prévia exaustão de uma seqüência ordenada de atos, não mais se torna possível surpreender aos interessados com medidas imediatas e desconectadas. O exercício do poder jurídico é obrigatoriamente proporcionado ao que se definiu no curso do procedimento. Cumprir o procedimento assegura a manifestação e a consideração a todos os eventuais, possíveis e não cogitados interesses em jogo.³⁶

³⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 312.

³⁵ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios constitucionais do processo administrativo no direito brasileiro. In: *Revista de direito administrativo*. N. 209. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 200.

³⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Sujeição passiva tributária*. Belém: CEJUP, 1986, p. 51.

Importa destacar que o referido autor opta, como se verifica da presente transcrição, pelo termo procedimento administrativo, em detrimento à expressão processo administrativo, que será a locução adotada por este trabalho.

Muito provavelmente a atividade processual seja a forma mais democrática de se chegar à prolação de um ato administrativo. Então, o processo administrativo aparece como verdadeiro instrumento concretizador de garantia dos direitos fundamentais. Ao administrado não será apenas dado o dever de submeter-se aos atos estatais, pois o caminho processual a ser trilhado prestar-se-á também a oferecer proteção ao direito material dos particulares.

O processo administrativo vincula-se à concepção de Estado Democrático de Direito e aos princípios constitucionais da Administração, como corolário e veículo de sua expressão.

Por estas razões, o processo administrativo não há que ser vislumbrado unicamente como “rito” ou “procedimento”. Ao serem utilizados tais termos, é imediata a conexão, o vínculo mesmo, às idéias puramente formais. Através do processo administrativo não se pretende mera proteção a prazos, publicações, vistas, protocolos e demais perfis burocráticos da atividade estatal. O processo é instrumento de participação, proteção e garantia dos direitos individuais. Caso prestigiado, o cidadão terá convicção de que o ato administrativo é legítimo e perfeito.³⁷

Importa registrar que o controle do poder para impedi-lo de cometer injustiças ou mesmo para pressioná-lo e compeli-lo a realizar o justo é a aspiração do direito administrativo moderno, revelando-se tais desideratos por meio do processo administrativo – na seara da Administração Pública – que se apresenta como instrumento juspolítico democrático capaz de viabilizar a eficácia dos direitos fundamentais, devendo ser considerado como modo normal de agir do Estado Democrático de Direito.

³⁷ MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo administrativo: princípios constitucionais e a Lei 9.784/1999*. 2. ed. atual., rev. e aum. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 63.

4. Processo ou procedimento administrativo

Há muita controvérsia acerca do fenômeno processual, tendo a doutrina emprestado às expressões processo e procedimento inúmeros significados, tornando-se absolutamente necessário delinear o sentido que se lhes reconhece, tomando o posicionamento que se crê seja o mais coerente com o moderno direito administrativo nacional.

Como bem se sabe, a linguagem exerce papel de suma importância na compreensão da Ciência Jurídica, podendo-se, mesmo, afirmar que o Direito é necessariamente um produto de linguagem. A linguagem do cientista do Direito, tal qual toda linguagem científica, deve pautar-se pela observância de princípios lógicos, destacando-se pelo rigor. Daí a necessidade premente de se pontuar a questão terminológica referente à distinção entre processo e procedimento.

A partir da década de 50, processualistas e administrativistas foram convergindo para a idéia de processo vinculado ao exercício do poder estatal. O processo, de acordo com esse entendimento, expressa o aspecto dinâmico de um fenômeno que se vai concretizando em muitos pontos no tempo, refletindo a passagem do poder em atos ou decisões. Assim sendo, conclui-se, que o processo existe tanto no exercício da função jurisdicional, como na função legislativa e na função executiva, estando a processualidade presente em vários âmbitos da experiência jurídica, apresentando um núcleo de elementos comuns.³⁸ Portanto, “a idéia de um núcleo comum de processualidade não é incompatível com a existência de particularidades em cada tipo de processo, decorrentes, sobretudo, da modalidade de função a que se vincula”.³⁹ E, tomando como ponto de partida os elementos formadores deste núcleo comum, surgem muitos pontos de distinção entre os vários tipos de processo, em sua generalidade provenientes das características da função a que se liga e do fato a que tende.

³⁸ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, 191-192.

³⁹ MEDAUAR, Odete. *Op. cit.*, 1993, p. 46.

Claro está, ante o exposto, que existem peculiaridades no processo administrativo que o distinguem do processo jurisdicional e do processo legislativo.

O problema da distinção entre processo e procedimento administrativo passa a ser, muitas vezes, a existência dos elementos da processualidade no processo administrativo, meramente terminológico. Muitos autores, diante desse fato, consideram a discussão desnecessária. Lúcia Valle Figueiredo, percorrendo essa trilha, afirma que “seja processo ou procedimento, chegaremos ao mesmo caminho.”⁴⁰ Nelson Nery Costa comunga do mesmo posicionamento, ao deixar patente que “Diante da inexistência de uma definição clara e definitiva entre os conceitos de processo e procedimento, para o Direito Administrativo, é irrelevante tal distinção.”⁴¹

Romeu Bacellar Filho explica que a resistência ao uso do termo processo para identificar a processualidade administrativa origina-se do receio de confusão com o processo jurisdicional. Complementando seu pensamento, afirma que a força da tradição do processo jurisdicional impede a aceitação da ocorrência do fenômeno em outros campos de manifestação do poder estatal, o que não deixa de ser uma renitência sem justificativa.⁴²

Dentre os juristas que adotam a expressão procedimento administrativo, há que se destacar, devido à abrangência de sua exposição, o administrativista Carlos Ari Sundfeld. O autor ressalta os perigos da utilização do termo processo. Ensina que, pelo fato de todas as características do processo judicial serem muito marcadas em nossa mente, até porque seu estudo é parte importante da formação jurídica, falar em processo administrativo pode parecer forçado, pois imediatamente nos ocorrem as inadaptações. O que acaba resultando é uma restrição do uso da expressão tão-somente para as situações em que parece haver partes e controvérsia, como no procedimento disciplinar e

⁴⁰ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Devido processo legal e fundamentação das decisões. *Revista de direito tributário*. n. 63, s.d.

⁴¹ COSTA, Nelson Nery. *Processo administrativo e suas espécies*. 4. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 12.

⁴² BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Op. cit.*, p. 53.

tributário, o que certamente favorece a defesa do indivíduo nessas hipóteses, mas deixa-o indefeso nas demais.

E não é só este aspecto que merece reflexão, continua o citado doutrinador, pois, ao se falar em processos administrativos pode sugerir que seja dado à Administração julgar definitivamente em certas situações, desde que realize processo, vale dizer, desde que respeitadas garantias semelhantes às do processo judicial. Esta falsa impressão poderia gerar um efeito terrível: supor-se que certos atos administrativos, por resultarem de processos, estariam imunes ao controle jurisdicional, o que em caso algum é aceitável no Direito brasileiro. Ademais, poderia surgir a tentação de o legislador substituir o processo judicial pelo administrativo em casos de supressão da liberdade ou da propriedade, que exigem processo judicial por força dos princípios do devido processo legal e do juiz natural.

Complementando sua longa justificativa pela opção do uso da expressão procedimento administrativo em detrimento de processo administrativo, Sundfeld afirma que também o Judiciário, quando administra, realiza procedimento administrativo. Quem já examinou autos de 'processos' administrativos desenvolvidos no Judiciário, principalmente os disciplinares, certamente terá encontrado carimbos atestando o 'trânsito em julgado' do ato administrativo final e coisas parecidas.⁴³ A solução teórica encontrada pelo jurista sob comento constitui-se em proposta que, através de critério semântico, visa a afastar eventuais dúvidas do intérprete, que poderiam resultar em gravame indevido ao particular. Contudo, como será examinado adiante, não parece válida a fixação do conceito de *processo* exclusivamente no objeto de uma disciplina inaugural. Tampouco se trata de termo cuja ambigüidade natural não permitiria sua aplicação científica.

As preocupações de Sundfeld são também de uma parcela significativa da doutrina. Entretanto, a opção pelo termo procedimento administrativo poderá trazer problemas até piores do que aqueles imaginados pelo jurista. Cândido Rangel

⁴³ SUNDFELD, Carlos Ari. A importância do processo administrativo. *Revista de Direito Público*. N. 84, 1987, p. 73.

Dinamarco chama a atenção para o costume de se reservar o vocábulo processo para designar apenas o processo jurisdicional. Afinal, continua ele, esclarecendo que o processualista tem o hábito de considerá-lo exclusividade sua, deixando à jurisdição voluntária e ao direito administrativo, não sem desdém, o uso do nome procedimento, o qual freqüentemente vem acompanhado do adjetivo mero – mero procedimento –, como se o processo não fosse também, antes de tudo e substancialmente, um procedimento. Curiosamente, é do direito administrativo que veio a mais clara das idéias acerca do conceito de processo, hoje alvo de crescente aceitação na doutrina dos processualistas: “procedimento com participação dos sujeitos interessados (ou seja, daqueles que receberão a eficácia direta do ato final esperado), eis o conceito de processo na ciência moderna.”⁴⁴

A doutrina deve ficar de prontidão para o perigo que ronda a questão posta nestas linhas antecedentes. Explica-se. Ora, se o termo procedimento possui peso menor, importância menor, e porque não dizer, carga menor e mais fraca, em relação ao processo, há que se redobrar a atenção para a possibilidade da negação da aplicação de diversos princípios processuais para a realidade processual ocorrida no âmbito administrativo, o que seria um passo atrás no caminho até agora percorrido pelo direito administrativo moderno.

O receio de confusão entre os termos processo e procedimento administrativo fica sanado a partir do momento em que se acolhe a processualidade ampla. Odete Medauar argumenta, com rigor científico, que a despeito do difundido uso do termo procedimento no âmbito da atividade administrativa, mais pertinente se mostra a expressão processo administrativo. Complementa seu pensar, afirmando que a resistência ao uso do vocábulo processo no campo da Administração Pública, explicada pelo receio de confusão com o processo jurisdicional, deixa de ter consistência no momento em que se acolhe a processualidade ampla, isto é, a processualidade associada ao exercício de qualquer poder estatal. Em decorrência, há processo

⁴⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, p. 70.

jurisdicional, processo legislativo, processo administrativo; ou seja, o processo recebe adjetivação provinda do poder ou função de que é instrumento. A adjetivação, dessa forma, permite, especificar a que âmbito de atividade estatal se refere determinado processo. Continua a jurista, explicando que a expressão *processo administrativo* significa afirmar que o procedimento com participação dos interessados em contraditório, ou seja, o verdadeiro processo ocorre também no âmbito da Administração Pública. E todos os elementos do núcleo comum da processualidade podem ser detectados no processo administrativo, assim: a) os elementos *in fieri* (a processualidade exprime o momento em que algo está se realizando) e pertinência ao exercício do poder estão presentes, pois o processo administrativo representa a transformação de poderes administrativos em ato; b) o processo administrativo implica sucessão encadeada e necessária de atos; c) é figura jurídica diversa do ato; quer dizer, o estudo do processo administrativo não se confunde com o estudo do ato administrativo; d) o processo administrativo mantém correlação com o ato final em que desemboca; e) há um resultado unitário a que se direcionam as atuações interligadas dos sujeitos em simetria de poderes, faculdades, deveres e ônus, portanto em esquema de contraditório.⁴⁵

Marcelo Harger ressalta ainda que, a opção pelo termo processo é realizada pelo próprio direito positivo nacional, mais especificamente pela Constituição. A Lei n. 9.784/99 também adotou a expressão processo administrativo ao dispor no *caput* de seu artigo 1º que “esta Lei estabelece normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta, visando, em especial, à proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração.” Os artigos seguintes da mesma lei também utilizam essa expressão: 5º, 9º, 10, 17, 18, 22, 23, 24, 25, 26, 29, 30, 31 e 46. Registra ainda o sobredito autor que essa escolha não se limita ao aspecto terminológico, uma vez que implica, também, o reconhecimento da existência do processo nas

⁴⁵ MEDAUAR, Odete. *Op. cit.*, 1993, p. 41.

atividades da Administração Pública.⁴⁶ Valeu-se o legislador do termo *procedimento* unicamente em três dispositivos, nitidamente referindo-se a *rito* (artigo 23, parágrafo único – *curso regular do procedimento*; artigo 34 – *indicação do procedimento adotado*; e artigo 47 – *o conteúdo das fases do procedimento*).

A Constituição Federal adotou a expressão processo administrativo, o que significa não só escolha terminológica, mas, sobretudo, reconhecimento do processo nas atividades da Administração Pública, como demonstram quatro dispositivos legais, principalmente: 1) o inciso LV do art. 5º: “Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”; 2) inciso LXXII do art. 5º: “Conceder-se-á *habeas data* ...b) para retificação de dados quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso judicial ou administrativo”; 3) o inciso XXI do art. 37: “Ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública...”; 4) o § 1º do art. 41: “O servidor público estável só perderá o cargo mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa”.

Consoante se verifica nos dispositivos constitucionais aludidos, a escolha do constituinte é bastante importante, sendo essencial, na medida em que se detectam duas realidades distintas, e que foram denominadas de processo administrativo. A primeira consiste nos processos nos quais existam acusados ou litigantes. A segunda abarca os casos de atuação processualizada como forma de explicitação da competência para o exercício da atividade administrativa.

Celso Antônio Bandeira de Mello assegura que não é o caso de armar-se um cavalo de batalha em torno de rótulos. Sem embargo, crê firmemente o jurista que a terminologia adequada para designar o objeto em causa é processo, sendo procedimento a modalidade ritual de cada processo, sendo mesmo provável, ou ao menos muito possível, que a partir da lei federal, em

⁴⁶ HARGER, Marcelo. *Princípios constitucionais do processo administrativo*.

sintonia com ela, comece a se disseminar no País a linguagem processo.⁴⁷

No aspecto substancial, consoante lição de Odete Medauar, procedimento distingue-se de processo porque, basicamente, significa a sucessão encadeada de atos. Processo, por seu lado, implica, além do vínculo entre atos, vínculos jurídicos entre os sujeitos, englobando direitos, deveres, poderes, faculdades, na relação processual. Processo implica, sobretudo, atuação dos sujeitos sob prisma contraditório. Portanto, o processo administrativo caracteriza-se pela atuação dos interessados, em contraditório, seja ante a Administração, seja ante outro sujeito (administrado em geral, licitante, contribuinte, por exemplo), todos, neste caso, confrontando seus direitos ante a Administração.⁴⁸

Adotando posicionamento similar, a jurista Lúcia Figueiredo firma entendimento no sentido de que a expressão processo seja utilizada na presença de litigância ou contraposição de interesses ou, ainda, acusações. Aduz, também, que o processo administrativo sempre contém procedimento, ou seja, o caminho a ser percorrido pela Administração a fim de cumprir determinadas formalidades seqüenciais para chegar ao ato final.⁴⁹

Romeu Bacellar Filho, seguindo idêntica linha de pensamento, afirma existir entre procedimento e processo administrativo uma relação de gênero e espécie, quando escreve o seguinte: “De procedimentos administrativos podem resultar processos administrativos desde que caracterizada situação demandante de participação dos interessados em contraditório.”⁵⁰ Para esse autor, quando do procedimento puderem advir efeitos à esfera jurídica das pessoas e estas vierem a participar sob o prisma do contraditório, ou ainda quando externar uma acusação, se tem o processo. Pela sua ótica, do

Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 58-59.

⁴⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 447.

⁴⁸ MEDAUAR, Odete. *Op. cit.*, 2004, p. 193.

⁴⁹ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Estado Democrático e devido processo legal. *Revista de direito administrativo*. Vol. 209. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 15.

⁵⁰ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Op. cit.*, p. 49.

procedimento, se formulada alguma acusação ou constatada a participação de interessados em contraditório, pode resultar um processo, de modo que todo processo é procedimento, mas a recíproca não é verdadeira. Esta é a razão pela qual ele afirma que procedimento é gênero e processo é espécie.

Ao debruçar-se sobre o tema em foco, Egon Bockmann Moreira aponta para a possibilidade do processo ser examinado sob dois ângulos: por um lado, é relação jurídica entre as partes que nele interagem (aspecto interno); por outro, consubstancia rito ou seqüência predefinida (aspecto superficial).

Afirma Egon Moreira que, na medida em que se trata de relação jurídica específica, o processo configura vínculo entre pessoas derivado de previsões normativas próprias, cujo objeto é precisamente o motivo (fático ou jurídico) em razão do qual a relação processual se constitui e se desenvolve. Não há que se confundir a relação processual com a ação (ou pretensão) processual, nem tampouco com a relação jurídica material que une as partes, posto que tal relação jurídica processual desenvolve-se justamente através do rito denominado procedimento. Trata-se da forma de se concretizar o processo – tramitação ou seqüência de atos no qual se desenvolve a relação processual. É o procedimento realidade essencial e inerente ao conceito de processo.

A conclusão a que chegou o aludido jurista foi a seguinte: frente ao direito processual o termo *procedimento* jamais se prestou a designar, em sentido estrito, uma relação jurídica. Essa função é exercida com exclusividade pela palavra *processo*, que designa vínculo entre os sujeitos envolvidos na relação jurídico-processual. E esta máxima se estende ao âmbito do direito administrativo.⁵¹

Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari, de modo extremamente técnico-científico, justificam a opção pela expressão processo administrativo em detrimento de

⁵¹ MOREIRA, Egon Bockmann. *Op. cit.*, p. 37-39.

procedimento administrativo, por meio da utilização de três critérios, quais sejam, o lógico, o normativo e o ideológico.⁵²

Critério lógico. O Direito não é fruto de geração espontânea; tampouco é unicamente simples emanção misteriosa de etéreas inteligências ou de imposições autoritárias de quem tem poder. O Direito é sempre uma realidade social. Se algum dos ramos do Direito conceitua e baliza determinada idéia, não há como cientificamente defender que outro ramo da mesma ciência, mais tarde, resolva batizar realidade análoga com outra expressão. Ou, o que é pior, com mudança do conteúdo semântico amplamente aceito.

Por esse imperativo, de lógica formal, tem-se por equívocado o termo procedimento administrativo para nominar, a um só tempo, o processo e o procedimento (em sentido estrito) administrativos.

Critério normativo. A Constituição Federal, em seu artigo 5º, LV, exatamente para batizar a realidade categórica regulada na Lei Federal n. 9.784/99, ditou “processo administrativo”. Que se insista, então, em denominar procedimento não só o que é procedimento administrativo, mas também o que é processo administrativo, constitui motivo de desconcerto.

Esse segundo imperativo, de natureza sistemática, reforça a escolha pela expressão processo administrativo.

Critério ideológico. Este terceiro vetor, de índole ideológica, também é especificamente projetado para o processo administrativo, no sentido específico até aqui desenvolvido. Processo é relação jurídica, entre Estado e cidadão, para viabilizar e instrumentalizar o direito público subjetivo à solução imparcial dos litígios pelo Estado, mesmo quando o Estado seja parte. Trata-se de um direito emanado da própria idéia de cidadania.

Os administrativistas brasileiros ressentiam-se pela ausência de um processo administrativo com as configurações, inspirações, principiologia e segurança do processo jurisdicional. Ouvindo tais reclamos, o constituinte de 1988 outorgou ao processo administrativo – expressão escolhida por nossa Carta

⁵² FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 34-36.

Política – a mesma índole e alcance do processo judicial no que diz respeito às garantias da cidadania.

Assim, concluem Sergio Ferraz e Adilson Dallari, também por tais imperativos axiológicos se impõe que não se aceite, sob hipótese alguma, a generalização do uso do rótulo procedimento administrativo para indicar, a um só tempo, o *iter* que leva à formulação e exteriorização da vontade administrativa e a relação jurídica que as emoldura.

Em resumo, diferentemente do posicionamento adotado por Sundfeld, para quem o procedimento é o modo de realização da função administrativa, reservando-se a expressão processo para o âmbito judicial, estes últimos autores referidos definem processo em vista da presença de contraditório.

Está-se a ver, pois, que as expressões processo e procedimento recebem tratamentos jurídicos diversos, emprestando-lhes a doutrina diferentes sentidos.

Não há como se negar que todos os juristas acima citados, muito embora defensores de entendimentos distintos uns dos outros, merecem todo o respeito, pela forma como desenvolvem e justificam seus entendimentos, com argumentos plenamente plausíveis. Entretanto, o entendimento com o qual se comunga neste trabalho vem a ser aquele segundo o qual a função administrativa realiza-se mediante processo, haja ou não contraditoriedade. Já, com relação ao procedimento, seria a forma específica de manifestação do processo, isto é, o rito processual.

Seguindo o fio do raciocínio, tem-se que, assim como as funções legislativa e jurisdicional, também a função administrativa desenvolve-se mediante processo. Este, por sua vez, pode manifestar-se de variadas maneiras, dependendo do ato final que vise a produzir. São, pois, diversos os procedimentos por meio dos quais pode exteriorizar-se o processo.⁵³

Procedimento, para os fins do presente trabalho, designa o rito utilizado. Emprega-se, assim, a noção tradicionalmente admitida pelos processualistas.

⁵³ SIMÕES, Mônica Martins Toscano. *O processo administrativo e a invalidação de atos viciados*. São Paulo: Malheiros, 2004, p.36.

O procedimento é, nesse quadro, apenas o meio extrínseco pelo qual se instaura, desenvolve-se e termina o processo; é a manifestação extrínseca deste, a sua realidade fenomenológica perceptível.⁵⁴ É a forma de concretização do agir estatal. É o *iter* percorrido para uma manifestação ou atuação estatal. Mesmo a produção de atos administrativos simples envolve uma seqüência de atos direcionados a um fim, ao que se denomina procedimento.

Nessa perspectiva, entende-se por processo administrativo o conjunto de atos e fatos jurídicos que, observando uma sucessão ordenada, encaminham-se à produção de determinado ato administrativo, com vistas sempre à satisfação do interesse público.⁵⁵

Destas definições advém uma importante consideração: o processo não se encontra restrito ao exercício da função jurisdicional. Sem dúvida, ele é utilizado no direito administrativo com as peculiaridades inerentes a este ramo do direito, mas também apresenta características comuns de ordem constitucional – núcleo comum de processualidade – como o princípio do devido processo legal. A expressão *processo administrativo* designa, técnica e inequivocamente, realidade normativa específica.

5. O processo administrativo na Constituição Federal de 1988 e na Lei n. 9.784/99

A Constituição Federal dispõe acerca de distintos processos administrativos. Inicialmente, aquele que se refere à perda do cargo dos servidores públicos – processo administrativo disciplinar, que remonta à Constituição de 1934, art. 169, e foi reiterado pelas Constituições de 1937, 1946, 1967 e na Emenda n. 1 de 1969.

⁵⁴ CINTRA, Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 277.

⁵⁵ SIMÕES, Mônica Martins Toscano. *Op. cit.*, p. 38.

Sem dúvida, na mesma esteira, a Carta Política vigente previu o processo administrativo disciplinar em seu art. 41, com redação alterada pela Emenda Constitucional n. 19, de 1998.

A Constituição de 1988 inovou ao introduzir o processo administrativo em seu artigo 5º, inciso LV, este entendido em sentido amplo em face do servidor ou do particular, assegurando-se o contraditório e a ampla defesa com os meios e recursos inerentes. Deste modo, aliado ao disposto no artigo 5º, inciso LIV, que determina o devido processo legal, o processo administrativo foi inserido no rol dos direitos e garantias fundamentais, como já se deixou patente alhures. Assim, ao cidadão ou à entidade, não é conferida apenas a garantia ao processo administrativo, mas a um processo administrativo justo.

As garantias constitucionais exercem duplo papel, ambos de extrema relevância. Elas tutelam os direitos dos cidadãos-administrados, prevenindo e desconstituindo violações ao direito objetivo, ou seja, consagrando a legalidade.

Excepcionada a previsão constitucional e as disposições estatutárias atinentes aos servidores públicos, o processo administrativo não era contemplado com disciplina legal até o advento da Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que estipula normas fundamentais acerca do processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal direta e indireta, tendo em vista a proteção dos direitos dos administrados e o melhor cumprimento dos fins da Administração. Embora federal, a lei é aplicada subsidiariamente, por entidades federativas que não tenham editado norma similar aos demais processos administrativos. A edição da lei representou um grande avanço para a sociedade, uma vez que reforçou e amparou a garantia fundamental ao processo administrativo.⁵⁶

6. Tipologia do processo administrativo

Sérgio Ferraz e Adilson Dallari afirmam parecer de escassa rentabilidade científica (e até mesmo prática) o habitual esforço

⁵⁶ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 79-81.

da doutrina por classificar as diversas modalidades de processo administrativo. Tal afirmativa, segundo os autores, repousa na convicção de que as garantias, os pressupostos e as finalidades do processo administrativo são sempre idênticos. O que varia é o conteúdo do processo, isto é, a temática sobre o que o processo irá dispor.⁵⁷

Impõe-se notar que, ao se elaborar uma classificação, é necessário lembrar que ela não é certa ou errada, mas, sim, mais útil ou menos útil. Ocorre que, na elaboração de uma classificação, unem-se coisas diversas, em virtude da existência de um traço comum a todas elas. Significa dizer, a colocação de dois objetos em uma mesma classe não denota que entre eles não existam diferenças. Por essa razão, as classificações variam de acordo com as diferenças e semelhanças que se pretende realçar, que se quer e se precisa colocar em destaque. Esse fato também acontece em relação ao processo administrativo. São inúmeras as classificações apontadas e desenvolvidas pela doutrina.

O processo administrativo é o modo pelo qual a Administração Pública registra seus atos, controla os agentes públicos ou decide os embates, os conflitos de interesses com os administrados e os servidores públicos, motivo pelo qual podem ser de espécies as mais variadas. A diversificação das finalidades e procedimentos faz surgir um sem número de obstáculos para tentar-se levar adiante uma classificação geral. Entretanto, a abordagem de tal tema faz-se necessário até para que se possa tentar eventual unificação dos processos administrativos, principalmente com o objetivo de se assegurar o devido processo legal em seus aspectos material e formal.⁵⁸

Será adotada a classificação proposta por Nelson Nery Costa, que elaborou uma classificação tentando abranger todos os processos administrativos. E, para tanto, levou em conta as inúmeras classificações propostas pelos juristas brasileiros, principalmente a formulada por Hely Lopes Meirelles.

⁵⁷ FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Op. cit.*, p. 36.

⁵⁸ COSTA, Nelson Nery. *Op. cit.*, p. 49.

A classificação proposta pelo jurista está relacionada com uma tentativa de procurar totalizar todos os processos administrativos, ao mesmo tempo em que procurou aglutiná-los relativamente a algumas características comuns. Podem ser, então: de expediente; de outorga; de restrição pública à propriedade particular; de controle; de gestão; punição; disciplinar; fiscal.

Como a sindicância se encontra destacada no contexto do presente artigo e, ainda, sendo espécie do processo administrativo disciplinar, impende que se evidencie o processo administrativo de punição, a fim de que se possa caminhar sem percalços até o ponto em que se pretende chegar com estes escritos.

O processo administrativo de punição tem a finalidade de apurar violação à lei, regulamento ou contrato, perpetrado pelo administrado, servidor ou contratado. Dentre as principais características de tal processo administrativo está o devido processo legal e o direito ao contraditório e à amplitude de defesa, pois são estas garantias que servem de escudo de defesa aos administrados, para livrá-los de eventuais sanções administrativas aplicadas de modo abusivo e arbitrário. O processo administrativo de punição é instaurado tendo como fundamento um auto de infração, representação, denúncia ou peça de informação equivalente, que necessariamente deve conter a exposição do ato ou fato ilegal, assim como do ilícito administrativo ou contratual, relacionando a norma ou a convenção violada. Exemplos desses processos administrativos são aqueles que ocorrem na administração do trabalho e as infrações ambientais.⁵⁹

O processo administrativo disciplinar é uma espécie de processo de punição, na medida que se configura como o meio de apuração e punição de faltas dos servidores públicos sob a égide do regime funcional da Administração Pública. É classificada como modalidade autônoma e específica, face às suas particularidades e ao rito do procedimento a que é submetida.⁶⁰

⁵⁹ COSTA, Nelson Nery. *Op. cit.*, p. 54.

⁶⁰ COSTA, Nelson Nery. *Op. cit.*, p. 54.

7. O processo administrativo disciplinar

O processo administrativo disciplinar é um processo de punição que, tendo em vista a frequência e a importância para o serviço público, tem um tratamento separado. Trata-se do meio pelo qual a Administração apura e pune as faltas graves dos servidores públicos e de outros agentes públicos.⁶¹

Hely Lopes Meirelles conceitua processo administrativo disciplinar, também chamado impropriamente inquérito administrativo, como sendo o meio de apuração e punição de faltas graves dos servidores públicos e demais pessoas sujeitas ao regime funcional de determinados estabelecimentos da Administração. Tal processo funda-se na supremacia especial que o Estado mantém sobre todos aqueles que se vinculam a seus serviços ou atividades, definitiva ou transitoriamente, submetendo-se à sua disciplina. Em verdade, é um processo punitivo, mas com tais peculiaridades e tanta frequência na prática administrativa que merece destaque dentre seus congêneres, até porque os estatutos dos servidores públicos, via de regra, regulamentam a sua tramitação para cada órgão ou entidade estatal interessada.⁶²

Encontra José Armando da Costa a seguinte definição para o processo administrativo disciplinar: “uma série de atos procedimentais que, formalizados em obediência a certos rituais traçados pelas normas e outras fontes do direito, se propõe a apurar a verdade real dos fatos, a fim de fornecer base à legítima decisão disciplinar.”⁶³

Dessume-se, então, que o processo administrativo disciplinar deve ser entendido como o conjunto ordenado de procedimentos que a Administração Pública dispõe para apurar

⁶¹ COSTA, Nelson Nery. *Op. cit.*, p. 215.

⁶² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 26. ed., atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 653-654.

⁶³ COSTA, José Armando da. *Teoria e prática do processo administrativo disciplinar*. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 1996, p. 125.

e punir as faltas dos servidores públicos e dos demais agentes públicos.⁶⁴

Ao longo do século XX, o direito público passou a acompanhar o desenvolvimento institucional do Estado, que, dotado de uma máquina burocrática tecnicamente ineficiente, veio a relacionar-se com seus agentes de forma não arbitrária. O processo disciplinar deixou de ser um instrumento da Administração Pública contra o servidor público, para se tornar um meio complexo e democrático na averiguação da verdadeira responsabilidade daquele de quem se suspeita ter cometido falta grave.

No direito brasileiro, durante um longo período, se fazia uma enorme confusão ao utilizar-se o termo processo administrativo tão-somente para designar o processo disciplinar, de modo a reduzir o gênero a uma das suas espécies. E chegou a tal ponto essa confusão conceitual, que muitos autores escreviam que a freqüência com a qual se usava a expressão processo administrativo para designar o processo disciplinar acabou por deformar o sentido verdadeiro da expressão processo administrativo. Confirmando essa assertiva, José Cretella Júnior afirma existirem três sentidos para processo administrativo, *in verbis*:

No primeiro, processo administrativo é o conjunto de documentos organizados numa pasta e referentes a um dado assunto de interesse do funcionário ou da administração; no segundo, processo administrativo passou a sinônimo de processo disciplinar, cuja finalidade é apurar faltas, apontar e punir os seus autores; e, no terceiro, o processo administrativo é o que não envolve uma falta, mas um crime, que seria o processo administrativo criminal ou penal.⁶⁵
(grifou-se)

⁶⁴ COSTA, Nelson Nery. *Op. cit.*, p. 216.

⁶⁵ CRETELLA JÚNIOR, José. *Prática do processo administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 39-40.

O processo administrativo disciplinar tem por finalidade apurar ação ou omissão de servidor havida na Administração Pública, desde que punível disciplinarmente, ou seja, que venha a infringir dispositivos de leis regulamentares dos seus serviços gerais.

Os Tribunais têm entendido que não apenas as faltas cometidas por funcionários efetivos devam ser apuradas e comprovadas pelo instituto do processo administrativo disciplinar, mas também aquelas que tiverem como agentes servidores estáveis, extranumerários ou servidores empregados públicos, admitidos pela Consolidação das Leis do Trabalho.

Tal apuração disciplinar, é bom que se registre, não tem por finalidade apenas a salvaguarda dos interesses públicos, mas destina-se também a evitar, ao máximo, a prática de atos discricionários, pelas autoridades, contra o pessoal administrado.⁶⁶

O processo administrativo somente se iniciará de imediato quando houver elementos suficientes para se concluir pela existência da falta ou de sua autoria. Caso contrário, será obrigatoriamente instaurada sindicância para apuração preliminar desses elementos, finda a qual será iniciado o processo administrativo disciplinar pertinente.

Impende registrar ainda que, enquanto no processo judicial, o magistrado decide a lide, frente e ao mesmo tempo equidistante do autor e do réu, o processo administrativo conta com a participação de dois sujeitos: a Administração Pública, a um tempo parte interessada e juíza, e o servidor.

A dificuldade está em que a Administração tenha a atitude de parte e não de poder. Tal idéia supõe a noção de igualdade para que o Estado atinja a sua finalidade, inclusive quanto às garantias do particular, mesmo enquanto agente desta mesma finalidade a que lealmente está ligado, e como também é objeto da finalidade do Estado com respeito às liberdades fundamentais da pessoa. Instaurado o processo, estabelece-se uma relação

⁶⁶ OCTAVIANO, Ernomar; GONZALEZ, Átila J. *Sindicância e processo administrativo*. 10. ed. rev. e ampl. São Paulo: LEUD, 2002, p. 115.

jurídica processual atribuindo-se aos componentes da relação, um conjunto de direitos e deveres de acordo com o ordenamento jurídico que regerá a relação.⁶⁷

Portanto, o processo administrativo disciplinar tem a clara finalidade de garantia de decisão justa para o servidor e segurança e legalidade para a Administração Pública.⁶⁸

O processo administrativo é dialógico, composto de tese, antítese e síntese, ou seja, acusação, defesa e decisão.

Em geral, nas leis estatutárias, o processo administrativo disciplinar é composto de três fases: instauração, inquérito e julgamento.

A instauração ocorre com o ato da autoridade competente, determinando o início do processo administrativo disciplinar. O ato deve identificar o servidor indiciado, enunciar os fatos e condutas que lhe são imputadas, assim como os dispositivos legais aplicáveis.

O inquérito compreende a instrução, a defesa e o relatório. A instrução se caracteriza pela busca de elementos de fato e de direito acerca das circunstâncias do caso e da conduta do acusado. Quando precedido de sindicância, esta integrará o processo administrativo disciplinar como peça informativa da instrução.

A defesa ocorre após a instrução e consiste na apresentação de peça técnica redigida por advogado. Não se olvide que, a partir da consagração pela Lei Fundamental de 1988 de um núcleo mínimo processual a ser observado em processo judicial ou administrativo, não há como prescindir de defesa técnica. Apresentada a defesa, a comissão elaborará um relatório contendo a descrição dos fatos e das provas, a síntese dos depoimentos e dos argumentos de defesa e concluirá, fundamentadamente, a respeito da condenação ou absolvição do acusado.

O julgamento compete à autoridade que instaurou o processo, outra infeliz anomalia do processo administrativo disciplinar em nosso País. Trata-se de um processo assemelhado àquele vivenciado na época da Inquisição, onde a mesma autoridade administrativa que acusa é quem julga a matéria. O

⁶⁷ROZA, Cláudio. *Processo administrativo disciplinar*. Curitiba: Juruá, 2001, p. 81

⁶⁸COSTA, José Armando da. *Op. cit.*, p. 129.

juízo determinará se o acusado deve ser condenado ou absolvido e, se condenado, a sanção a ser aplicada.⁶⁹

8. A sindicância: modalidade especial do processo administrativo

No direito pátrio, os meios de apuração de ilícitos administrativos são o processo administrativo disciplinar e os impropriamente denominados – como se verá adiante – meios sumários, utilizados para elucidação preliminar de certos fatos ou aplicação de penalidades menores ou comprovadas na sua flagrância, sem o formalismo e a solenidade daquele. Os tais meios sumários são a sindicância, a verdade sabida e o termo de declarações do infrator.

A título de esclarecimento preliminar, impende registrar que a verdade sabida e o termo de declarações do infrator, como perspicazmente observa Diógenes Gasparini, “(...) não podem ser mais utilizados em nosso meio, pois que aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (art. 5º, LV, da CF), o que esses institutos não propiciam.”⁷⁰

A verdade sabida é o conhecimento pessoal da infração pela autoridade competente, que aplica a pena, consignando no ato punitivo as circunstâncias em que foi cometida e presenciada a falta. Considera-se, ainda, como verdade sabida a infração pública e notória, divulgada pelos meios de comunicação de massa. Por seu turno, o termo de declarações do infrator era a forma sumaríssima de comprovação de faltas menores de servidores, com a tomada de depoimento do acusado sobre a irregularidade que lhe imputavam e, se houvesse a confissão, esse se tornava o meio para a aplicação da pena.⁷¹

A sindicância administrativa, consoante Hely Lopes Meirelles é o meio sumário de elucidação de irregularidades no serviço para subsequente instauração de processo e punição ao

⁶⁹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Op. cit.*, 2005, p. 87-91.

⁷⁰ GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 601.

⁷¹ COSTA, Nelson Nery. *Op. cit.*, p. 218.

infrator. Ao final de sua lição faz importante registro, demonstrando sua indignação com os rumos que a sindicância tem palmilhado, posto que “a sindicância tem sido desvirtuada e promovida como instrumento de punição de pequenas faltas de servidores, caso em que deverá haver oportunidade de defesa para validade da sanção aplicada.”⁷²

Em igual diapasão, Cretella Júnior conceitua sindicância como o meio sumário que se utiliza a Administração do Brasil para, sigilosa ou publicamente, com indiciados ou não, proceder à apuração de ocorrências anômalas no serviço público responsável.⁷³

Léo Alves destaca que a sindicância é o instrumento utilizado para aprofundar investigações e dar à autoridade os dois elementos fundamentais para instauração de processo, se for o caso: o fato e a autoria.⁷⁴

A sindicância é forma de investigação preliminar, dizem alguns, semelhante ao inquérito policial. Estabelecendo-se paralelo, mais ou menos aproximado entre o que ocorre no âmbito penal e na esfera administrativa, é lícito dizer, sob a fórmula de proporção matemática, que a sindicância está para o processo administrativo, do mesmo modo que o inquérito policial está para o processo penal.⁷⁵ Contudo, a sindicância diferencia-se do inquérito policial na medida em que naquela a autoridade pode determinar o arquivamento do processo, e, principalmente, porque a sindicância pode terminar em aplicação de penalidade de advertência ou suspensão de até trinta dias, sendo então processo disciplinar autônomo. Não obstante ser o inquérito policial conduzido pela autoridade policial, não pode esta arquivar os autos do inquérito, pois lhe é vedado pelo artigo 17 do Código de Processo Penal, onde vige o princípio da indisponibilidade do conteúdo das informações contidas no inquérito. O

⁷² MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. cit.*, p. 656.

⁷³ CRETELLA JÚNIOR, José. *Tratado de direito administrativo*. Vol. VI. Rio de Janeiro: Forense, 1969, p. 153.

⁷⁴ ALVES, Léo da Silva. *Sindicância investigatória: a técnica de apuração de irregularidades em torno do serviço público*. Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p. 23.

⁷⁵ CRETELLA JÚNIOR, José. *Op. cit.*, 1988, p. 58.

arquivamento do inquérito cabe ao juiz, a requerimento do Ministério Público. Este, em conformidade com o princípio da obrigatoriedade, deve formular um juízo de valor sobre seu conteúdo, para avaliar da existência, ou não, de elementos suficientes para fundamentar a acusação. Caso não vislumbre tais elementos, resta-lhe requerer ao magistrado o arquivamento. Diferentemente, como já se esclareceu, a autoridade sindicante pode determinar o arquivamento da sindicância. Ainda, o inquérito policial pode dar ensejo a ação penal, mas jamais pode gerar aplicação de penalidade, face ao seu caráter inquisitivo; diferentemente pode ocorrer com a sindicância.

Há que se deixar patente, que no campo público, a Administração se submete aos preceitos emanados pela lei, deixando de possuir poder discricionário que não seja embasado em comando legal. Não existe, assim, poder discricionário onde a lei não confira. A doutrina pátria já incorporou essa regra como princípio básico a ser seguido pela Administração Pública, como pondera Maria Sylvia Di Pietro, ao afirmar que sob a influência do positivismo jurídico, o princípio da legalidade a que se submete o administrador, passou a ser visto de forma adversa. Enquanto o Estado de Direito Liberal reconhecia à administração ampla discricionariedade no espaço livre deixado pela lei, significando que ela pode fazer tudo a que a lei não proíbe, no Estado de Direito Social, a vinculação à lei passou a abranger toda a atividade administrativa, de modo que o princípio da legalidade ganhou um sentido novo, significando que o administrador só pode fazer o que a lei permite.⁷⁶

Assim, os julgadores administrativos estão atrelados, vinculados mesmo, ao princípio da legalidade, ou seja, os atos a serem praticados tanto na fase de sindicância, como em sede de processo administrativo disciplinar, terão necessariamente que se vergar aos dispositivos constitucionais aplicáveis. É importante salientar essa questão, pois o antigo Estatuto do Funcionário Público – Lei n. 1.711/52 – concebia a sindicância como meio sumário, com a sua tramitação se caracterizando pelo

⁷⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991, p. 27.

manto do sigilo, como se pode bem observar das definições alinhavadas anteriormente.

Esses posicionamentos declinados, como dito acima, tomaram como ponto de partida o Estatuto anterior (Lei n. 1.711/52), que apesar de garantir ao servidor a ampla defesa (artigo 217), somente lhe dava chance de provar a sua inocência, com o exercício do devido processo legal, após a sua citação (artigo 222), ou seja, depois de concluída a sindicância, fase até então sumária, é que o acusado teria vista do processo para as alegações de defesa.

Ocorre que, após a promulgação da Carta Política de 1988, foi firmado novo posicionamento no campo social e público, sendo necessária reformulação no texto infraconstitucional, o que de fato aconteceu, com a edição da Lei n. 8.112/90, fazendo com que fosse mais humanizado o convívio com a Administração Pública, garantindo sempre o contraditório e a amplitude de defesa para o acusado ou investigado em geral.

Relevante dizer que a jurisprudência indica a existência de dois tipos de sindicância. O Supremo Tribunal Federal apontou a existência de duas modalidades de sindicância: a preparatória, que serve de base ao processo disciplinar; e a instrutória, do bojo da qual já se pode extrair a punição, com observância do contraditório e da ampla defesa.⁷⁷

A doutrina segue por caminho semelhante, visualizando duas modalidades ou espécies de sindicância. Uma é a sindicância preparatória ou investigatória, que serve para verificação, averiguação ou apuração destinada a confirmar falta funcional ou irregularidade administrativa denunciada e a identificar o seu autor ou responsável, para os devidos fins disciplinares, por não estarem perfeita e devidamente definidos na denúncia vestibular, com vistas à instauração de processo administrativo.⁷⁸ A outra é a sindicância punitiva, onde há a possibilidade de aplicação de alguma sanção administrativa, razão pela qual se determina a

⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso em mandado de segurança n. 22789. Relator: Ministro Moreira Alves, *Diário de Justiça*, 25.6.99.

⁷⁸ LIMA, J. B. de Menezes. *Sindicância e verdade sabida*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 63.

observância efetiva do devido processo legal, seus instrumentos jurídicos concretizadores e os seus desdobramentos – contraditório e ampla defesa -, posto haver a possibilidade de prejuízo ao litigante ou acusado em geral.⁷⁹

A sindicância, em que pese ser um importante instrumento de apuração de fatos, na Administração Pública brasileira, de modo geral, é feita por pessoas leigas no assunto, que acabam não observando nem respeitando quaisquer ritos essenciais ao processo. Há que haver mudança no agir administrativo, que deverá se adequar aos parâmetros constitucionais modernos, até porque tal situação implica, invariavelmente, a sua ineficácia e conseqüente nulidade.

A sindicância somente será levada a bom termo, constituindo-se num documento realmente informador, se observados certos requisitos próprios e indispensáveis à sua efetivação, notadamente os seguintes: brevidade, clareza e exatidão. A brevidade possível, na coleta de informações, conduz certamente à precisão das mesmas. Averiguações morosas implicam a deturpação dos fatos pelo decurso de tempo, acabando por influir negativamente nos elementos formadores de convicção. A clareza é outro requisito indispensável ao procedimento sindicante. Eiva de luz os fatos, fornece segurança, favorece a elaboração do relatório conferindo-lhe objetividade própria, legal e administrativamente exigível. Informações obscuras conduzem ao erro e à dúvida, incutindo temeridade no apreciador dos autos, ao ensejo da solução do problema. Não bastam, porém, à sindicância, os requisitos da brevidade e da clareza. Com efeito, ela pode ser breve sem ser clara e pode ser clara sem ser exata nos seus elementos informativos. A exatidão é, assim, outro requisito importante.⁸⁰

⁷⁹ PORTA, Marcos. *Processo administrativo e o devido processo legal*. São Paulo: Quartier Latin, 2003, p. 135.

⁸⁰ OCTAVIANO, Ernomar; GONZALEZ, Átila J. *Op. cit.*, p. 28.

9. Conclusão

Tendo como paradigma a enorme projeção do tema atinente à processualidade administrativa no cenário jurídico, a partir da Carta Política vigente, foi tratada a questão do Estado Democrático de Direito e o garantismo, teoria com grande potencial explicativo do modelo, pois tem como escopo a proteção dos direitos fundamentais sob a perspectiva do Estado Democrático de Direito, tendo esses direitos fundamentais como o eixo normativo em torno do qual deve desenvolver-se o agir administrativo.

Nessa ordem de idéias, foi objeto de análise o Estado Democrático de Direito e o processo administrativo. Deste modo, verificou-se que ao se unirem em um mesmo Estado, o princípio do Estado de Direito e o princípio do Estado Democrático, estes interagem entre si. Significa dizer que não apenas somam as suas características, mas dessa interação decorrem outras novas características e surge um novo conceito que os supera, é o conceito de Estado Democrático de Direito. Este conceito guarda estreita vinculação e profunda influência sobre o processo administrativo e, como consequência lógica, com a sindicância.

Inegável que o processo administrativo, no Estado Democrático de Direito, ao impor previsibilidade, estabilidade e exigibilidade, está assegurando que o poder não se torne abusivo, disciplinando, assim, o exercício do poder da Administração Pública.

Em relação à controvérsia existente entre as expressões processo e procedimento administrativo concluiu-se que a função administrativa realiza-se mediante processo, haja ou não contraditoriedade. Pode-se utilizar três critérios para justificar a opção pela expressão processo administrativo: o lógico – por imperativo de lógica formal, há equívoco no fato do termo procedimento administrativo nominar, ao mesmo tempo, o processo e o procedimento administrativos; o normativo – a Carta Política de 1988 traz em seu artigo 5º, inciso LV, o termo processo administrativo, o qual foi regulado pela Lei Federal n. 9.784/99; e o ideológico – trata-se de um direito emanado da própria idéia

de cidadania, onde processo é relação jurídica, entre Estado e cidadão, para viabilizar e instrumentalizar o direito público subjetivo à solução imparcial dos litígios pelo Estado. De tal maneira, procedimento, para os fins deste trabalho, indica a forma específica de manifestação do processo, isto é, o rito processual. Portanto, o termo procedimento significa o rito interno ao processo, não a relação jurídica entre as partes que dele participam.

Dentre as tipologias examinadas, foi adotada aquela que tentou abranger todos os processos administrativos, ao mesmo tempo em que procurou aglutiná-los relativamente a algumas características comuns. Pode ser, então: de expediente; de outorga; de restrição pública à propriedade particular; de controle; de gestão; punição; disciplinar; fiscal.

O processo administrativo disciplinar, de particular interesse para este trabalho, traduz-se no meio pelo qual a Administração apura as faltas disciplinares perpetradas pelos servidores e outros agentes públicos.

A sindicância, espécie de processo administrativo *lato sensu*, guarda semelhanças com o inquérito policial. A sindicância diferencia-se do inquérito policial na medida em que naquela a autoridade pode determinar o arquivamento do processo, e, principalmente, porque a sindicância pode terminar em aplicação de penalidade de advertência ou suspensão de até trinta dias, sendo então processo disciplinar autônomo. Não obstante ser o inquérito policial conduzido pela autoridade policial, não pode esta arquivar os autos do inquérito, por vedação constante do artigo 17 do Código de Processo Penal. O arquivamento cabe ao juiz, a requerimento do Ministério Público, ao passo que a autoridade sindicante pode determinar o arquivamento da sindicância. Ainda, o inquérito policial pode dar ensejo a ação penal, mas jamais pode gerar aplicação de penalidade, face ao seu caráter inquisitivo; diferentemente pode ocorrer com a sindicância.

Mister notar também que foram visualizadas duas modalidades ou espécies de sindicância: a preparatória ou investigatória, que serve de base ao processo administrativo *stricto*

sensu; e a instrutória ou punitiva, do bojo da qual se pode extrair aplicação de penalidade.

Registre-se, por derradeiro, que a Carta da República de 1988 humanizou mais o convívio do servidor com a Administração Pública. E é nesse contexto, que transparece e se agiganta a importância da sindicância, como espécie que é do gênero processo administrativo *lato sensu*, na exata medida em que se mostra como efetivo instrumento capaz de estimular a ação do cidadão no sentido de exercer verdadeiro controle interno da Administração Pública, cuja atuação deve necessariamente trilhar os caminhos que busquem alcançar o bem comum. Assim, pode-se afirmar que a sindicância, seja a preparatória, seja a punitiva, se presta a assegurar um agir administrativo eficiente, de modo a maximizar as garantias do administrado, possibilitando, com isso, o respeito aos seus direitos fundamentais.

Bibliografia

- ALVES, Léo da Silva. *Sindicância investigatória: a técnica de apuração de irregularidades em torno do serviço público*. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo administrativo disciplinar*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.
- _____. *Direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- BIZZOTO, Alexandre; RODRIGUES, Andréia de Brito. *Processo penal garantista: visão constitucional e novas tendências*. Goiânia: AB, 2003.
- BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. Trad. de Marco Aurélio Nogueira. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1988.
- _____. *Estado, governo, sociedade: uma teoria geral da política*. Trad. de Marco Aurélio Nogueira. 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995.
- _____. *A era dos direitos*. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

- BRASIL.** Supremo Tribunal Federal. Recurso em mandado de segurança n. 22789. Relator: Ministro Moreira Alves, *Diário de Justiça*, 25.6.99.
- CADEMARTORI, Sérgio.** *Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- CINTRA, Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel.** *Teoria geral do processo*. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.
- COSTA, José Armando da.** *Teoria e prática do processo administrativo disciplinar*. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.
- COSTA, Nelson Nery.** *Processo administrativo e suas espécies*. 4. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- CRETELLA JÚNIOR, José.** *Prática do processo administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.
- _____. *Tratado de direito administrativo*. Vol. VI. Rio de Janeiro: Forense, 1969.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella.** Participação popular na Administração Pública. In: *Revista de direito administrativo*. Vol. 191. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.
- _____. *Discrecionalidade administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991.
- DINAMARCO, Cândido Rangel.** *A instrumentalidade do processo*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1996.
- FERRAJOLI, Luigi.** *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Trad. por Ana Paula Zomer, Fauzi Choukr, Juárez Tavares e Luiz Flavio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- _____. O direito como sistema de garantias. Trad. de Eduardo Maia Costa. In: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebiades de (Org.). *O novo em direito e política*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu.** *Processo administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle.** Devido processo legal e fundamentação das decisões. *Revista de direito tributário*. n. 63, s.d.

- _____. Estado Democrático e devido processo legal. *Revista de direito administrativo*. Vol. 209. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- GASPARINI**, Diógenes. *Direito administrativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- GIANNINI**, Massimo Severo. *Il pubblico potere: stati e amministrazioni pubbliche*. Bologna: Il Mulino, 1986.
- HARGER**, Marcelo. *Princípios constitucionais do processo administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- JUSTEN FILHO**, Marçal. *Sujeição passiva tributária*. Belém: CEJUP, 1986.
- KELSEN**, Hans. *A democracia*. Trad. de Ivone Castilho Benedetti, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla e Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 1993.
- LIMA**, J. B. de Menezes. *Sindicância e verdade sabida*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
- MEDAUAR**, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- _____. Administração pública ainda sem democracia. In: *Revista problemas brasileiros*. N. 256. São Paulo, 1986.
- _____. *Direito administrativo moderno*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- MEIRELLES**, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 26. ed., atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2001.
- MELLO**, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- MOREIRA**, Egon Bockmann. *Processo administrativo: princípios constitucionais e a Lei 9.784/1999*. 2. ed. atual., rev. e aum. São Paulo: Malheiros, 2003.
- OCTAVIANO**, Ernomar; **GONZALEZ**, Átila J. *Sindicância e processo administrativo*. 10. ed. rev. e ampl. São Paulo: LEUD, 2002.
- OLIVEIRA**, Eugênio Pacelli. O Supremo e as garantias processuais: verdades, mentiras e outras indagações. In: **SAMPAIO**, José Adércio Leite; **CRUZ**, Álvaro Ricardo de

- Souza (coordenadores). *Hermenêutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- OLIVEIRA**, Gustavo Henrique Justino de. As audiências públicas e o processo administrativo brasileiro. In: *Revista de direito administrativo*. Vol. 209. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- PORTA**, Marcos. *Processo administrativo e o devido processo legal*. São Paulo: Quartier Latin, 2003.
- RIBEIRO JÚNIOR**, João. *Teoria geral do Estado & ciência política*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: EDIPRO, 2001.
- RITT**, Eduardo. *O Ministério Público como instrumento de democracia e garantia constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- ROCHA**, Carmén Lúcia Antunes. Princípios constitucionais do processo administrativo no direito brasileiro. In: *Revista de direito administrativo*. N. 209. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- ROZA**, Cláudio. *Processo administrativo disciplinar*. Curitiba: Juruá, 2001.
- SILVA**, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000.
- SIMÕES**, Mônica Martins Toscano. *O processo administrativo e a invalidação de atos viciados*. São Paulo: Malheiros, 2004.
- STRECK**, Lenio Luiz. *Tribunal do Júri: símbolos e rituais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.
- SUNDFELD**, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- _____. A importância do processo administrativo. *Revista de Direito Público*. N. 84, 1987.

ASPECTOS JURISDICIONAIS DO MEIO AMBIENTE

Glaucia Maria de Araújo Ribeiro (*)

Sumário: 1. Introdução - 2. A importância do meio ambiente - 3. O conceito jurisdicional de meio ambiente - 4. Meio ambiente e os bens ambientais - 4.1. Solo - 4.2. Água - 4.3. Ar - 4.4. Fauna, flora e recursos genéticos - 4.5. Ecossistemas - 4.6. Processos ecológicos - 4.7. Paisagens - 4.8. Patrimônio cultural - 5. Regimes jurídicos do meio ambiente e dos bens ambientais - 5.1. Meio ambiente como bem de uso comum do povo - 5.2. Regimes jurídicos dos bens ambientais - 5.2.1. Os solos - 5.2.2. As águas - 5.2.3. O ar - 5.2.4. A flora e a fauna - 5.2.5. Recursos genéticos, ecossistemas, processos ecológicos e paisagens - 5.2.6. Patrimônio cultural - 6. Meio ambiente: direito humano fundamental - 7. O homem, destinatário da proteção jurídica - 8. Conclusão - Bibliografia.

1. Introdução

A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça social, implicando no reconhecimento dos direitos sociais, com consciência de novos desafios, não só a vida e à liberdade, mas especialmente à qualidade de vida e à solidariedade entre os homens de todas as nações, redundando no surgimento de uma nova geração – a terceira – a dos direitos fundamentais, incluído neste o meio ambiente.

As normas constitucionais assumiram a importância de que o direito à vida, como fundamento de todos os direitos fundamentais do homem, só haverá de existir se se orientar de todas as formas de atuação no campo da tutela do meio ambiente,

* Formada pela Universidade Federal do Amazonas em Direito e Filosofia, especialista em Administração Pública com ênfase em Direito Público pelo Centro Universitário Nilton Lins, Mestre em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas – UEA, Professora de Direito Comparado e Direito Administrativo na Universidade do Estado do Amazonas – UEA.

vez que, através dessa tutela, o que se protege é um valor maior: a qualidade de vida humana.

Busca, portanto, o direito ambiental harmonizar a prática produtiva social com a manutenção da natureza e a melhoria da qualidade de vida. Ou seja, a vivência humana para alcançar o bem-estar social tem que estar compatível com o meio ambiente ecologicamente equilibrado, já que os recursos naturais propiciam produção, produção traz trabalho e riqueza e, conseqüentemente, alcança o ideal disposto no art. 6.º combinado com o art. 1.º da Constituição da República: a garantia de uma existência digna.

Importante frisar que o objetivo maior das leis é a prevenção do dano ambiental, e não sua reparação. E, em questões ambientais, é muito melhor prevenir do que tentar remediar o que muitas vezes é irremediável.

Há muitos valores preciosos em jogo, quando se reclama providência na esfera judicial. O impacto ambiental reflete na questão econômica, no sentido de que a desconsideração deste aspecto pode acarretar em maior prejuízo ambiental devido à quebra de elos de cadeias produtivas, e portanto, podendo gerar instabilidades econômicas e extinção de empregos, aumentando assim o dano ao meio ambiente.

Sob o prisma da importância da preservação do meio ambiente para o homem é que discorreremos as linhas a seguir.

2. A importância do meio ambiente

A Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, foi a primeira definição em nosso Direito positivo, ao conceituar o meio ambiente como "o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas"¹.

A conceituação legal é ampla, extrapolando a relação do ambiente ao homem e englobando todas as formas de vida, alargando assim, ilimitadamente, a possibilidade de defesa da

¹ Art. 3.º, inciso I, da Lei n.º 6.938/1981.

flora, da fauna, das águas, do solo, do subsolo, do ar.

A Constituição Federal de 1988 reforçou o significado de meio ambiente, demonstrando mais uma vez que se incluem como noção de meio ambiente o chamado patrimônio cultural (bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, arqueológico, turístico, paisagístico, urbanismo, zoneamento, meio ambiente do trabalho etc.), o patrimônio artificial (interação do homem ao ambiente), e o patrimônio natural (o solo, a água, a vida etc.).

Remonta à época da colonização a regulamentação da matéria ambiental no Direito pátrio. Portugal, durante as suas conquistas marítimas, já emanava normas de tutela do ambiente, compiladas no Livro V das Ordenações Afonsinas, que, em 1393, ordenara a proibição ao corte deliberado de árvores frutíferas.

Durante o período colonial brasileiro vigiam as Ordenações Manuelinas com alguns dispositivos legais protegendo o meio ambiente. No Livro V, Título LXXXIV havia proibição à caça de perdizes, lebres e coelhos com instrumentos capazes de causar sofrimento na morte dos animais.

A primeira lei brasileira de proteção florestal, denominada "Regimento do Pau-Brasil" foi editada em 1605, com vigência até o ano de 1859, com o objetivo de racionalizar o extrativismo e, em 1635, foram instituídas as conservatórias, reservas florestais onde deviam ser preservados os exemplares de propriedade real. Tais providências não foram suficientes para evitar praticamente a extinção da referida espécie.

Atualmente, a questão ambiental exige uma reflexão sobre o modelo de sociedade escolhido e as dimensões dos prejuízos que o planeta sofrerá caso não haja ação eficaz para a garantia do equilíbrio ecológico.

É sob um clima de pessimismo, nos dias atuais, que se analisa os indicadores ambientais. A busca pelo desenvolvimento sustentável, de forma a assegurar o respeito à integridade e à dignidade dos seres humanos, depende da conscientização dos cidadãos acerca dos seus direitos e responsabilidades.

As questões ambientais necessitam de iniciativas para preservar os ambientes do planeta e melhorar a qualidade de vida de seus habitantes, além de traçar novos rumos para alcançar

o desenvolvimento sustentável – utópico conceito segundo o qual a satisfação das necessidades da geração atual não pode nem deve comprometer os recursos dos quais dependam as gerações futuras. Efeito estufa, extinção de espécies, superpopulação e degradação dos solos demonstram que a situação está pior do que se imaginava.

A pobreza do Terceiro Mundo, causa e efeito de degradação ambiental, tampouco teve grande alívio na década da globalização. Metas e meios para se chegar ao desenvolvimento sustentável devem ser entendidos como dinheiro para investir no ambiente e nos países pobres. Na atual conjuntura econômica internacional, os países ricos não parecem muito dispostos a pôr a mão no bolso.

Depois, o clima político nunca esteve tão hostil à cooperação entre as nações, desde a Guerra Fria. Os EUA passaram sistematicamente a desprezar os acordos multilaterais, especialmente na área ambiental. O símbolo maior dessa guinada ao unilateralismo foi a rejeição, em 2001, do Protocolo de Kyoto – acordo contra gases que causam o aquecimento global.

A degradação ambiental é problemática que atinge toda as nações e engloba a solução dos problemas ambientais globais. O cerne da questão gira em torno da conciliação entre o desenvolvimento econômico e a proteção do meio ambiente e saber qual a prevalência de um sobre o outro. A pergunta torna-se relevante, na medida em que dados mostram que a corrida entre a degradação e desenvolvimento está sendo vencida pela primeira, principalmente quando se observa as condições de vida miseráveis do terceiro mundo como forma de desenvolvimento econômico, que implica na pauperização e marginalização da imensa maioria da população do mundo.

O problema é que aliviar a penúria de um terço do planeta é muito difícil, trabalhoso, e requer muita perseverança. Gerar prosperidade sem impacto ambiental é ainda mais. A discrepância entre objetivos econômicos e ambientais não é de fácil solução.

O que se pretende é que, sem esgotamento desnecessário dos recursos ambientais, haja possibilidade de se garantir uma vida mais digna a todos, adotando medidas efetivas de proteção

do meio ambiente sem prejudicar o desenvolvimento econômico. É a efetivação do princípio de proteção ao meio ambiente como princípio econômico unindo preceitos de sadia qualidade de vida, defesa do meio ambiente e desenvolvimento sustentável.

É certo que fatores econômicos influenciam diretamente no meio ambiente e normas de caráter econômico fazem parte de nosso ordenamento jurídico, onde se vislumbra a finalidade econômica como pano de fundo ao desenvolvimento do país.

José Afonso da Silva² aponta claramente a vinculação de tais preceitos ao afirmar que “são dois valores aparentemente em conflito que a Constituição de 1988 alberga e quer que se realizem no interesse do bem-estar e da boa qualidade de vida dos brasileiros. Antes dela, a Lei 6.938/81 (arts. 1.º e 4.º), já havia enfrentado o tema, pondo, corretamente, como o principal objetivo a ser conseguido pela Política Nacional do Meio Ambiente a compatibilização do desenvolvimento econômico-social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico. A conciliação dos dois valores consiste, assim, nos termos deste dispositivo, na promoção do chamado desenvolvimento sustentável, que consiste na exploração equilibrada dos recursos naturais, nos limites da satisfação das necessidades e do bem-estar da presente geração, assim como de sua conservação no interesse das gerações futuras. Requer, como seu requisito indispensável, um crescimento econômico que envolva equitativa redistribuição dos resultados do processo produtivo e a erradicação da pobreza, de forma a reduzir as disparidades nos padrões de vida e melhor atendimento da maioria da população. Se o desenvolvimento não elimina a pobreza absoluta, não propicia um nível de vida que satisfaça as necessidades essenciais da população em geral, ele não pode ser qualificado de sustentável”.

Consolidar os preceitos legais e transformá-los em práticas efetivas são as únicas formas de o planeta alcançar o patamar de políticas afirmativas que possam contribuir para reverter os altos níveis de pobreza, de devastação ambiental ou de fragilidade

²SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. 4.ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002. p.26/27.

dos poderes públicos responsáveis pelo planejamento e pelo controle e fiscalização das ações de degradação socioambiental no mundo.

3. O conceito jurisdicional de meio ambiente

A conceituação de meio ambiente começou a ser delineada no âmbito do Direito Internacional em 1966 com a aprovação pela ONU do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais onde consagrou, no artigo 12/1, um dever de promoção da qualidade do meio ambiente por parte dos Estados. Mais adiante, em 1972, durante a Conferência Mundial sobre a questão ambiental surge a Declaração de Estocolmo. Ao ambiente foi dada uma valoração extratemporal, que significa, para os Estados, um dever de uso racional dos recursos naturais, destacando sua preservação para as gerações futuras.

O incremento da conscientização humana na necessidade de preservar os bens ambientais surgiu em momento posterior e atravessou fronteiras sob a ótica de que o uso racional do bem ambiental deve harmonizar o incremento do progresso e a limitação dos recursos ambientais.

Considerar o meio ambiente como bem jurídico é o primeiro passo para se definir os contornos do ambiente, dentre as várias acepções jurídicas, como objeto de proteção jurídica, pois o que se pretende é salvaguardar a natureza enquanto bem para o homem.

O conceito jurídico de meio ambiente em nosso ordenamento jurídico deu-se com o advento da Lei 6.983/81, que, em seu art. 3.º, I, dispõe que:

“Art. 3.º - Para fins previstos nesta Lei, entende-se por:

I - meio ambiente: o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas.”

Paulo Bessa Antunes³ assinala que “a própria Lei 6.938/81 estabelece, em seu art. 2.º, I, que o meio ambiente deve ser considerado como um patrimônio público a ser necessariamente assegurado e protegido, tendo em vista o uso coletivo. A noção de patrimônio público deve ser compreendida como um instrumento capaz de possibilitar a defesa do meio ambiente através de mecanismos de direito público. Não se trata, porém, do fato de que tenha havido uma desapropriação dos bens ambientais que se encontrem submetidos a regimes jurídicos de direito privado”.

Para o renomado Autor⁴, o conceito legal de meio ambiente está mais direcionado para os aspectos biológicos, físicos e químicos, considerando mais adequado o conceito estabelecido na Constituição de 1988, uma vez que une conceitos técnicos com conceitos sociais.

Acentua José Afonso da Silva⁵ que “o ambiente integra-se, realmente, de um conjunto de elementos naturais e culturais, cuja interação constitui e condiciona o meio em que se vive. Daí por que a expressão ‘meio ambiente’ se manifesta mais rica de sentido (como conexão de valores) do que a simples palavra ‘ambiente’. Esta exprime o conjunto de elementos. O conceito de meio ambiente há de ser, pois, globalizante, abrangente de toda a Natureza original e artificial, bem como os bens culturais correlatos, compreendendo, portanto, o solo, a água, o ar, a flora, as belezas naturais, o patrimônio histórico, artístico, turístico, paisagístico e arqueológico”.

E conclui dizendo que “o meio ambiente é, assim, a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais, e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas”. Justifica, então, sua visão unitária ao conceito de meio ambiente, integrando neste aspectos naturais e culturais⁶.

³ ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*, 7.ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 269.

⁴ ANTUNES, Paulo de Bessa, op. cit., p. 270.

⁵ SILVA, José Afonso da, op. Cit., p.20.

⁶ Idem, *ibidem*.

4. Meio ambiente e os bens ambientais.

4.1. Solo.

A obrigação de preservação do solo visa o cumprimento da qualidade ambiental plena, elevada à categoria de regra constitucional como patrimônio da humanidade, impondo a todos o dever de conservar o solo, a fim de manter e melhorar sua capacidade produtiva.

O solo, para a Ecologia, em ecologia é um ecossistema formado pela camada de minerais e matéria orgânica que cobre muitas partes da superfície da Terra e pelos organismos que aí vivem permanentemente⁷. É, portanto, material da crosta terrestre, que se distingue das rochas, de cuja decomposição encerra matéria orgânica e vida bacteriana e, possibilita o desenvolvimento das plantas, bem como dependem dele a sobrevivência das espécies animais, a paisagem, as florestas e as plantações de subsistência.

A relação do homem com o solo, destaca-se pela sua dependência para com esse recurso natural. A destruição do solo, muitas vezes imperceptível, ocorre das práticas nefastas realizadas pelo homem, que buscando melhoria de vida, muitas vezes destrói a capacidade de nutrição do solo.

As práticas agrícolas predatórias, na qual se desenvolvem atividades agropecuárias de baixo nível tecnológico⁸, implicam na alteração das condições do solo reduzindo a capacidade vital da vegetação e, influenciando diretamente na economia mundial e na sociedade, pois a erosão do solo leva à impermeabilização do solo e, conseqüente, desertificação deste.

O uso do solo, utilizado como espaço urbano, também contribui para a sua degradação. Os espaços utilizados com construções leva a diminuição de áreas vazias, contribuindo para a sedimentação do solo, a diminuição de sua porosidade e ao desequilíbrio dos recursos hídricos dos vegetais, o que implica

⁷ www.wikipédia.org

⁸ SALES, Marta Celina Linhares. *Evolução dos estudos de desertificação no nordeste brasileiro*, pp.115-126.

na redução da vida orgânica.

A legislação brasileira vem destacando a preservação do solo, como bem ambiental, desde a elaboração do Código Florestal, buscando a manutenção e conservação da qualidade do solo, como fator indispensável à existência dos seres vivos. A Constituição de 1988, em seu art. 225, trata da proteção do meio ambiente e combate à poluição – incluindo a contaminação do solo – onde estabelece a possibilidade do Poder Público de criar espaços especialmente protegidos, assim como a obrigação de recuperação de área degradada.

O solo encontra-se situado sobre a massa rochosa, ou seja, sobre o subsolo, e sob a cobertura vegetal. Tira a sua substância de um e de outro. Desta feita, a proteção da vegetação se faz presente no art. 2.º e alíneas, do Código Florestal visando, conseqüentemente, a preservação do solo. Solo protegido pela vegetação não fica sujeito a erosões, desmoronamentos de encostas, assoreamento de cursos d'água com conseqüentes enchentes, fenômenos típicos de solos desprotegidos de vegetação.

O solo, indispensável ao equilíbrio ecológico, é fonte de nutrição para plantas e animais, elevado à categoria de recurso ambiental pelo art. 3.º, V, da Lei 6.938/81, possui proteção jurídica específica, art. 4.º, VI, da Lei 6.938/81, orientando a sua utilização de forma racional e disponibilidade permanente.

Não importa a quem pertença o solo, como bem ambiental, o solo tem a sua utilização sempre sujeita a legislação vigente, que condiciona a destinação a ele dada pelo proprietário, podendo ter seu uso diverso à vontade do titular do domínio ou ser mantido intocado para preservação de recursos naturais.

Assim sendo, a legislação vigente brasileira disciplina a utilização do solo, seja pelo homem do campo, seja pelo homem do meio urbano, com o objetivo de coibir a degradação da sua qualidade como recurso ambiental.

4.2. Água

Vital para a existência da vida, a água, desde a antiguidade, sempre foi revestida de forte teor simbólico, traduzida sua importância através de mitos e lendas em diferentes culturas.

No mundo moderno, com a ciência bastante desenvolvida, a água continua sendo, geradora de mitos, crença, doenças, fonte de energia e abastecimento, meio de transporte, opção de lazer e alimento.

É fato notório que a crescente urbanização e industrialização das cidades trouxe o conseqüente aumento da poluição hídrica. Os Estados passam a enfrentar o dilema de ter que se desenvolver, preservando o ambiente. A água, por ser um bem de uso difuso e público, participa desse impasse e torna-se um recurso dotado de valor econômico. Nosso planeta, em determinadas regiões, começa a sentir os problemas advindos de seu uso indiscriminado.

A gestão da água é muito importante. A solução não passa só pelo controle do uso, mas pela busca de alternativas no uso e na captação dos recursos.

A problemática da água levou a comunidade internacional a destacar a importância desse bem ambiental, em 1992, em Dublin, Irlanda, durante a Conferência Internacional sobre Água e Desenvolvimento, destacando princípios para a sua utilização e conservação para as futuras gerações.

A água vista como bem jurídico e fonte geradora de recursos econômicos só foi inserida em nosso ordenamento jurídico na Constituição de 1934, em seu art. 5.º, XIX, alínea j.

Antes, as Constituições de 1824 e 1891 foram omissas quanto à questão da água em nosso solo.

A Constituição de 1937, em seu art. 16, XVI, tratou da competência privativa da União para legislar sobre os bens de domínio federal, águas e energia hidráulica.

A Carta Política de 1946, em seu art. 5.º, XV, alínea I, indicava ser da competência da União legislar sobre riquezas do solo, mineração, metalurgia, águas, energia elétrica, florestas, caça e pesca. Mais adiante, em seu art. 34 dispôs que os lagos e os

rios em terrenos de seu domínio e os que têm nascente e foz no território estadual são bens pertencentes aos Estados. Em seus arts. 152 e 153, que dispunha da ordem econômica e social, as águas foram tratadas sob a ótica de bem ambiental de valor econômico.

A Constituição de 1967 em seus arts. 4.º, II; 5.º e, 161 e a Carta Magna de 1969 em seu art. 168 continuaram a indicar a competência para legislar sobre as águas e a tratar as águas como bem ambiental de peculiar valor econômico.

Mas foi a Constituição de 1988 que caracterizou a água como recurso econômico de maneira bastante clara e importante. Os rios, como elementos geográficos isolados, foram ignorados e passaram a ser vistos como parte integrante de uma bacia hidrográfica, implicando na gestão racional dos recursos hídricos, de forma a assegurar a sua proteção.

Paralelamente à Constituição de 1934, surge em 10.07.1934, o Decreto 24.643 – o Código de Águas, dispendo sobre o aproveitamento industrial das águas e, sobretudo, da energia hidráulica. A água foi, provavelmente, o mais antigo bem ambiental tutelado pelas leis especiais. O Código Civil de 1916 destinou uma das seções à água, mantendo a tradição de nosso Direito positivo brasileiro, vez que as Ordenações do Reino, a Resolução de 17/8/1775, Alvará de 27/11/1804, Consolidação das Leis Cíveis de Teixeira de Freitas já dedicavam capítulos sobre as águas.

O aproveitamento industrial da água e a exploração da energia hidráulica da água pelo Poder Público fizeram do Código de Águas o primeiro diploma legal a dispor sobre o tema. O Código trazia em seu bojo, ainda, mecanismos capazes de assegurar a utilização sustentável dos recursos hídricos, bem como garantir o acesso público às águas. Ou seja, dava ênfase às águas como recursos dotados de valor econômico para a coletividade.

Assim sendo, o Código de Águas pode ser dividido em duas partes, quais sejam, a primeira versa sobre as águas em geral e de seu domínio; a segunda aborda sobre o aproveitamento dos potenciais hidráulicos, disciplinando a geração, transmissão

e distribuição de energia elétrica.

O Código de Águas cuida, ainda, da possibilidade de desapropriação das águas em face de necessidade ou utilidade pública, em seus arts. 32 e 33; das águas nocivas, nos arts. 109 a 116 e, no que concerne ao domínio, classifica as águas em três espécies: águas públicas, que podem ser de uso comum ou dominicais; águas comuns e águas particulares.

As águas públicas de uso comum, conseqüentemente, são: os mares territoriais, incluindo os golfos, baías, enseadas e portos; as águas interiores correntes ou dormentes, navegáveis ou flutuáveis; as águas correntes ou braços de quaisquer correntes públicas, desde que importem na navegabilidade ou flutuabilidade; as fontes e reservatórios públicos, assim como as nascentes que por si só possam constituir o *caput fluminis*.

As águas públicas dominicais são aqueles pertencentes à União, aos Estados ou aos Municípios. Municipais são as águas existentes nos limites de seu território; Estaduais as que se encontram no limite a dois ou mais Municípios ou percorrem território de dois ou mais Municípios; e da União, as águas marítimas, as situadas nos Territórios e as limítrofes de Estados ou do País, ou decorressem ou se dirigissem de um Estado para outro.

As águas comuns são as correntes não navegáveis, nem flutuáveis.

As águas particulares são as nascentes e demais águas contidas em terras particulares, excluídas as comuns e as públicas.

Note-se que a Constituição de 1988, segundo preceitua José Afonso da Silva⁹, alterou o Código de Águas, no que diz respeito ao domínio das águas, dividindo tal domínio entre a União e os Estados, desaparecendo as antigas águas municipais, as comuns e as particulares.

A Carta Magna visando à proteção ambiental abarcou como objetivo garantir a manutenção ou geração de condições indispensáveis a um meio ambiente ecologicamente equilibrado sem, contudo, esquecer o crescimento econômico. Tal aparente conflito gerou a feitura da Lei 9.433, de 08.01.1997 que instituiu

⁹SILVA, José Afonso da. op.cit. p. 121.

a Política Nacional de Recursos Hídricos, a fim dar sustentação às formas de proteção aos recursos hídricos nacionais.

A implementação de diretrizes contidas na Lei 9.433/97 sob o enfoque de novo ordenamento constitucional deverá amenizar a questão das águas em nosso território, uma vez que tem por objeto o uso racional dos recursos hídricos, visando a produção energética com proteção à qualidade desta.

Com vista no exposto, se faz necessário examinarmos alguns aspectos de seus dispositivos legais, tais como fundamentos e objetivos da Política Nacional de Recursos Hídricos. Tem por fundamento (art. 1.º), a razão de que a água é um bem de domínio público, ser recurso natural limitado, dotado de valor econômico, que, em situações de escassez, deve seu uso ser prioritariamente o consumo humano e a dessedentação dos animais. A gestão dos recursos hídricos deverá ser descentralizada e participativa entre Poder Público, usuário e coletividade, devendo proporcionar o uso múltiplo das águas. Seus objetivos (art. 2.º) buscam assegurar à atual e às futuras gerações a necessária disponibilidade de água, em padrões de qualidade adequados aos respectivos usos; a utilização racional e integrada dos recursos hídricos, incluindo o transporte aquaviário, com vistas ao desenvolvimento sustentável; a prevenção e a defesa contra eventos hidrológicos críticos de origem natural ou decorrentes do uso inadequado dos recursos naturais.

Como o aumento de destruição ambiental gera a busca redobrada por alternativas ecológicas, a preocupação com os nossos recursos ambientais gerou uma nova ordem constitucional e infraconstitucional em nosso Estado para definir e implantar o desenvolvimento sustentável em harmonia com o meio ambiente ecologicamente equilibrado. Nossa legislação vigente sobre recursos hídricos denota exatamente a preocupação do legislador com esses aspectos.

4.3. Ar

O crescimento econômico tem originado em todo o mundo um aumento crescente da emissão de poluentes atmosféricos. Essa mudança no sistema ecológico de nosso planeta é capaz de comprometer os sistemas ambientais elementares. O acréscimo das concentrações atmosféricas destas substâncias, a sua deposição no solo, nos vegetais influi diretamente no gozo de direitos humanos, tais como o direito à vida e a saúde, direitos estes considerados como direitos humanos.

O ser humano respira oxigênio e, ao contrário do que ocorre com a água, que bebemos após tratamento prévio, consumimos o ar *in natura*.

A interação do ser humano com o meio ambiente produz resíduos, uma parte dos quais causam poluição do ar. Tais problemas resultam das denominadas fontes fixas e fontes móveis. As fontes fixas mais significativas são as indústrias, assim como as termoelétricas, utilizadoras de carvão ou óleo combustível e, incineradores de resíduos, os quais também se destacam por seu potencial poluidor. Já os veículos automotores, trens, aviões e embarcações marítimas, constituem-se nas chamadas fontes móveis de poluição de ar.

O ar é, portanto, fonte indispensável à sadia qualidade de vida, destacando-se como direito à vida. Embora a Constituição da República assegure o direito de respirar um ar sadio, faz-se necessário a implementação de políticas públicas, impondo ao Poder Público o dever de defender e de preservar a qualidade do ar para as presentes e futuras gerações.

Deriva da norma constitucional que o ar, elemento essencial que exerce influência sobre o meio no qual o homem vive, é um bem de uso comum do povo. Entretanto, a preocupação legal já se fazia presente muito antes de nossa Constituição de 1988. O Decreto-lei 1.413, de 1975, embora não tratasse especificamente da proteção da qualidade do ar, dispôs sobre o controle da poluição do meio ambiente provocada por atividades industriais. Em seguida, a Lei 6.803, de 1980, que versa sobre as diretrizes básicas para Zoneamento Industrial,

dita regras de compatibilização entre a atividade industrial e a proteção do meio ambiente. O avanço veio com a Lei 6.938, de 1981, sobre a Política Nacional do Meio Ambiente que apresentou diretrizes e instrumentos legais para a proteção do meio ambiente e, conseqüente, qualidade do ar.

A problemática da poluição do ar pressupõe, ainda, um complexo de medidas que englobam o monitoramento da qualidade do ar, programas nacionais de controle da poluição do ar, além, é claro, de legislações pertinentes.

Dentre os programas nacionais de controle da poluição do ar, destaca-se: a) o PROCONVE, disposto através da Resolução 018/86 do CONAMA, de 06.05.1986, que disciplina o Programa Nacional da Poluição da Ar por Veículos Automotores, que disciplina a redução de emissões e, b) PRONAR, Resolução 005/89 do CONAMA, de 15.07.1989, que dispõe sobre o Programa Nacional de Controle da Qualidade do Ar, visa incrementar a gestão ambiental e o desenvolvimento socioeconômico do país, estabelecendo padrões primários e secundários de qualidade do ar, e padrões de emissão. Aparecem, neste contexto, os poluentes, tais como, monóxido de carbono, dióxido de enxofre, ozônio, óxido de nitrogênio, fumaça preta, partículas totais em suspensão.

A experiência atual demonstra que o problema da qualidade do ar está intrinsecamente ligada ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, elevado à status constitucional pelo nosso ordenamento jurídico, demonstrando que manter um padrão na qualidade deste, onde a concentração de poluentes não comprometa a saúde da população, é um desafio de extrema responsabilidade.

4.4. Fauna, flora e recursos genéticos

O termo fauna é o significado coletivo para a vida animal de uma determinada região ou período de tempo. Expressão correspondente para plantas é flora. Flora, fauna e outras formas de vida como os fungos são coletivamente chamados de biota¹⁰.

¹⁰ www.wikipédia.org.

Os animais que vivem em estado selvagem são elementos que formam a vida selvagem, compondo a fauna local, o qual consiste no conjunto dos animais que vivem em uma determinada área.

A fauna é fundamental no equilíbrio dos ecossistemas em geral, pois a relação entre animais e plantas se constituem em elo de procriação. Os animais são dispersores de sementes, vez que são excelentes agentes adubadores. Assim, se desaparecessem as plantas, os animais não sobreviveriam.

Essa intensa relação das plantas e dos animais também repercute nas condições climáticas, pois a temperatura e as precipitações climáticas, influem diretamente no clima, que, por sua vez, vai influir na fauna terrestre. Tais situações implicam no reino animal e no reino vegetal, já que formam uma fina camada na superfície da terra, denominada biosfera, regida por rigorosas leis fisiológicas que, em harmonia, permitem a sobrevivência das espécies. Dissolver esta harmonia significa que milhões de espécies entrem em processo de extinção, resultando na extinção da espécie humana, de sorte que, a manutenção da fauna e da flora é primordial para a manutenção da vida terrestre.

As múltiplas relações que têm entre si e com o ambiente físico, que se incluem redes alimentícias e intercâmbio de materiais ao seu redor, permitem e promovem o equilíbrio ecológico e a evolução das espécies. Sabemos que as espécies possuem estreita relação com o meio ambiente em que vivem, muitas vezes isolados em seus espaços físicos, vivendo em grupos reduzidos, o que os tornam, e muito, vulneráveis à ação predatória.

Os *habitats* das espécies são as condições ambientais que determinam a região habitada pela população de determinada espécie¹¹, às quais as espécies se adequaram geneticamente e sem as quais não podem sobreviver.

A quebra desse ciclo ecológico, ou seja, a depredação de *habitats*, influi na extinção das espécies, com repercussões nos equilíbrios dos sistemas ambientais. Por esse motivo, é que a preservação das diversas espécies – conhecida como

¹¹ www.wikipédia.org.

biodiversidade, incluindo todas as espécies de plantas, animais e microorganismos -, a qual está integrada a conservação dos recursos genéticos, é vista como de fundamental importância.

O que se tem observado é que quanto maior o número de espécies e de união entre elas, maior as condições de manutenção do equilíbrio ecológico. Espécies com número de componentes diminuto são mais suscetíveis a serem afetados pelas desordens do planeta. Desta feita, quanto mais acentuada a diversidade biológica na Terra, mais o planeta é considerado como um imenso ecossistema, cujo bem-estar pode ser medido pela diversidade das espécies de fauna e flora que nela habitam.

A biodiversidade é o termo utilizado para definir a variabilidade de organismos vivos, flora, fauna, fungos macroscópicos e microorganismos, abrangendo a diversidade de genes e de populações de uma espécie, a diversidade de espécies, a diversidade de interações entre espécies e a diversidade de ecossistemas¹².

A diversidade biológica, ou biodiversidade, refere-se à variedade de vida no planeta terra, incluindo a variedade genética dentro das populações e espécies, a variedade de espécies da flora, da fauna e de microorganismos, a variedade de funções ecológicas desempenhadas pelos organismos nos ecossistemas; e a variedade de comunidades, habitats e ecossistemas formados pelos organismos¹³.

A Convenção da Diversidade Biológica, apresentada na reunião das Nações Unidas do Rio de Janeiro sobre o Meio Ambiente (Eco-92), dispõe em seu art. 1º, que a conservação da diversidade biológica, a utilização sustentável de seus componentes e a repartição justa e equitativa dos benefícios derivados da utilização dos recursos genéticos, implica no desenvolvimento econômico e social.

A legislação brasileira disciplina a proteção da fauna, da flora e dos recursos genéticos. A Constituição de 1988, em seu art. 225, § 1.º, II e VII, dispõe sobre a preservação da diversidade e da integridade do patrimônio genético do País e à proteção da

¹² www.ambientebrasil.com.br.

¹³ *Idem*.

fauna e da flora, vedadas as práticas que coloquem em risco a sua função ecológica e provoquem extinção das espécies. A Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, Lei 6.938/81, art. 4.º, VI, previu a preservação e a restauração dos recursos ambientais, entre eles a fauna e a flora, art. 3.º, V, seguindo a diretriz ditada pelo Código Florestal, Lei 4.771/65, que tratou da proteção das florestas e demais formas de vegetação, norteando bases para a sua utilização, e na Lei de Proteção à Fauna, Lei 5.197/67, que estabeleceu a proteção da fauna silvestre. Um pouco mais atual, a Lei 8.974/95 regulamentou o uso de técnicas de engenharia genética e a liberação no meio ambiente de organismos geneticamente modificados.

4.5. Ecossistemas

O progresso técnico e industrial que pode provocar um processo de deterioração da biosfera, levou a UNESCO, já em 1971, implantar o Programa “O Homem e a Biosfera - MaB”, cujo objetivo é levar em consideração a necessidade de se acelerar o progresso econômico das nações em vias de desenvolvimento e, por outro, a necessidade de manter-se uma vigilância constante sobre as formas de progresso técnico, promotoras de degradação ambiental, a fim de coibir o círculo vicioso entre crescimento e degradação ambiental¹⁴.

A globalização do mercado econômico, sem regulamentação externa nem auto-regulamentação verdadeira, criou novas ilhas de riqueza, mas também zonas crescentes de miséria; ela provocou e a vai continuar a provocar crises sucessivas, e sua expansão se dá sob a ameaça de um caos para a qual ela própria contribui e muito. Os avanços da ciência, da técnica, da indústria e da economia que vão levar a Terra adiante a partir de agora não são regulados nem pela política, nem pela ética. Assim, o que parecia dever assegurar o progresso futuro, é verdade, mas também gera e intensifica os perigos.

O convívio do homem com a natureza é um tema tão antigo quanto nossa espécie, mas essa relação está mudando e a

¹⁴www.ambientebrasil.com.br

atuação do homem com o meio ambiental estar se tornando complexo e problemático.

As espécies possuem relações tão intrínsecas com as características do lugar que habitam que, qualquer interferência em seu meio, poderá modificar o ambiente em que habitam. Forma-se assim, o ecossistema – conjunto formado pela parte inanimada do ambiente (solo, água, atmosfera) e pelos seres vivos que ali habitam¹⁵. Todos esses elementos estão ligados entre si, tanto os elementos físicos, como os elementos vivos estão unidos numa mesma área, coexistindo num processo de dependência¹⁶. Assim, em uma floresta, a energia do sol permite que os vegetais vivam. Tais componentes mantêm relações de produção, consumo, decomposição e reciclagem de matérias e energia, em essenciais teias alimentares que demoram séculos para se formarem e estão em constante processo de transformação. Um ecossistema equilibrado significa que produtores, consumidores e decompositores desempenham atividades em proporções ideais para que todos possam sobreviver, e, ao mesmo, conectados com o meio abiótico, possam apenas os produtos essenciais serem extraídos e as condições naturais permaneçam inalteradas.

Qualquer modificação nesse ciclo de vida poderá implicar no desequilíbrio ecológico e, a conseqüente destruição de determinado ecossistema. O homem integra diversos ecossistemas e sua atuação deveria ser considerada tão natural quanto de qualquer outra espécie. No entanto, muitas vezes destrói o ecossistema em que vive por não saber respeitar o limite aceitável de sua intervenção no meio ambiente e da utilização dos recursos naturais.

Tais fatos fornecem uma visão agregada das pressões exercidas pelo homem sobre o ambiente, como densidade populacional, redes de estradas e hidrovias, infra-estrutura para geração e distribuição de energia elétrica e a própria área tomada por cidades e fazendas.

O meio ambiente é uma visão desanuviada de nossa influência sobre a Terra. É necessário encontrar oportunidades

¹⁵ www.cristalinolodge.com.br

¹⁶ www.clickmacae.com.br

para salvar a vida selvagem e terras virgens em áreas intocadas, e também para entender como as formas de conservação das matas, ambiente rural, subúrbios e cidades estão todas relacionadas.

Denota-se que não tem precedentes na história a escalada no consumo de recursos naturais ao longo do século 20. A conclusão é que o mundo se encontra numa grave crise ambiental, o que implica que a conservação de ecossistemas tem sido considerada de fundamental importância para existência da vida no planeta Terra.

Tão importante que a Lei 6.938/81, art. 2.º, IV, VIII e IX, eleva à categoria de princípio da Política Nacional do Meio Ambiente, a preservação de áreas representativas e ameaçadas de degradação, bem como a recuperação de áreas já degradadas.

4.6. Processos ecológicos

De acordo com Eugene P. Odum, os processos ecológicos acontecem tanto em nível individual e populacional, como nas comunidades, por exemplo, quanto se está absorvendo de energia por espécie ou pela comunidade. Estes processos fazem parte das relações das espécies entre si e com o meio que os cerca¹⁷.

Doutra banda, processo ecológico (CR, art. 225, § 1.º, I) significa “qualquer mecanismo ou processo natural que ocorre em diversas populações, em *habitat* natural, tais como competição, depredação, parasitismo, reprodução, seleção natural, evolução, alimentação, migração e outros”.

Conforme Eugene P. Odum¹⁸, “os organismos vivos e seu ambiente não-vivo (abiótico) estão inseparavelmente inter-relacionados e interagem entre si. Chamamos de sistema ecológico ou ecossistema qualquer unidade (biossistema) que abranja todos os organismos que funcionam em conjunto (a comunidade biótica) numa dada área, interagindo com o ambiente físico de tal forma que um fluxo de energia produza estruturas

¹⁷ ODUM, Eugene P. *Fundamentos de Ecologia*. Lisboa: Fundação Caluste Gulbenkian, 1988, p. 952.

¹⁸ ODUM, Eugene P. *Ecologia*. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan S/A, 1988.

bióticas claramente definidas e numa ciclagem de materiais entre as partes vivas e não-vivas”.

Chega-se a conclusão, então, que as espécies animais e microorganismos que habitam em caráter definitivo ou provisório um ecossistema, e mesmo aqueles considerados como visitantes mantém estreitas relações com a vegetação que reveste respectiva área.

Ficam demonstrados, os potenciais prejuízos ambientais ilustrados no exemplo indicado por Eugene Odum, quando indica a possibilidade de um organismo comportar-se de maneira bem diversa em sistemas diferentes, evidenciando que referida variabilidade guarda relação com outros componentes. Sobre o tema, afirma “Muitos insetos, por exemplo, são pragas destrutivas num *habitat* agrícola, mas não no seu *habitat* natural, onde são mantidos sob controle por parasitas, competidores, predadores ou inibidores químicos”.¹⁹

Um ecossistema depende de processos ecológicos ocorridos em seu interior. É o que acontece com a atividade de algumas espécies de animais que desenvolvem papel importante em um ecossistema, pois todos os elementos que compõem o ecossistema se relacionam com equilíbrio e harmonia e estão ligados entre si. Caso haja a alteração de um único elemento poderá ocorrer modificações em todo o sistema resultando na perda do equilíbrio existente²⁰. Afinal, assevera Édís Milaré²¹, o que mais interessa são os principais conjuntos de seres vivos que compõem o catálogo dos nossos recursos naturais e têm inestimável valor científico, alimentar, medicinal, recreativo, estratégico, suntuário e outros.

Em outro momento, um ecossistema depende de processos ecológicos exteriores que fluem em outro ecossistema. É o caso, por exemplo, da costa brasileira onde ocorrem diversos tipos de habitats, formando imensa diversidade de ecossistemas, pois as praias arenosas amplamente utilizadas pelo turismo, destacam-se inúmeros estuários e lagoas costeiras, arrecifes de arenito

¹⁹ Ibid, p. 9.

²⁰ www.faber-castel.com.br

²¹ MILARÉ, Édís. *Direito do Ambiente*, RT: São Paulo, 2.ª ed., 2001, p. 185.

paralelos à linha de praias e falésias, dunas e cordões arenosos, restingas, ilhas costeiras, ilhas oceânicas e etc²².

Torna-se claro, a partir de então, que os ecossistemas são geradores e utilizadores de processos ecológicos. Qualquer alteração ocorrida num ecossistema – por exemplo, em suas plantas ou animais, irá repercutir nos processos ecológicos a eles interligados e, vice-versa, pois uma agressão a esses processos ecológicos poderá implicar em degradação de ecossistemas e a desastres ecológicos.

Enfim, a conservação de ecossistemas é fundamental à existência de diversos processos ecológicos, tanto que a Constituição Federal consagra a obrigação do Poder Público de preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais. À evidência, referindo-se às comunidades de vegetais, animais, bactérias e fungos.

4.7. Paisagens

A Constituição de 1988 (art. 216, V) define que patrimônio cultural brasileiro são os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

Paisagem, segundo Paulo Afonso Leme Machado²³, é a relação que se estabelece entre um lugar e um momento concreto, entre um observador e o espaço que ele abrange com o olhar. Constitui uma organização de elementos naturais, semi-naturais e construídos, definida pela interação de determinados ecossistemas que, em função de sua dimensão, intensidade e relação, estruturam o espaço e tipificam o território, cuja aparência é resultado de ação, de fatores naturais e humanos e de uma

²² www.ambientebrasil.com.br

²³ MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*, São Paulo: Malheiros, 10^a ed., 2002, p.119.

união de ambos. São, portanto, as plantações, árvores, culturas e construções que resultam da ocupação do homem.

A preservação da paisagem dá-se como um todo, não podendo se analisar os elementos que a compõe individualmente. Assim como se observa um ecossistema natural como um todo, o mesmo procedimento deverá ser levado em conta durante a análise de uma paisagem, pois seus elementos se interagem na formação desta. A união desses elementos, muitas vezes, possuem uma conotação mais estética, do que ecológica. Desta forma, a paisagem é a busca de um meio ambiente que contemple tanto a herança cultural quanto a natural e que leve a natureza evolucionária da paisagem como um todo.

A paisagem revela-se assim, um veículo para assimilação e relacionamento de conteúdos de âmbito físico e humano, propiciando a criação de uma conduta responsável de preservação e valorização dos valores ecológicos e estéticos.

A paisagem é considerada sob a ótica cultural, ou seja, pela maneira de como um indivíduo ou uma comunidade percebe determinado território; dá testemunho ao passado e ao presente do relacionamento existente entre os indivíduos e seu meio ambiente; ajuda a especificar culturas e locais, crenças e tradições.

Deve-se levar em consideração que a paisagem, ainda citando Paulo Afonso Leme Machado, “não é concebida somente como um conjunto de bens naturais autóctones e sem intervenção humana. Não se trata da exclusiva proteção de uma paisagem virgem ou intocada, ainda que esta seja merecedora, também, de proteção”.²⁴

Verificamos assim, a relevância da paisagem urbana como fator de incremento à qualidade de vida do cidadão. Fatores negativos como o uso insustentável de recursos naturais do solo, subsolo, água e atmosfera; desenvolvimento descontrolado dos setores da indústria, energia, turismo e lazer; desenvolvimento urbano mal planejado e executado, sobretudo nas zonas suburbanas; instalação de grandes construções ou de infraestrutura de transportes sem a necessária avaliação a respeito das áreas em que estão situadas, fazem com que seja crescente o

²⁴Idem, p. 120.

interesse pelo estudo da paisagem, especialmente às transformações que os espaços vêm sofrendo, à sua desarticulação funcional e aos problemas ambientais que preocupam cada vez mais as sociedades.

Existe, desta forma, a preocupação pelo equilíbrio dos ecossistemas, que definem as diversas paisagens, a identificação dos elementos e das relações estabelecidas de conservação e uso racional da natureza como um todo.

4.8. Patrimônio cultural

As produções históricas do homem advindas de seu relacionamento com o meio ambiente, despertou na humanidade a necessidade de se proteger o meio ambiente resultante dessa relação, levando em consideração que meio ambiente não significa apenas o mundo natural, mas também o mundo artificial e cultural, fruto de sua convivência com a natureza.

Em nosso ordenamento jurídico constatamos que desde a Constituição de 1934, assim como nas Constituições de 1937, de 1946, de 1967 e de 1969 já se protegia o patrimônio cultural brasileiro, limitando-se a declarar protegidos bens de valor histórico, artístico, arqueológico e paisagístico. Entretanto, cabe a Constituição de 1988 a amplitude do conceito de patrimônio cultural.

Descreve a Constituição Federal em seu art. 216:

“Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

I – as formas de expressão;

II – os modos de criar, fazer e viver;

III – as criações científicas, artísticas e tecnológicas;

IV – as obras, objetos, documentos, edificações

e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;

V – os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico”.

Como destaca Édis Milaré²⁵ ao definir tais conceitos: “Sob a denominação ‘Patrimônio Cultural’, a atual Constituição abraçou os modernos conceitos científicos sobre a matéria. Assim, o patrimônio cultural é brasileiro e não regional ou municipal, incluindo bens tangíveis (edifícios, obras de arte) e intangíveis (conhecimentos técnicos), considerados individualmente e em conjunto; não se trata somente daqueles eruditos ou excepcionais, pois basta que tais bens sejam portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos que formam a sociedade brasileira”.

Denota-se que a Constituição ampliou os termos de patrimônio cultural descritos no Decreto-lei 25/37, por ela recepcionado, dando uma visão mais ampla aos conceitos de “histórico e artístico”, envolvendo todos os acontecimentos sociais que envolvem a cultura de um povo.

A expressão patrimônio ambiental clarificou o conceito de patrimônio cultural, abrangendo não só os bens de valor excepcional, mas também os de valor cotidiano; os monumentos individualizados e os conjuntos; a arte erudita como também a realizada pelo povo, os bens naturais, assim como os realizados pelas mãos do homem. Todos esses bens foram considerados patrimônio cultural, desde que sejam portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos que formam a sociedade brasileira.

A proteção ao patrimônio cultural não se limita a bens materiais e o meio que lhe rodeia, como monumentos ou os conjuntos de edificações de valor artístico, histórico, turístico e paisagístico, como ainda abrange os bens imateriais e aqueles que atingem a sociedade como produtora e beneficiária do bem

²⁵ MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente*. 2.ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2001.

cultural, ou seja, bens que possuem como referencial fatos e acontecimentos históricos ou à memória ou identidade de grupos sociais, possuindo a característica de bens imateriais de expressivo valor cultural a ser preservado.

O conceito de patrimônio cultural dado pela Constituição de 1988 consolida a importância deste como bem de uso comum do povo, como prevê a obrigação do Poder Público e de toda coletividade resguardar a incolumidade de todas as formas de expressão e dos modos de criar, fazer e viver o patrimônio público cultural.

5. Regimes jurídicos do meio ambiente e dos bens ambientais

5.1. Meio ambiente como bem de uso comum do povo

O art. 225, *caput*, da Constituição de 1988 dispensou o tratamento jurídico qualificando-o como bem de uso comum do povo, abrangendo o conceito disposto no novo Código Civil, art. 99, I, considerando-o como um bem público, dando-lhe a mesma conotação do art. 2.º, I da Lei 6.938/81 que classificava-o como patrimônio público de uso coletivo.

Na doutrina civilista, bem de uso comum do povo significa bem público de uso comum do povo (*res communes omnium*), demonstrando que a propriedade pertence à coletividade, estando a Administração Pública incumbida de sua gerência e guarda. Ao Poder Público cabe, através de medidas preventivas ou repressivas, orientar as formas de como usufruir o meio ambiente, salvaguardando-o, para que toda coletividade tenha o direito de utilizá-lo como um bem comum.

Desta maneira, incide sobre o meio ambiente, o regime jurídico dos bens de uso comum do povo, embora a Constituição Federal tenha utilizado a expressão com o objetivo de proteger a qualidade ambiental.

Por essa razão, meio ambiente é bem de toda a coletividade, não dotado de personalidade jurídica, possuindo a característica de bem indisponível. Logo, o Poder Público não pode dispô-lo,

pois não integra o patrimônio disponível do Estado. Sua indisponibilidade está disposta no art. 225, *caput*, ao preservá-lo às gerações futuras. Ou seja, é dever das gerações atuais entregá-lo às gerações futuras como um bem ecologicamente equilibrado.

Ressalte-se que meio ambiente além de pertencer a todos e ser indisponível, possui a característica de ser insuscetível de apropriação. Ou seja, o Estado atua como simples gestor, já que não é dono desse bem. É de se notar, que sua atuação como administrador do bem público, deverá ocorrer com a participação de toda a sociedade, pois não exerce o monopólio da gestão do meio ambiente, devendo administrá-lo em parceria com a coletividade.

Mesmo os particulares não poderão se apropriarem do meio ambiente como bem imaterial, ou seja, como conjunto de meios que condicionam, abrigam e regem a vida. Entretanto, o que, eventualmente, poderão ser apropriados, inclusive para fins econômicos, são determinados elementos corpóreos que integram o meio ambiente e os bens ambientais, tais como florestas, solos, flora, fauna, determinados bens móveis e imóveis que compõem o patrimônio cultural, desde que respeitem as limitações impostas pela legislação e que essa apropriação dos bens materiais não implique em apropriação pessoal do meio ambiente como bem imaterial.

A conotação dada pela Constituição ao termo “uso comum” significa que meio ambiente deve ser partilhado e usufruído por todos e, não por alguns membros da coletividade, sempre respeitando a condição de preservá-lo para sadia qualidade de vida para a presente e futuras gerações. A legislação em vigor, admite a utilização de bem de uso comum do povo por toda a coletividade de forma a propiciar o bem-estar das futuras gerações, deixando de lado a visão clássica de que bem de uso comum do povo poderia ser usufruído, de forma livre e competitiva, por quem quer que seja, indiscriminadamente.

Como consequência desta nova interpretação legislativa, o meio ambiente visto como *res communes omnium*, elevou o Estado à categoria de gestor e administrador desse bem público, devendo adotar medidas de ação à garantia de sadia qualidade de vida

para a presente e futuras gerações, conforme estabelece o § 1.º do art. 225 da Constituição Federal.

5.2. Regimes jurídicos dos bens ambientais

A legislação ambiental brasileira dispõe de normas específicas que levam em consideração a diversidade dos bens ambientais. Desta feita, várias normas jurídicas dispensaram tratamento jurídico aos bens ambientais, sem levar em conta a preocupação dos referidos bens dentro de um contexto ecológico e ambiental. Entretanto, leis ambientais mais modernas trouxeram em seu bojo a respectiva preocupação com o tema, respeitando a matéria no que diz respeito à proteção do meio ambiente.

Tanto é assim que o regime jurídico da Lei 6.938/81 disciplina, genericamente, os recursos ambientais – art. 3.º, V – dando-lhe especial atenção à proteção do bem ambiental ao prever a preservação e restauração com vistas à utilização racional e disponibilidade permanente de todos para a manutenção do equilíbrio ecológico propício à vida – art.4.º, VI, da Lei 6.938/81.

A Lei que rege a Política Nacional do Meio Ambiente - Lei 6.938/81- e as demais leis que formam o sistema legal que disciplinam os bens ambientais serão analisados a seguir, levando em consideração cada recurso ambiental e suas características ímpares.

5.2.1. Os solos

Sob a ótica do Direito Civil o solo, assim como seu subsolo, é bem imóvel por natureza, passível de apropriação, art. 79 do novo Código Civil, podendo ser seu titular pessoa pública ou privada. A propriedade do solo abrange a do espaço aéreo e subsolo correspondentes (art. 1.229 do Código Civil), exceto os recursos minerais nele encontrados, pois são considerados bens da União, conforme art. 20, IX da Constituição Federal.

No direito civil, os solos acompanham a destinação a eles

dada pelo dono. Já na ótica do direito ambiental, os solos por serem áreas vitais para a manutenção e preservação das plantas e animais, essenciais para o equilíbrio ecológico, recebem o tratamento de recursos ambientais – art. 3.º, V da Lei 6.938/81 – direcionando sua manutenção e preservação nos moldes do art 4.º da Lei 6.938/81, ou seja, sua utilização deverá ser racional e sua disponibilidade será permanente.

Significa dizer que, independentemente da titularidade das terras em que se encontram, os solos, considerados como bem ambiental, seguem as regras do regime jurídico previamente estabelecido, ou seja, condicionam sua destinação a eles dada pelo proprietário, podendo, de acordo com o caso, ser utilizado para diversas atividades ou ser mantido intacto para a sua preservação como fonte de recurso natural.

O principal objetivo desse regime jurídico é demonstrar que o uso do solo não pode estar desvinculada da atividade humana que dele necessita para ser desenvolvida, ao mesmo tempo que recebe tratamento específico das leis visando a tutela da manutenção e conservação da qualidade do solo, “como recurso e fator que compõe o ambiente artificial e cultural e como elemento físico-químico que dá suporte aos seres vivos, como bem explica Édis Milaré.²⁶

5.2.2. As águas

O Código das Águas define as águas em três categorias básicas, a saber: públicas, comuns e particulares. As públicas se subdividem em de uso comum ou dominicais, conforme sejam utilizadas pela comunidade ou pertençam ao domínio de entes estatais. As águas comuns são as correntes não navegáveis e nem fluviáveis. E as águas particulares são as nascentes e as demais localizadas em domínio privado, desde que não classificadas entre as públicas e as comuns²⁷.

²⁶ MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente*, São Paulo:RT, 2.ª ed., 2001, p. 154/155.

²⁷ ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*, Lumen Juris:Rio de Janeiro, 7.ª ed., 2004, p. 809/811.

Na lição de José Afonso da Silva²⁸ “são da União os lagos, rios e qualquer corrente de água em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países, ou se estendam a território estrangeiro ou dele provenham (Constituição, art. 20, III), assim como o mar territorial (art. 20, VI), os potenciais de energia hidráulica, (arts. 20, VIII, e 176) e os depósitos de água decorrentes de obras da União (art. 26, I), como são os açudes construídos nas regiões assoladas pelas secas.

Aos Estados foram atribuídas as águas superficiais ou subterrâneas, fluentes, emergentes e em depósito, ressalvadas, neste caso, na forma da lei, as decorrentes de obras da União (art. 26, I). Incluem-se aí, portanto, os lagos em terreno de seu domínio e os rios que tenham nascente e foz no seu território, salvo os que estiverem nas condições referidas no art. 20, III, como de domínio da União. Abre-se, no entanto, aos Estados, Distrito Federal e Municípios, em comum com a União, a competência para registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos (art. 23, XI), sendo tais concessões de competência também da União”.

O art. 3.º da Lei 6.938/81 considera as águas, assim como os solos, recursos ambientais essenciais à manutenção do equilíbrio ecológico propício à vida, de preservação e restauração obrigatórias com vistas à sua utilização racional e disponibilidade permanente (art. 4.º da Lei 6.938/81).

A água é, nesse sentido, insuscetível de apropriação privada, em virtude de se caracterizar como indispensável à vida, assevera José Afonso da Silva²⁹. As águas, ditas particulares, nada mais são do que a passagem desse leito em propriedade particular, ficando o proprietário desse domínio, responsável por sua apropriação e administração, enquanto estão no interior desta. A água como bem de uso comum de todos se torna assim, imune à apropriação.

Acompanhando essa característica da água como bem ambiental é que a Lei 9.433/97 ao disciplinar a Política Nacional de Recursos Hídricos a considerou como bem de domínio público,

²⁸ SILVA, José Afonso da. op. cit., p.121.

²⁹ Idem, ibidem.

definido como recurso limitado, dotado de valor econômico e sujeito a usos múltiplos, a ser gerido no contexto da bacia hidrográfica, eleita como a unidade territorial de gestão das águas – art. 1.º, I, II, IV e V.

Como se observa, o ordenamento jurídico em vigor dispensa a água tratamento essencialmente protetor a sua sadia qualidade como primordial ao equilíbrio ecológico, especificando o modo de como utilizar desse essencial bem da vida.

5.2.3. O ar

Em nosso sistema legal, o ar é considerado bem de uso comum do povo, não se confundindo com espaço aéreo, definido como imóvel que acompanha a propriedade do solo subjacente (art. 1.229 do novo Código Civil). É, portanto, *res communes omnium*, essencial à vida de todos os seres.

Definido como bem ambiental pelo art. 3º, V da Lei 6.938/81, destinado ao uso comum de todos, é bem insuscetível de apropriação, embora sua utilização seja livre, amolda-se às necessidades da pessoa humana, somente podendo ser utilizado se compatível com sua finalidade máxima, qual seja, a de condutor de oxigênio necessário à respiração e ao funcionamento do aparelho respiratório e circulatório do homem, dos animais e dos vegetais, ficando proibida a sua degradação e posterior poluição.

Como *res communes omnium* e recurso ambiental fica resguardada sua utilização, impondo seu uso racional e disponibilidade permanente a todos, a fim de que seja mantido o equilíbrio ecológico propício à vida (art. 4.º, VI, da Lei 6.938/81).

5.2.4. A flora e a fauna

No Código Civil, art. 79, vemos que as plantas e as florestas, quando árvores de grande porte, serem classificadas como acessórios do solo, sendo caracterizadas como bens imóveis, seguindo a sorte das terras que aderem, mas se retiradas de seu

substrato adquirirem as características de bens móveis, seguindo o destino que lhe der o seu dono.

Quando o Código Florestal, Lei 4.771/65, imputa ao Poder Público o dever de regular o aproveitamento e a conservação das florestas, em virtude da utilidade da vegetação para as terras que elas revestem, estas são denominadas de “bens de interesse comum dos habitantes do País” (art. 1.º, *caput*). A partir daí, incidem sobre elas as limitações previstas no sistema legal, e se desobedecidas as regras impostas, poderão ser lhes imputadas restrições pelo uso nocivo da propriedade (art. 1.º, § 1.º da Lei 4.771/65). Limitações estas que poderão ser: proibição da supressão das vegetações em áreas de preservação permanente (arts. 2.º e 3.º da Lei 4.771/65) e em áreas de reserva florestal legal (art. 16 da Lei 4.771/65).

Por fim, temos um outro conceito dado à flora, como recurso ambiental e bem incorpóreo com função ecológica que, segundo definição de Álvaro Luiz Valery Mirra (p. 43), é o “conjunto de espécies vegetais a serem protegidas para a manutenção da diversidade biológica, insuscetível da apropriação individual (art. 5.º da Lei Federal 4.771/65, arts. 3.º, V, e 4.º, VI, da Lei Federal 6.938/81 e art. 225, § 1.º, VII, CF)”.

Na fauna, constatamos processo semelhante à flora. O novo Código Civil traz em seu art. 1.228, § 1.º a preocupação com a preservação da flora e da fauna, buscando despertar no homem o seu direito de propriedade em harmonia com a preservação da flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como devendo ser evitada a poluição do ar e das águas.

Na legislação concernente à Proteção à Fauna (Lei 5.197/67) e no Código de Pesca (Decreto-lei 221/67) a fauna, junto com seus abrigos e criadouros naturais, é vista como propriedade do Estado e bens de domínio público, respectivamente art. 1.º, *caput* da Lei 5.197/67 e art. 3.º do Decreto-lei 221/67.

Mais adiante, com a Lei 6.938/81 e a Constituição Federal, a fauna passa a ser vista como conjunto de espécies animais, com função ecológica reconhecida, essencial à preservação da biodiversidade - art. 225, § 1.º, VII, da CF - incorporando a

feição de recurso ambiental – art. 3.º, V, da Lei 6.938/81 – e bem incorpóreo insuscetível de apropriação, se enquadrando assim, na modalidade de bem público de uso comum e, como tal, passa a incidir sobre a fauna o disposto no art. 4.º, VI da Lei 6.938/81, qual seja, o uso racional e disponibilidade permanente desse bem ambiental, visando a preservação e manutenção do equilíbrio ecológico.

5.2.5. Recursos genéticos, ecossistemas, processos ecológicos e paisagens

Disciplinados recentemente pelo nosso ordenamento jurídico – art. 225, § 1.º, I e II, e art. 216, da Constituição Federal e art. 2.º, IV, da Lei 6.938/81, embora não possuam leis que definam suas qualificações e regimes jurídicos, são considerados universalidades compostas de bens corpóreos e incorpóreos, afóra os processos ecológicos que são constituídos somente por bens incorpóreos, definidos como bens públicos de uso comum.

José Afonso da Silva³⁰ os denomina como bens de interesse público, subordinados a um regime específico, que tem por fim a consecução de um objetivo almejado por toda coletividade – qualidade do meio ambiente, com vista a uma boa qualidade de vida, onde se incluem os bens imóveis de valor histórico, artístico, arqueológico, turístico, e as paisagens de notável beleza natural, que integram o meio ambiente cultural, assim como os bens constitutivos do meio ambiente natural.

Tais bens fazem parte da biosfera e como tais, são considerados recursos ambientais, art. 3.º, V, da Lei 6.938/81, devendo sua utilização ser racional e disponibilidade permanente, visando a manutenção do equilíbrio ecológico propício à vida (art. 4.º, VI, da Lei 6.938/81).

A Constituição Federal (art. 225, § 4.º) destacou como patrimônio nacional a Floresta Amazônica, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira, formando extensas áreas com ecossistemas diversificados, sujeitos à degradação, o que implicou na proteção legal específica.

³⁰Idem, *ibidem*. p. 83.

O conceito de patrimônio nacional não é até o presente momento um conceito definido pelo sistema legal brasileiro. O que se pode adiantar é que tal patrimônio não é propriedade da União, são bens pertencentes à coletividade, devendo ser preservados no que concerne as suas características ecológicas e paisagísticas.

Essas áreas consideradas patrimônio nacional podem ser utilizadas, como prevê a Constituição de 1988. Entretanto são considerados bens ambientais e, como tais, devem ser utilizados em conformidade com as limitações impostas pela Carta Magna, quais sejam, limite constitucional à gestão do território nesses locais e à exploração dos recursos naturais, visando à preservação do meio ambiente.

5.2.6. Patrimônio cultural

A institucionalização da tutela jurídica do patrimônio alcança sua plenitude com a atual Constituição onde indica os bens integrantes do patrimônio cultural, art. 216, e os instrumentos protetivos à sua existência, art. 216, § 1.º da Constituição Federal combinado com o art. 1.º, § 1.º do Decreto-lei 25/37. Passa o patrimônio cultural a ser parte integrante de todo território nacional, incluindo os bens tangíveis (edifícios, obras de arte), como, também, os intangíveis (conhecimentos técnicos). Todos esses bens estão, assim, incluídos no patrimônio cultural brasileiro, desde que sejam dotados de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da nacionalidade ou da sociedade brasileiras, nos exatos termos constitucionais, como assegura Édis Milare³¹.

Sendo assim, ainda que o bem cultural integre o patrimônio de particular ou de uma pessoa jurídica de direito público, o patrimônio cultural é sempre um bem que pertence à coletividade, de natureza pública. Logo, não faz parte do patrimônio disponível do Estado e muito menos dos particulares, pois são bens públicos de uso comum, seguindo regime jurídico próprio para atingir um fim público, qual seja, a sua manutenção e a sua preservação.

³¹ MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente*, São Paulo: RT, 2.ª ed., 2001, p. 202.

Segundo lição de Álvaro Luiz Valery Mirra³², essa regulamentação jurídica resulta da influência do constituinte de 1988 que indicou ao Poder Público, com a participação da sociedade, a promoção e proteção dos bens e valores culturais, através de instrumentos jurídicos, tais como inventários, registros, tombamento, desapropriação e etc. (art. 216, § 1.º da CF), da Lei 6.938/81, que instituiu a preservação e restauração dos recursos ambientais (art. 4.º, VI) e, também, do Decreto-lei 25/37, que dispôs, como efeito do tombamento, além da fiscalização exercida pelo órgão público em defesa do patrimônio público, uma série de limitações à coisa tombada, com relação à possibilidade de alienação e de modificação, como também, às demais propriedades situadas na vizinhança (arts. 11, 12 e 17 a 20).

6. Meio ambiente: direito humano fundamental

Inicialmente, convém relembrar que a relação Homem x Natureza é um desafio presente na história da Humanidade. Tempo houve em que as estações eram definidas e obrigavam o momento do cultivo e da colheita; a chuva era aclamada com danças; a água era o elemento do batismo e a Terra era a mãe e o sepulcro; a água corria livre, as grandes civilizações da humanidade estavam ligadas aos rios. Basta, para tanto, lembrar a importância do Nilo, do Ganges, do “Tigre e Eufrates”, dos mares em geral e, mesmo na época industrial, não que se pode desvincular Londres do Tâmesis, nem Paris do Sena etc.

O Sol, por sua vez, foi reconhecido como divindade por mais de uma civilização, status que também se conferia à Lua. Os animais eram livres e as plantas guardavam o segredo da cura, dos venenos e da magia.

Se, primitivamente, a humanidade temia raios e trovões e dançava para as chuvas, o desenvolvimento tecnológico fez modificar toda a relação que o ser humano mantinha com a natureza. Se, por um lado, não podemos mais viver sem algumas

³²MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *Ação Civil Pública e a Reparação do Dano ao Meio Ambiente*, 1.ª ed., São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 46/47.

facilidades tecnológicas, como energia elétrica, a telefonia, os automóveis, remédios etc., por outro lado, é certo, deve haver uma conciliação entre o homem e natureza de tal forma que ela seja preservada ao máximo, recuperada ao máximo, socializada ao máximo, sob pena de estarmos comprometendo não apenas a nossa vida, mas, igualmente, a vida das gerações futuras.

O homem integra a natureza, faz parte dela; precisa dela para sobreviver. A constatação de que o ser humano integra a natureza e dela não está jamais dissociado leva à conclusão de que a questão ambiental é, também, uma questão humana e social.

Discute-se, assim, o dano ambiental e a proteção que o nosso sistema jurídico dispensa à matéria, no sentido de, firmada a responsabilidade do autor do dano, aferir-se da conseqüente e própria indenização.

A lei brasileira houve por bem adotar um conceito abrangente de meio ambiente, envolvendo a vida em todas as suas formas, caracterizando-se como direito fundamental do homem. O meio ambiente mereceu pela primeira vez trato constitucional na Constituição de 1988, cujo art. 225 dispõe:

“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.”

Verifica-se, portanto, o princípio materializado em vários dispositivos - no sentido de privilegiar, ao máximo, as possibilidades de tutela coletiva dos direitos reconhecidamente transindividuais, fundamento do Estado de direito, principalmente pela possibilidade de impor limites ao arbítrio político e econômico que, efetivamente, podem anular a existência de cada pessoa³³. A transindividualidade caracteriza a titularidade do direito, eis que seu gozo é atribuível a um

³³ MEDEIROS NETO, Xisto Tiago. *Ação Civil Pública e tutela de interesses transindividuais*, www.prt21.mpt.gov.br

conjunto mais ou menos indeterminado de pessoas, assim como a sua violação afeta a esfera jurídica desse espectro de indivíduos. Não se trata de um somatório de direitos individuais, mas sim um novo interesse que pertence a muitos ou a um grupo, sem que pudesse ter fruição individual.

O Estado é chamado a promover direito à saúde, o direito à educação, o direito à assistência social e à previdência social, e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado seja através da prestação direta dos mesmos, seja através da regulamentação da atividade da iniciativa privada encarregado de efetivá-los. Todo esse processo foi, como não poderia deixar de ser, respaldado por uma nova ordem constitucional.

A Constituição agrega aos direitos civis e liberdades públicas clássicas os direitos sociais, disciplina a ordem econômica, adequa as relações consideradas privadas aos interesses sociais, cria um novo Estado social, tendo como decorrência fundamental a proteção coletiva desses direitos.

É o Estado democrático de Direito prevendo mecanismos de tutela judicial e extrajudicial dos direitos transindividuais, tendo como decorrência fundamental a proteção coletiva desses direitos. Note-se que a Constituição de 1988 garante, em vários dispositivos, a tutela coletiva dos direitos, quando, por exemplo, estabelece funções institucionais do Ministério Público.

Conquanto a tutela coletiva já fosse uma realidade legislativa, desde o advento da Lei 4.717/65 (já prevista na Constituição de 1934), que disciplinou a ação popular, quanto aos mecanismos de proteção de direito transindividual, é na Constituição Federal de 1988 que temos a sua ampliação como uma decorrência do Estado democrático.

Por outro lado, a tutela coletiva permite que o cidadão tenha nova perspectiva da atividade jurisdicional, já que o processo coletivo é mais participativo, ou porque ele é provocado pelo cidadão, ou pela associação ou sindicato nos quais participa, ou pela amplitude dos beneficiários da decisão judicial.

A informação é fundamental para ensejar a democracia participativa, e também o acesso à justiça depende da informação. É, também, fundamental para o conhecimento da existência de

direitos transindividuais. É um dos atributos da cidadania saber que a lesão a bens de uma comunidade, ou de um grupo ao qual a pessoa é vinculada pode ser reparada mesmo que o direito não lhe caiba individualmente.

Desta forma, a informação é fundamental para que se saiba que através da sociedade pode-se exigir o cumprimento dos direitos transindividuais. O cidadão deve saber quais as instituições que podem ser provocadas, quais os remédios judiciais e extrajudiciais que podem ser utilizados, o que pode ser feito de forma autônoma e o que está na dependência da atuação de outros agentes públicos ou privados.

Esse aspecto corresponde o meio ambiente como direito humano fundamental, incluído como direito fundamental de terceira geração, dentre os chamados "direitos da solidariedade", ao conjugar o dever do Poder Público de defender e preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado, juntamente com o cidadão. Princípio este consagrado pela Constituição.

Parte fundamental desse modelo é a idéia de que o meio ambiente constitui patrimônio público a ser necessariamente assegurado pelas normas jurídicas específicas, pelos organismos sociais e pelas instituições estatais, qualificando-se como encargo que se impõe – protegendo-o em favor das presentes e futuras gerações – tanto ao Poder Público quanto à coletividade como um todo.

A natureza não mais pode ser vista como um santuário ecológico. O meio ambiente, patrimônio da sociedade, pertence as gerações do presente e do futuro. É importante, porém, analisar os indicadores da mudança social, que permita avaliar não apenas a situação presente, mas, também, em que medida estão sendo realizadas ações que possam, no futuro, reverter aspectos negativos que implicariam na degradação ambiental.

É preciso harmonizar o desenvolvimento econômico-social com a proteção da qualidade de vida. O progresso deve servir ao homem em seu bem-estar, mas não às custas do mundo natural e da própria humanidade. A sustentabilidade dos recursos naturais prende-se ao ecossistema, ou seja, a existência de alguns recursos naturais dependem da perpetuação de outros recursos,

o que implica na perpetuação da vida.

Denota-se a preocupação de se ter um desenvolvimento sustentável. O aprimoramento da legislação ambiental e o aumento da consciência da sociedade sobre a importância do ambiente e dos direitos das populações tradicionais, resultou na aprovação de leis ambientais como, por exemplo, a Lei das Águas, a Lei de Crimes Ambientais, a lei que dispõe sobre a criação da Agência Nacional de Águas, a que instituiu o Sistema Nacional de Unidades de Conservação e o Estatuto das Cidades.

Desta feita, a consagração do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrada está intimamente relacionada ao regime de reparação dos danos ambientais, demonstrando que a conservação ambiental necessita de medidas judiciais.

7. O homem, destinatário da proteção jurídica

A proteção ambiental decorre do fato de que a natureza tem valor instrumental para nós, seres humanos; trata-se da concepção dominante, denominada antropocentrismo³⁴, definida dentro de uma perspectiva de que os seres humanos estão no centro das preocupações com o desenvolvimento sustentável. Têm direito a uma vida saudável e produtiva, em harmonia com a natureza.³⁵

A propagação de acidentes e problemas ambientais e o despertar da importância do meio ambiente para a vida do Homem, sobretudo a partir da década de 1970, compõe uma recapitulação crítica aos modelos de desenvolvimento industrial vigentes no mundo, e despertam uma nova consciência, atenta à extensão ambiental da realidade. As reivindicações da sociedade civil organizada, foi progressivamente pressionando a incorporação da questão ambiental aos programas de governo de todos os Estados. Esse interesse acima descrito teve apoio fundamental através da Conferência Internacional para o Meio

³⁴ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Fundamentos filosóficos do Direito Ambiental*, www.jusnavegandi.com.br

³⁵ MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *Ação Civil Pública e a reparação do dano ao meio ambiente*, Juarez de Oliveira: São P1.ª ed., 2002, p. 61.

Ambiente Humano, promovida pelas Nações Unidas – ONU, em 1972 na Suécia, é um marco histórico-político de uma série de iniciativas que passam a dar um novo tratamento aos temas ambientais.

É necessário ter um ambiente saudável e uma sociedade mais justa e participativa. Entretanto, só isto não basta. É preciso progredir mais e descobrir que a agressão ecológica contra o ambiente e contra os seres humanos está focada na mente do homem. Há discriminações arraigadas na mente do homem. Por exemplo, a maioria das pessoas tem um conceito distorcido da Terra. Imagina a Terra como algo inerte, composta de uma parte sólida que contém continentes e terras altas, e uma parte líquida, que são os rios, os mares e oceanos. Ou considera a Terra como fonte de recursos do qual se pode extrair ilimitadamente matérias para uso indiscriminado do ser humano. A Terra não é só isso. A Ciência demonstra que a Terra é um planeta que exibe um equilíbrio entre seus elementos físico-químicos, de salinização dos oceanos, do nível de oxigênio, de nitrogênio e de densidade demográfica que somente um ser vivo pode possuir. A Terra não apenas tem vida sobre ela, como é um próprio organismo vivo. É preciso respeitá-la.

É falha a visão antropocêntrica. Antropocentrismo é aquela atitude que coloca o ser humano no centro de tudo e imagina que todas as coisas e o próprio universo só têm razão de ser a medida em que se ordenam ao ser humano, tido como senhor da criação. Este pode dispor de todas as coisas da Terra como bem quiser. Ora, o ser humano participou da história do universo quando outras espécies vivas tinham aparecido e, alguma já desaparecido. Afinal, afirma Paulo de Bessa Antunes, citado por Álvaro Luiz Valery Mirra, o que o direito ambiental busca é o reconhecimento do ser humano como parte integrante da Natureza, vez que o direito ambiental estabelece a normatividade da harmonização entre todos os componentes do mundo natural culturalizado, no qual, à toda as luzes, o ser humano desempenha papel essencial³⁶. Para viver, o homem depende de uma rede de relações com os elementos da natureza, sem os quais não existiria

³⁶ Idem, p. 61.

nem desenvolveria.

Não podemos dizer que na Terra, habitem somente os seres humanos. Nela vivem todos as espécies de seres, desde os microorganismos, vírus, bactérias e fungos até os solos, as rochas, as águas, a atmosfera, os vegetais e os animais. Ou seja, na Terra habitam todos os ecossistemas vivos e inertes, com seus demais representantes. A preocupação de como fazer para que todos possam continuar existindo, desenvolvendo-se, interagindo no planeta Terra é o objetivo do direito ambiental. Para alcançá-lo, é necessário preservar e fortalecer as relações que todos mantêm entre si. Por isso o direito ambiental, não se ocupa com cada um dos seres tomados isoladamente (águas, florestas, animais e os seres humanos), preocupa-se com as relações que existem entre eles e de todos com os seus respectivos meios ambientes. Ou seja, o direito ambiental se ocupa com a comunidade de vida. O direito ambiental vive de relações, pois entende que o universo, a comunidade planetária e todos os seres vivem uns pelos outros, com os outros e para os outros, uma vez que tem a ver com tudo em todos os momentos, em todos os lugares e em todas as circunstâncias.

8. Conclusão

Em suma, o sistema legal brasileiro reconhece o direito ambiental como uma forma de gestão da Terra, de seus recursos e de estreitamento das relações de interdependências de todos com todos. Eleva a natureza à categoria de direitos positivados, pois que tais direitos só têm utilidade se sua existência estiver relacionada com a existência do homem e, destacou essa importância ao nível das normas constitucionais, art. 225 da Lei Fundamental, quanto ao nível da legislação ordinária.

Referências Bibliográficas

- ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 7. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- DERANI, Cristiane. *Direito Ambiental Econômico*. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *Ação Civil Pública e a Reparação do Dano ao Meio Ambiente*, 1. ed., São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.
- ODUM, Eugene P. *Ecologia*. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan S/A, 1988.
- ODUM, Eugene P. *Fundamentos de Ecologia*. Lisboa: Fundação Caluste Gulbenkian, 1988.
- SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. 4. ed, São Paulo: Malheiros, 2002.

DIREITO PENAL ECONÔMICO

Maurício Kalache (*)

Sumário: 1. Introdução - 2. Existência - 3. Autonomia - 4. Direito penal econômico e sistemas econômicos - 5. Direito penal econômico e constituição - 6. Conceito de delito econômico - 6.1. Critério criminológico - 6.2. Critério pragmático - 6.3. Critério processual - 6.4. Critério material - 7. Codificação x leis especiais - 8. Tipo penal nos crimes econômicos - 9. Conclusões - Bibliografia.

1. Introdução

A Sociedade dispõe de vários meios para controlar o comportamento de seus integrantes. A Família, a Igreja, a Escola, os Sindicatos e as Associações Não-Governamentais são instituições que, tanto quanto o Direito, desempenham o papel de controladores sociais ¹, impondo padrões *standards* de conduta.

Com efeito, na ordem jurídica, é o Direito Penal que se caracteriza como o mais severo controlador do indivíduo. A sua severidade é marcada pela sanção criminal, que em outros tempos chegou a prever a morte daquele que violasse seus preceitos.

* Professor Assistente de Direito Penal da Universidade Estadual de Maringá/PR e Promotor de Justiça.

¹ "Por Controle social se entende o conjunto de meios de intervenção, quer positivos quer negativos, acionados por cada sociedade ou grupo social a fim de induzir os próprios membros a se conformarem às normas que a caracterizam, de impedir e desestimular os comportamentos contrários às mencionadas normas, de restabelecer condições de conformação, também em relação a uma mudança do sistema normativo. (...)" (GARELLI, Franco, Controle social. In: BOBBIO, Alberto et al. *Dicionário de política*. Tradução Carmen C. Varrialle et al. 4. ed. Brasília: Edunb, 1992. v.1, p. 283).

A concepção democrática e liberal do Estado, porém, reclama a utilização mínima do Direito Penal, cujo emprego deve se restringir aos casos em que todos os outros meios de controle tenham se mostrado insuficientes para proteger os interesses sociais (princípio da intervenção mínima). Ainda quando seja necessária a utilização do Direito Penal, mesmo assim, só se justifica o seu emprego nas situações de ataques mais graves aos interesses individuais/sociais protegidos pelo Estado (*caráter fragmentário* do Direito Penal), guardando-se, em todos os casos, a proporcionalidade entre a gravidade/importância do ataque ao bem jurídico protegido e a espécie/quantidade da sanção criminal correspondente.

São muitos os momentos da vida social em que a presença do Direito Penal é justificada. A experiência histórica consolidou o campo de abrangência da intervenção penal no que se denomina *Direito Penal Clássico*.² No seu âmbito, estão selecionados os tradicionais crimes contra a pessoa, contra o patrimônio, contra a administração pública, etc.

Contudo, os novos tempos apontaram outras realidades sociais que passaram a reclamar a atenção do Estado e, em particular, do Direito Penal.³ É o que se deu em torno dos fenômenos econômicos, onde certas relações repercutem não só

² DIAS, Jorge de Figueiredo. Para uma dogmática do direito penal secundário. In: *Direito penal econômico e europeu*. textos doutrinários. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. p.35-74. v.1: Problemas gerais.

³ As Constituições promulgadas a partir da de Weimar se caracterizam pela presença no elenco de suas normas de instâncias de garantia de prerrogativas individuais, e concomitantemente de instâncias que traduzem imperativos de tutela de bens transindividuais ou coletivos, ou seja, os princípios do *Rechtsstaats* e, ao mesmo tempo, do *Sozialstaats*. Os primeiros configuram-se em preceitos asseguradores dos direitos humanos e da cidadania. Os segundos se fazem presentes na tutela de valores sociais. Ao incorporar os princípios do Estado liberal e do Estado social, e ao conciliá-los, as Constituições modernas renovam, de um lado, as garantias individuais, mas introduzem uma série de normas destinadas a tornar concretas, ou seja, 'reais', a liberdade e a igualdade dos cidadãos, tutelando valores de interesse geral como os pertinentes ao trabalho, à saúde, à assistência social, à atividade econômica, ao meio ambiente, à educação, à cultura, etc." (LUIZI, Luiz. Direito penal e revisão constitucional. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n.729, p. 369, jul. 1996.).

na vida dos indivíduos diretamente vinculados, mas a todo o conjunto da sociedade. O efeito geral dessas atividades econômicas justifica o interesse coletivo na sua regulamentação jurídica. O conjunto da regulamentação penal desses comportamentos de conteúdo econômico originou um setor de especialização das normas penais que se convencionou chamar *Direito Penal Econômico*⁴, que habita o que Figueiredo Dias denomina *Direito Penal Secundário*.⁵

A Associação Internacional de Direito Penal (A.I.D.P.) dedicou dois Congressos ao estudo da matéria (Roma, 1953 e Cairo, 1984), evidenciando o esforço dos penalistas em sistematizar a doutrina, desenvolvê-la e universalizá-la. Foi o décimo terceiro Congresso da A.I.D.P. (Cairo, 1984), porém, que fortaleceu mais as bases teóricas para o desenvolvimento dos estudos e da legislação penal econômica.

⁴ A propósito das diversas denominações empregadas, Eduardo Correia informa: "(...) Falam uns, na verdade, em direito penal económico ou da economia (*Wirtschaftsstrafrecht* – na Alemanha Federal; *droit pénal économique* – em França; *Straftaten gegen die Volkswirtschaft* – crimes contra a economia popular, na República Democrática Alemã; outros, sobretudo na América do Norte, sob a influência de Sutherland, de 'criminalidade de colarinho branco' – *white-collar criminality*; alguns, em criminalidade ocupacional (Clinard; Quinney); preferem outros empregar a expressão 'criminalidade das corporações' (*corporate crime*). Para uma parte da doutrina francesa, usa-se também a designação de '*droit pénal des affaires* – direito penal dos negócios, das empresas. (...)'" (CORREIA, Eduardo. Introdução ao direito penal económico. In: *Direito penal económico e europeu*. textos doutrinários. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. p. 293-324. v.1: Problemas gerais, p. 293). Ainda a respeito, João Marcello de Araújo Júnior assevera que: "Esta era uma questão que, até há pouco tempo, parecia definitivamente superada. Hoje, entretanto, renasce, com excepcional vigor. Vejamos. Dissemos linhas atrás que o Direito Penal Económico, embora seja Direito Penal, em sua origem inspirou-se no Direito Económico. Hoje, porém, existe quase irresistível tendência, que se sente em todo o mundo, de aproximá-lo do chamado Direito Empresarial. Isso parece-nos correto, pois uma economia de mercado pressupõe, fundamentalmente, uma atividade empresarial, daí a tendência a que o Direito Penal Económico no futuro venha denominar-se de Direito Penal de Empresa. (...)'" (ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello de. O direito penal económico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 25, p. 151). Não obstante, aqui se prefere a denominação *Direito Penal Económico*, posto que consagrada pela A.I.D.P. e seguida pela doutrina alemã, espanhola, portuguesa e brasileira.

⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Para uma dogmática do direito penal secundário*. p. 35-74.

Os participantes do Congresso reuniram-se antes em seus países de origem e produziram trabalhos preparatórios para o conclave, coligindo o conhecimento acumulado e noticiando suas experiências legislativas, oferecendo, com isso, o material de onde se extraiu o conteúdo para a formulação das dezenove recomendações, que constituem a síntese do Direito Penal Econômico até então conhecido.

O impulso dado pela A.I.D.P. é de valor inestimável. Vários países incrementaram suas legislações a partir daquela data e o interesse pela matéria disseminou-se pelo mundo.

Com efeito, os escritos preparatórios para aquele encontro constituem fonte obrigatória de pesquisa e de consulta.

O interesse pelo tema no Brasil também é crescente, a ponto de o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais ter promovido o Seminário Internacional de Direito Econômico (São Paulo, 1995), e para o evento organizado número especial de seu veículo de divulgação, onde se encontra precioso material de pesquisa.⁶

Destaque-se o esforço atual do Professor Luiz Regis Prado na divulgação e no estudo do tema, seja motivando seus discípulos a pesquisarem e publicarem dissertações e artigos a respeito, seja por meio de seus próprios escritos⁷.

Outras importantes fontes de pesquisa em Direito Penal Econômico Comparado são a doutrina, a legislação e a jurisprudência alemã, espanhola, argentina e portuguesa.

Vê-se, pois, que a tendência à especialização é irreversível e os centros de estudos universitários incrementam cursos de pós-graduação ligados ao tema penal-econômico.

Adverte-se, porém, que “apesar dos numerosos e prolongados esforços científicos dedicados à Ciência do Direito, à Criminologia, à Política Criminal e ao Direito Penal, os conceitos de ‘Direito Penal Econômico’ e ‘delito econômico’ não são claros e nem unívocos, especialmente no âmbito das investigações comparadas.”⁸

⁶ *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n.11.

⁷ PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal Econômico*. São Paulo: RT, 2004.

⁸ TIEDEMANN, Klaus. *Poder econômico y delito*. Barcelona: Ariel, 1985. p.9.

Com efeito, “[as] tentativas em precisar conceitualmente a natureza, o objeto e os fins da disciplina traduzem esforços permanentes da doutrina e ainda não exauridos.”⁹

2. Existência

Já foi colocada em dúvida a existência de um Direito Penal Econômico.¹⁰ Argumentou-se que há um só Direito Penal, que não admite divisões. Foi dito, também, que a categoria *delito econômico* era falsa, pois não estava construída sob a noção de bem jurídico.¹¹

De fato, não se trata realmente de um *novo* Direito Penal e menos ainda de algo cientificamente autônomo. Trata-se, apenas, de um setor da ordem jurídico-penal específico, um capítulo, centrado na proteção de interesses distintos de outros, o que permite reconhecer que no Direito Penal há várias “famílias” de delitos, tais como os crimes contra a *vida*, a *honra* e a *propriedade* e, nesse sentido, é que existem os crimes contra a *economia*.¹²

O reconhecimento da existência de um delito econômico depende de se admitir ou não a intervenção do Estado na economia e só o modelo liberal clássico e o ‘Estado gerdarme’

⁹DOTTI, René Ariel. O direito penal econômico e a proteção do consumidor. In: DOTTI, René Ariel. *Reforma penal brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 1988. p. 204.

¹⁰SOLER, Sebastián. El llamado derecho penal económico. *Revista Mexicana de Derecho Penal*, México, n.17/34, 1975 *apud* PEÑA CABRERA, Raul. El bien jurídico en los delitos económicos: com referencia al código penal peruano. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, n.11, p. 36-39, jul.-set. 1995. p. 41.

¹¹RIGHI, Esteban. *Derecho penal economico comparado*. Madrid: Edersa, 1991. p. 289; AFTALIÓN, Enrique. El bien jurídico tutelado por el derecho penal económico. *Revista de Ciencias Penales*, v. 25, n. 2, p.79-91, maio-ago. 1996. p. 80-82.

¹²AFTALIÓN, *op. cit.*, p. 80-82.

negam essa intervenção.¹³

Com efeito, não se pode negar a presença de normas penais vinculadas à regulamentação econômica, o que, por si só, já atesta a existência do Direito Penal Econômico.

3. Autonomia

O Direito Penal Econômico, em que pese a especificidade de seus conteúdos, é apenas um ramo do Direito Penal tradicional e, por isso, deve guardar os seus princípios gerais, não se aceitando a tese de sua autonomia dogmática.¹⁴

No mesmo sentido, é a *Recomendação* nº 6, da A.I.D.P.: “Não obstante as peculiaridades do Direito Penal Econômico e da empresa, deveriam aplicar-se os princípios gerais do Direito Penal, especialmente aqueles que protegem os direitos humanos.”¹⁵

¹³ “A tese negativa está diretamente vinculada à concepção de ‘Estado gerdarme’, para o qual, como sabemos, os únicos titulares de bens jurídicos são os particulares. Dessa forma, sobre a qual se configurou a codificação penal clássica, é certo que não há espaço para a existência de um direito penal econômico, já que o Estado não devia intervir na economia. O conteúdo dessa codificação se limitava a dar proteção aos direitos fundamentais do homem, isto é, a reconhecer bens jurídicos individuais, ficando a noção de bem coletivo limitada à organização institucional do poder político. (...) É por isso que não é validada a opinião de Soler, a ponto de converter-se em tão utópica como a noção de ‘Estado gerdarme’ da qual provêm. É que na realidade não existe um Estado tão pouco intervencionista como o imaginado pelos teóricos da ‘mão invisível’, já que ainda nos países cujos sistemas econômicos estão submetidos às forças do mercado existe um direito penal econômico. Sustentar que o direito penal econômico não existe é tão incerto quanto impossível encontrar uma comunidade que não castigue o contrabando ou a fraude fiscal. Claro que se pode alegar que esses comportamentos não são delitos econômicos, considerando que o bem jurídico é a propriedade do Estado (...), mas não é possível negar a existência de delitos econômicos no âmbito da defesa da concorrência, e isso ocorre (...), precisamente, nos países de economia altamente industrializada.” (RIGHI, op. cit., p.290).

¹⁴ PIMENTEL, Manoel Pedro. *Direito penal econômico*. São Paulo: RT, 1973. p.15; BUJÁN PÉREZ, Carlos Martínez. *Derecho penal económico: parte geral*. Valencia: Tirant Lo Blanc, 1998. p. 20-29; RIGHI, op. cit., p. 303.

¹⁵ TIEDEMANN, Klaus. *Poder econômico y delito*. p. 183.

4. Direito penal econômico e sistemas econômicos

A Ciência Econômica conceitua e delimita mais de um modelo de economia nacional. As vicissitudes de cada sistema econômico determinam qual o papel que caberá ao Estado desenvolver. O liberalismo econômico ou a planificação global importam maior ou menor intervenção do Estado na economia.

Contudo, tanto em um quanto em outro modelo econômico, verifica-se, igualmente, a presença da regulamentação penal na vida econômica, sendo certo que apenas a gradação intervencionista é que espelhará a proposta ideológica de cada um dos modelos.

Como já foi noticiado, a Associação Internacional de Direito Penal, no XIII Congresso temático, epigrafado sob o título "O conceito e os princípios fundamentais de Direito Penal Econômico e da Empresa", assentou dezenove *Recomendações* a respeito do tema, onde a primeira delas evidencia o caráter contemporâneo e universal da regulamentação penal econômica. Senão, veja-se: "A delinqüência econômica e da empresa afeta com freqüência ao conjunto da economia ou a setores importantes da mesma e resulta hoje de especial interesse em numerosos países *independentemente de seus sistemas econômicos.*" (sem grifo no original).

Destaca-se, pois, que "a existência do direito penal econômico não está condicionada a nenhuma forma de organização econômico-social, podendo encontrá-lo tanto no capitalismo como no socialismo, sendo inclusive idêntica sua função técnico-formal, já que sempre consiste em prevenir e reprimir atos que infringem proibições."¹⁶

Há, porém, diferentes funções político-criminais em cada um dos modelos.

A política criminal no capitalismo "está destinada a preservar a economia de mercado, sendo seu exemplo mais eloqüente a legislação de defesa da concorrência."¹⁷

Enquanto isso, em um modelo socialista, "é freqüente incriminar a violação de proibição ao exercício de atividades

¹⁶ RIGHI, op. cit., p.293.

¹⁷ Id. Ibid, p.293.

reservadas ao Estado, ou, por exemplo, ao comércio de divisas (...), podendo oferecer-se na América Latina o exemplo cubano.”¹⁸

5. Direito penal econômico e constituição

Na regulamentação do Direito Penal Econômico, como de resto em todo o Direito Penal, a fonte privilegiada de inspiração deve ser a Constituição.¹⁹

É de se consultar, pois, o texto constitucional para se saber da existência de vetores de incriminação em matéria econômica e, em particular, para certificar-se se existe um determinado modelo de política econômica a que o legislador ordinário deve observância ou se, ao contrário, o constituinte não demarcou o perfil econômico do Estado, deixando livre a atividade legislativa infraconstitucional.²⁰

Se houver um modelo econômico a se proteger, a “função primária do Direito Penal Econômico é a proteção da ‘constituição econômica’, quer dizer, das estruturas que caracterizam o modelo econômico vigente em um determinado momento histórico.”²¹

Observe-se, porém, que não toca ao Direito Penal a missão imediata de assegurar a eficácia de um determinado modelo

¹⁸ Id. Ibid

¹⁹ “O legislador deve sempre basear-se na Constituição e nos valores nela consagrados para definir os bens jurídicos, tendo em conta o caráter limitativo da tutela penal. Aliás, o próprio conteúdo liberal do conceito de bem jurídico exige que sua proteção seja feita tanto pelo Direito Penal, como ante o Direito Penal. Encontram-se, portanto, na norma constitucional, as pautas substanciais vinculantes para a incriminação ou não de condutas.” (PRADO, Luiz Regis. *Direito penal ambiental: problemas fundamentais*. São Paulo: RT, 1992. p. 59).

²⁰ TIEDEMANN, Klaus. *Leciones de derecho penal económico: comunitario, español, alemán*. Barcelona: PPU, 1993. p. 126; VALLE, Carlos Pérez. *Introducción al derecho penal económico*. In: *Curso de derecho penal económico*. Madrid: Marcial Pons, 1998. p. 26; ARAÚJO JÚNIOR, João Marcelo de; SANTOS, Marino Barbero. *A reforma penal: ilícitos penais econômicos: atos do 1º Colóquio Hispano-Brasileiro de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 86-88.

²¹ PEDRAZZI, Cesare. *El bien jurídico en los delitos económicos*. In: *Los delitos socio-económicos*. Universidade de Madrid, 1985. p. 285.

econômico, como também não é tarefa sua assegurar o sucesso de uma contingente política econômica.

Aqui, mais do que em qualquer área de sua influência, o Direito Penal é acessório e subsidiário. Em outras palavras, o legislador não deve eleger o Direito Penal para alcançar metas programáticas da política econômica. Outros ramos do direito podem servir a esse *desideratum*. Em especial, o Direito Econômico, o Direito Administrativo (incluído aí o Direito Tributário), o Direito Comercial, o Direito do Trabalho e o Direito Civil podem ser chamados para dotar de juridicidade certos programas econômicos.²²

A atuação do Direito Penal, na conformação da economia nacional, se dá indiretamente, posto que lhe cabe emprestar a sua sanção a esses outros setores do ordenamento jurídico, não sem antes submeter-se às restrições impostas pelo *princípio da intervenção mínima* e observada a descontínua cobertura penal (caráter fragmentário).²³

Nesse sentido, é a Recomendação n° 2, da A.I.D.P. (Cairo - 1984):

O Direito Penal constitui somente uma das medidas para regulamentar a vida econômica e para sancionar a violação das regras econômicas. Normalmente, o Direito Penal desempenha papel subsidiário, mas, em determinados setores, o Direito Penal é de primeira importância e prevê meios mais apropriados para regulamentar a atividade econômica. Em tais casos o Direito Penal implica uma menor intervenção na vida econômica do que o Direito Administrativo ou o Comercial.²⁴

²² BASOCO, Juan Terradillos. *Derecho penal de la empresa*. Madrid: Trotta, 1995. p. 17-18.

²³ TIEDEMANN, Klaus. *Poder económico y delito*. p. 21; BASOCO, op. cit., p. 17-18; CORREIA, Eduardo. Introdução ao direito penal económico. In: *Direito penal económico e europeu*. textos doutrinários. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. p. 293-324. v.1: Problemas gerais, p. 304.

²⁴ TIEDEMANN, Klaus. *Poder económico y delito*. p. 183.

Assim também, é a Recomendação n^o 14, segundo a qual: “Normalmente deveria fomentar-se a introdução de meios administrativos e civis (comerciais) antes de se incriminar determinados atos ou omissões prejudiciais à vida econômica.”²⁵

Afirma-se que o Direito Penal Econômico “não reflete só as grandes opções históricas do legislador, o modelo de economia e de sociedade que se concretiza na ‘constituição econômica’: a legislação penal está submetida também a pressões contingentes, determinadas por imperiosas necessidades do momento.”²⁶

A intervenção penal econômica “tende a dilatar-se em situações de emergência econômica”, especialmente em tempos de guerra, onde se torna mais aguda a sua presença e mais severas as suas penas.²⁷

Dai a marcante relatividade histórico-geográfica do Direito Penal Econômico, muitas vezes sujeito às forças político-sociais dominantes.²⁸

6. Conceito de crime econômico

O conceito de delito econômico é um dos vários pontos controvertidos da doutrina sistematizadora do Direito Penal Econômico. Nesse sentido, são apresentados alguns critérios para a sua delimitação.

A propósito, veja-se:

²⁵ Id. Ibid

²⁶ PEDRAZZI, op. cit., p. 285.

²⁷ Id. Ibid, p. 286.

²⁸ Id. Ibid, p. 285.

6.1. Critério criminológico

A influência dos estudos sociológicos de Edwin H. Sutherland levaram, em um primeiro momento, à definição do crime econômico a partir de um modelo de autor (o *'white collar crime'*), concebido como uma pessoa influente e de elevado *status* social, que, a pretexto de exercer legítima atividade profissional, lesa o patrimônio de suas incontáveis vítimas.²⁹

Logo se percebeu, porém, que centrar o conceito de delito na pessoa do delinqüente é negar postulados básicos de um direito penal democrático e liberal, cedendo passo a um totalitário direito penal do autor.³⁰

Com efeito, nem os sujeitos têm uma predisposição somática ou psíquica para delinqüir, nem se pode admitir que o poder econômico sempre leve o seu titular a praticar crimes. Não se ignora que o elevado *status* social de quem tem influência econômica sobre o mercado possa favorecê-lo a transitar, com impunidade, sob práticas, no mínimo, limítrofes do ilícito. Em qualquer caso, porém, delinqüente é quem pratica um delito e não simplesmente quem provém de uma classe social determinada (ricos ou pobres), tampouco que tenha certas características físicas que o individualizam. Não há, portanto, como se admitir um conceito de *delinqüência econômica*, senão vinculado ao conceito de *delito econômico*, únicos capazes de extremar o direito penal da criminologia positivista.³¹

²⁹ SANGUINÉ, Odone. Introdução aos crimes contra o consumidor: perspectiva criminológica e penal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n.675, p. 314-330, jan. 1992. p. 316-318.

³⁰ "(...) O caminho de se recorrer a uma tipologia de agente para definir o direito penal econômico, esquece que toda a legislação criminal, num Estado social de direito, há de passar, fundamentalmente, pela definição dos bens jurídicos ou valores que pretende proteger e pela descrição do *modus operandi* que os viola ou põe em perigo: — não poderá ser, pois, um simples direito penal de 'agentes'. (...)" (CORREIA, op. cit., p. 310).

³¹ MUÑOZ CONDE, Francisco. Princípios policriminales que inspiran el tratamiento de los delitos contra el orden socioeconómico en el proyecto de código penal español de 1994. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, v.11, p. 5-20, jul.-set. 1995. p. 8.

6.2. Critério pragmático

À medida que o legislador foi percebendo a necessidade de incriminar novas condutas de carácter económico, não enquadráveis nos tipos legais dos crimes patrimoniais clássicos, surgiram novos grupos de delitos afins, reunidos por força de necessidades conjunturais. Assim é que surgiu um critério prático de identificação dos crimes económicos.³²

Sob essa ótica pragmática, propôs-se a reunião dos tipos penais de acordo com a direção do ataque e com as características vitimológicas dos titulares dos bens jurídicos a serem tutelados.³³

Assim, embora as fronteiras entre os diversos setores económicos não sejam precisas e eles muitas vezes se inter-relacionem, os delitos económicos poderiam ser ordenados de acordo com o âmbito de proteção: economia nacional, economia de empresa, economia financeira estatal, coletividade (partes contratantes e consumidores).³⁴

Destarte, quatro grupos se individualizariam: i. os crimes relacionados com bancos, bolsas de valores, sistema de crédito, seguros, livre concorrência, garantia de abastecimento, desvios de fundos privados, insolvência, propriedade industrial, marcas e patentes; ii. os relacionados com o erário público, aduaneiros, fraudes nas subvenções, obtenções fraudulentas de lucro e suborno; iii. ainda, os relacionados com trabalho de menores, seguridade social, fraudes alimentícias e meio ambiente; iv. finalmente, estelionato e usura.³⁵

Certo é, porém, que tal critério não tem validade universal, posto que casuístico e pontuado pelas variantes histórico-culturais de cada país interessado em organizar o seu Direito Penal Económico.

³² RIGHI, op. cit., p. 317; KAISER, Günter. La lucha contra la criminalidad económica: análisis de la situación en la República Federal de Alemania. In: *Los delitos socio-economicos*. Universidade de Madrid, 1985. p. 178-179.

³³ KAISER, op. cit., p. 178-179.

³⁴ Id. Ibid, p. 178-179.

³⁵ Id. Ibid

6.3. Critério processual

Outro critério buscado liga o delito econômico à dificuldade operacional de investigá-lo e julgá-lo, a partir do que, sob critério *processual*, estabelece-se quais os delitos que devem ser julgados por Tribunais especializados na matéria, caracterizada pelas dificuldades econômico-contábeis de compreendê-la.³⁶

6.4. Critério material

Julgando-se insatisfatórios os critérios criminológico, pragmático e processual, busca-se delinear o crime econômico a partir de seu conteúdo, sua substância, reportando-se, para tanto, ao bem jurídico atingido com sua prática. Esse é o denominado critério material.³⁷

Considera-se o Projeto Alternativo de Código Penal Alemão de 1977 um ponto de partida na busca pelo conceito de delito econômico.³⁸

Os autores do Projeto, dentre os quais Klaus Tiedemann,

³⁶ “Este critério processual foi acolhido pelo parágrafo 74 c da lei alemã de organização dos tribunais, quando, para fixar a competência das Câmaras Penal-Econômicas, se incluem praticamente todos os delitos contra a propriedade e o patrimônio ‘desde que para a decisão do caso se requeira especiais conhecimentos da vida econômica.’” (TIEDEMANN, Klaus. *Poder econômico y delito*. p. 12). Esteban Righi noticia que também na Argentina se observou esse critério. (RIGHI, op. cit., p. 317-318).

³⁷ “O direito penal econômico constitui quicá um dos setores da parte especial em que a utilização do conceito de bem jurídico é mais árdua e problemática: nele os objetos merecedores de tutela são mais difíceis de assinalar e recortar. Em sua extrema complexidade, o fenômeno econômico afeta uma série de interesses de distinta natureza, entre os quais existe uma relação dialética que oscila entre a convergência e o antagonismo: interesses individuais e de grupo, interesses ‘difusos’ e interesses referidos à comunidade considerada de forma unitária.” (PEDRAZZI, op. cit., p. 282-283).

³⁸ Com efeito, “[na] ciência penal alemã se afirma geralmente que a noção de Direito Penal Econômico corresponde ao de ‘delito contra a economia’ do *Projeto alternativo* (1977).” (TIEDEMANN, Klaus. *Lecciones de derecho penal económico: comunitario, español, alemán*. p. 32).

propunham um Título específico para tratar das infrações penais econômicas, dentro do qual foram indicadas as que se relacionam com: a) concorrência e consumidores (limitação da concorrência, incluindo o boicote e as estratégias de coação, corrupção de empregados, publicidade enganosa e fraudes no ajuste de contratos); b) empresas (sabotagem, revelação de segredos econômicos, difamação no tráfego econômico, lesão do direito ao nome comercial (*Fiermenrechtsverletzung*)); c) meios de pagamento e crédito (abusos em cheques, cartão de crédito e letras de câmbio, fraudes no crédito, utilização de dados incorretos em prospectos de propaganda e falsos conselhos nos investimentos de capital); d) bolsas de valores (utilização abusiva de informações por *insider* e conselhos enganosos no movimento de valores na bolsa); e) concurso de credores e prestação mercantil de contas (falsificação de balanços, etc.); f) finanças públicas (fraudes fiscais e fraudes na obtenção de subvenções). Dispunha-se, ainda, sobre crimes de computação, atentados contra os direitos autorais e de invenção, fraudes nos seguros, usura e um tipo especial de infidelidade (*Untreue*).³⁹

Em que pese o legislador alemão não tenha seguido a proposta tal como officiosamente se apresentou, o certo é que esse trabalho influenciou a doutrina e a legislação européia, dentre as quais a espanhola e a portuguesa.⁴⁰

Foi afirmado que o crime econômico atinge o patrimônio de um número indeterminado de pessoas, podendo provocar abalos em setores inteiros da economia.⁴¹ Frisa-se, pois, que esses delitos afetam bens jurídicos coletivos ou supra-individuais da economia.⁴²

³⁹ TIEDEMANN, Klaus. *Poder econômico y delito*. p. 32.

⁴⁰ BUJÁN PÉREZ, op. cit., p. 37-56.

⁴¹ "A delinquência econômica e da empresa afeta com freqüência ao conjunto da economia ou a setores importantes da mesma e resulta hoje especial interesse em inúmeros países independentemente de seus sistemas econômicos." (Recomendação nº 01 - XIII Congresso Internacional da Associação Internacional de Direito Penal sobre "O conceito e os princípios fundamentais de Direito Penal Econômico e da Empresa" (Cairo - 1984). (TIEDEMANN, Klaus. *Poder econômico y delito*. p. 183).

⁴² TIEDEMANN, Klaus. *Poder econômico y delito*. 1985, p. 12. e *Lecciones de derecho penal económico*: comunitario, español, alemán. p. 32; BASOCO, op. cit., p. 45-50.

Na Recomendação nº 5 (A.I.D.P./1984) consta:

Na maioria dos casos, o Direito Penal tutela nesse âmbito bens jurídicos coletivos, não unicamente individuais. A maior parte destes bens jurídicos coletivos são mais difíceis de determinar e de defender do que os bens jurídicos individuais, por causa de seu caráter particularmente complexo e difuso. Por isso, existe uma necessidade especial de proteger estes interesses coletivos. Sua proteção a cargo da lei deveria estar incluída no Código Penal.⁴³

Destaca-se, portanto, que a afetação de interesses supra-individuais é, em princípio, um pressuposto para que uma figura delitiva possa ser considerada delito econômico (ex.: crimes fiscais, obtenção fraudulenta de subvenções, contra a livre concorrência, etc). Admite-se, porém, que certas infrações penais, embora atingindo de forma imediata bens jurídicos individuais, também possam ser incluídas entre os crimes econômicos. Isso se dá nos casos em que os delitos patrimoniais clássicos (estelionato, extorsão, suborno, etc.) “se dirigem contra patrimônios supra-individuais (como nos casos de obtenção fraudulenta de subvenções ou créditos estatais) ou quando constituam *abuso de medidas e instrumentos da vida econômica* (como nas hipóteses de abuso no emprego de cheques sem fundos, abusos com títulos de crédito ou apresentação de um falso balanço).”⁴⁴

É, como se vê, muito tênue a linha divisória entre os crimes patrimoniais clássicos e os crimes econômicos.

Ambos, como é evidente, têm conteúdo patrimonial. O que os distinguem, porém, é a indicação da titularidade do patrimônio atingido.

Nas figuras tradicionais do furto, do estelionato, da apropriação indébita, da extorsão, etc., o bem jurídico lesado é o patrimônio individual da(s) vítima(s) determinadas/determináveis, enquanto que nos crimes econômicos é

⁴³ TIEDEMANN, Klaus. *Poder económico y delito*. p. 183.

⁴⁴ TIEDEMANN, Klaus. *Poder económico y delito*. p. 12-18; BUJÁN PÉREZ, op. cit., p. 59-95.

indeterminado o número de vítimas da ação criminosa.

Esse critério, porém, é válido apenas para o fim de distinguir os crimes econômicos dos crimes patrimoniais clássicos e não para isolá-los de todos os demais tipos legais de crimes, porquanto também em outros casos tutela-se o interesse coletivo em oposição aos interesses individuais. É o que se dá, por exemplo, com os crimes contra a saúde pública onde o bem jurídico tutelado também é de natureza coletiva.⁴⁵

Por certo, “[o] patrimônio individual deve ser resguardado pela lei penal por meio dos crimes tradicionais cuja existência, desde sempre, revelou a preocupação comunitária com a defesa da pessoa, em seus múltiplos aspectos.”⁴⁶

Contudo, urge reconhecer a necessidade de se prever outras figuras delitivas, na certeza de “os crimes contra a ordem econômica merecem a reprovação máxima, não pelos danos que possam causar aos indivíduos, mas à coletividade como um todo.”⁴⁷

Pode-se questionar se os tradicionais modelos típicos já não seriam suficientes para fazer frente à delinquência econômica.

A resposta negativa se impõe, à medida que “se observe atentamente o desenvolvimento da vida econômica e sua regulamentação jurídica.” Será descoberto que “sua crescente complexidade tem dado lugar a interesses de múltiplas faces cuja cobertura e valoração se torna praticamente impossível com as descrições clássicas dos delitos patrimoniais.” Exemplo disso é o acesso a informações econômicas privilegiadas, que garantem a certas pessoas a obtenção oportunista de lucros (*insiders*), bem como o desvio de recursos no direito societário e, ainda, nos casos de empresas consorciadas, onde a matriz ordena à filial que pratique operações que lhe são particularmente

⁴⁵ “ou não, não é nada novo para o direito penal. Os códigos do [século] XIX protegiam interesses coletivos: a moral pública, os bons costumes, a religião, etc.” (ZAPATERO, Luis Arroyo. Derecho penal económico y constituición. *Revista Penal*, v. 1, n. 1, p. 2.

⁴⁶ ARAÚJO JÚNIOR, op. cit., p. 38.

⁴⁷ Id. *Ibid*

desfavoráveis, visando a lucros apenas para as demais consorciadas.⁴⁸

Sem perder de vista o último critério apontado, outra distinção se faz necessária sobre o delito econômico, classificando-o em sentido amplo e em sentido estrito.

É considerado crime econômico em sentido estrito os atentados contra a atividade interventora e reguladora do Estado na economia e em sentido amplo todas as infrações à atividade de produção, distribuição e consumo de bens e serviços.⁴⁹

Há uma tendência internacional em adotar o conceito amplo do direito penal econômico, posto que assim se permite “considerar como delitos econômicos não só os atos puníveis dirigidos contra a planificação estatal da economia, senão todo o conjunto dos delitos relacionados à atividade econômica e dirigidos contra as normas estatais que organizam e protegem vida econômica.” Esta foi a tônica dada pelo XIII Congresso da Associação Internacional de Direito Penal (1984).⁵⁰

Argumenta-se, porém, que “as conseqüências inevitáveis desta concepção extensiva são as evidentes dificuldades para delimitar o âmbito da disciplina, e precisar a noção do que deve entender-se por delito econômico, o que é definido como a infração que, afetando a um bem jurídico patrimonial individual, lesiona ou põe em perigo em segundo termo a regulação jurídica

⁴⁸ TIEDEMANN, Klaus. *Poder econômico y delito*. p. 28; BASOCO, op. cit., p. 26.

⁴⁹ TIEDEMANN, Klaus. *Poder econômico y delito*. p. 18-20.

⁵⁰ Id. Ibid, p. 18. Em sentido contrário, Esteban Righi, para quem o conceito estrito de crime econômico é único “que resulta útil, pois ficam compreendidas tanto as hipóteses de intervenção anticrise como as de promoção do desenvolvimento; as hipóteses de proteção da economia de mercado e também a tutela de instrumentos de destinação obrigatória de recursos. Assim, pertence ao direito penal econômico tanto o monopólio que afeta a livre concorrência como as hipóteses de lesão a medidas estatais que impedem o acesso ao mercado a determinadas pessoas como, por exemplo, um investidor estrangeiro. Em todos os casos, o tutelado são bens jurídicos supra-individuais, ainda que subsidiariamente possam encontrar também proteção em interesses particulares, como os do competidor afetado pelo ato monopólico, ou do investidor nacional deslocado pelo estrangeiro que acendeu ao mercado proibido.” (RIGHI, op. cit., p. 321).

da produção, distribuição e consumo de bens e serviços.”⁵¹

Adverte-se, pois, que a acepção ampla de delito econômico retira a precisão conceitual do Direito Penal Econômico, perdendo-se a possibilidade de se “identificar um bem jurídico comum a todas e cada uma das diversas infrações delitivas.”⁵²

Com isso, esse novo ramo do Direito Penal corre o risco de ser diluído no tradicional e bem delimitado Direito Penal Patrimonial ou, quando não, cria-se a possibilidade de se duplicar as mesmas figuras típicas desnecessariamente.⁵³

Contudo, certo é que não há e ainda não se logrou isolar a nota essencial da categoria, que possa, com segurança, permitir a identificação de todas as hipóteses que mereçam acolhida sob a rubrica *crime econômico*.

No caso brasileiro, além de se buscar inspiração no Direito Comparado, antes de se aprimorar a legislação penal econômica, é necessário criar um banco de dados estatísticos para que se possa aquilatar em que setores é necessário implementar normas incriminadoras e qual o universo de situações a serem circunscritas no tipo penal. Afinal, “só quando se conhecem os fenômenos reais da delinquência econômica se pode decidir com segurança que matérias vão ser regulamentadas e de que forma.”⁵⁴

Não obstante, a matéria penal tributária é, sem sombra de dúvidas, incluída entre os crimes econômicos e “tem em muitos países uma larga tradição doutrinária e por isso pertence à parte dogmática particularmente desenvolvida do Direito Penal Econômico.”⁵⁵

⁵¹ Id. *Ibid.*, p. 321.

⁵² MUÑOZ CONDE, *op. cit.*, p. 10.

⁵³ Id. *Ibid.*, p. 10.

⁵⁴ TIEDEMANN, Klaus. *Poder econômico y delito*. p. 44; ARAÚJO JÚNIOR; SANTOS, *op. cit.*, p. 79-81.

⁵⁵ TIEDEMANN, Klaus. *Lecciones de derecho penal económica: comunitario, español, alemán*. p. 41.

7. Codificação x leis especiais

Os autores do Projeto Alternativo propunham a unificação das infrações penais econômicas sob um único Título. A Espanha e Portugal seguiram essa orientação metodológica.⁵⁶

Contudo, na maioria dos países⁵⁷, inclusive na própria Alemanha⁵⁸, os crimes econômicos estão previstos em diversas leis especiais.

No Brasil, a matéria penal econômica também está espalhada pelo Código Penal e por diversas leis extravagantes, o que dificulta muito a sua sistematização.

Aconselha-se a reunião das principais infrações penais econômicas no Código Penal, reservando para a lei especial os crimes de menor potencial ofensivo⁵⁹ e sempre “quando o conteúdo da incriminação estiver de maneira muito íntima ligado à matéria extrapenal” - p. ex.: crimes eleitorais, de imprensa, antidrogas e de responsabilidade política.⁶⁰

Argumenta-se que a inserção dos crimes econômicos no Código Penal torna o tema mais conhecido e desperta mais interesse dos acadêmicos e dos operadores práticos do direito.⁶¹

No caso espanhol, optou-se por inserir a matéria penal econômica em seu Código Penal (1995), enquanto os portugueses decidiram reunir a matéria em uma lei especial (1984/1995).

⁵⁶ BUJÁN PÉREZ, op. cit., p. 37-56.

⁵⁷ Na Itália, a proposta codificadora do Projeto Alternativo alemão não teve ressonância. O Direito Penal econômico convive com uma “enorme dispersão” da regulamentação positiva da matéria. (Id. Ibid, p. 42-43).

⁵⁸ “Uma *codificação* completa do Direito Penal Econômico (como a prevista nas propostas do anteprojeto do Novo Código Penal Espanhol de 1980, 1983 e 1992), não existe na Alemanha. Os delitos econômicos se encontram dispersos no Código penal e, sobretudo, nas leis penais especiais, ainda que um modelo de codificação oferece os “Delitos contra a economia” no mencionado Projeto Alternativo de 1977.” (TIEDEMANN, Klaus. *Lecciones de derecho penal económico*. p. 33).

⁵⁹ TIEDEMANN, Klaus. *Poder econômico y delito*. p. 32. Nesse sentido, a Recomendação nº 4 (A.I.D.P - Cairo, 1984). (Id. Ibid, p. 182).

⁶⁰ ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello de. *Dos crimes contra a ordem econômica*. São Paulo: RT, 1995. p. 30.

⁶¹ TIEDEMANN, op. cit., p. 33.

Na busca pela organização da legislação penal econômica, não se pode impor fronteiras estanques, erigidas sob um desnecessário purismo sistemático. Seja em um Código Penal ou em uma legislação especial, em qualquer caso, não há como evitar que certas infrações penais econômicas localizem-se em outros Títulos ou em outras leis especiais.

Contudo, a eficácia da norma penal não depende de sua “localização topográfica”, mas de “uma adequada construção dos tipos e [da] sua real aplicação.”⁶²

8. Tipo penal nos crimes econômicos

A descrição da conduta proibida nessa matéria é tarefa árdua, porquanto “a criminalidade econômica constitui um fenômeno complexo que requer o conhecimento de aspectos que não são jurídicos-penais em sentido estrito.”⁶³

Nota constante nos tipos penais econômicos é a presença de elementos normativos, de cláusulas gerais e da técnica de reenvio (lei penal em branco) na construção do tipo legal dos crimes econômicos.⁶⁴

A fim de facilitar a comprovação da infração penal, já se aconselhou a descrição da conduta na forma de crimes de perigo abstrato e também já se propôs a eliminação/redução de elementos subjetivos nesses tipos de delito.⁶⁵

Com rara frequência, são previstas figuras culposas entre os crimes econômicos.⁶⁶

Apesar da complexidade da matéria econômica, não se pode admitir flexibilizações nos princípios cardeais do direito penal democrático e liberal, notadamente no que respeita aos axiomas da legalidade/taxatividade.

⁶² PRADO, Luiz Regis. *Direito penal ambiental: problemas fundamentais*. p. 34.

⁶³ VALLE, op. cit., p. 19.

⁶⁴ TIEDEMANN, Klaus. *Poder econômico y delito*. p. 4; BUJÁN PÉREZ, op. cit., p. 120-130; BASOCO, op. cit., p. 36/51-58.

⁶⁵ TIEDEMANN, Klaus. *Poder econômico y delito*. p. 36; BUJÁN PÉREZ, op. cit., p. 173; VALLE, op. cit., p. 31-32; ARAÚJO JÚNIOR, op. cit., p. 50-52.

⁶⁶ BUJÁN PÉREZ, op. cit., p. 160.

Daí que, apesar das necessidades de uma especial técnica legislativa a ser empregada na matéria, deve-se descrever a conduta com a máxima precisão, evitando-se, o quanto possível, as cláusulas gerais e, quando empregadas, deve-se interpretá-las restritivamente.⁶⁷

Embora a lei penal em branco ofereça estabilidade à norma principal⁶⁸, tornando mais fácil “a necessária coordenação entre as normas penais e as disposições administrativas (u.g., leis, regulamentos, portarias)”⁶⁹, certo é que a sua presença, em demasia, oferece o risco de uma excessiva delegação de poder legis perante à Administração, razão pela qual a técnica de remissão às instâncias normativo-administrativas deve, no que for possível, ser evitada, descrevendo-se a conduta e o resultado proibidos no próprio tipo penal.⁷⁰

Observa-se que “o emprego de tipos delitivos de perigo abstrato é um meio válido para a luta contra a delinqüência econômica e de empresa, sempre e quando a conduta proibida pelo legislador venha especificada com precisão e contanto que a proibição se refira diretamente a bens jurídicos claramente determinados. A criação de delitos de perigo abstrato não está justificada quando obedeça exclusivamente ao propósito de facilitar a prova dos delitos.”⁷¹

9. Conclusões

1. O Direito Penal Econômico habita o que Figueiredo Dias denomina *Direito Penal Secundário*, âmbito de proteção de novos interesses sociais, dentre os quais a tutela de bens jurídicos supra-individuais.

2. No Brasil é crescente o interesse acadêmico pelo estudo e sistematização legislativa da matéria.

3. O Direito Penal Econômico é apenas um setor de especialização da dogmática penal, razão pela qual deve

⁶⁷ Recomendação n° 7. (TIEDEMANN, Klaus. *Poder econômico y delito*. p. 183).

⁶⁸ PIMENTEL, Manoel Pedro. *Direito penal econômico*. p. 50.

⁶⁹ PRADO, Luiz Regis. *Direito penal ambiental: problemas fundamentais*. p. 43.

⁷⁰ Recomendação n° 8. (TIEDEMANN, Klaus. *Poder econômico y delito*. p.183).

⁷¹ Recomendação n° 9. (Id. *Ibid*, p. 183).

observar-lhe os princípios gerais de garantia.

4. O Direito Penal Econômico está presente em qualquer modelo de economia nacional.

5. Há conceitos criminológicos, pragmáticos, processuais e materiais de crime econômico.

6. A experiência comparativa revela que a matéria ora encontra-se reunida no Código Penal, ora em Leis Especiais, sendo também encontrados casos em ela está dispersa por toda a legislação penal em vigor, o que dificulta muito o seu estudo, sistematização e aplicação.

7. O tipo penal nos crimes econômicos é formado por elementos normativos, cláusulas gerais, sendo comum à utilização da técnica de reenvio (leis penais em branco), fórmulas que, no possível, devem ser limitadas a bem dos princípios penais de garantia.

Bibliografia

AFTALIÓN, Enrique. El bien jurídico tutelado por el derecho penal econômico. *Revista de Ciências Penales*, v. 25, n. 2, p. 79-91, maio-ago. 1966.

ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello de. *Dos crimes contra a ordem econômica*. São Paulo: RT, 1995.

ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello de. O direito penal econômico. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*. n. 25, p. 151.

BASOCO, Juan Terradillos. *Derecho penal de la empresa*. Madrid: Trotta, 1995.

BUJÁN PEREZ, Carlos Martinez. *Derecho penal econômico: parte general*. Valencia: Tirant Lo Blanc, 1998.

CORREIA, Eduardo. Introdução ao direito penal econômico. In: *Direito penal econômico e europeu: textos doutrinários*. Coimbra Editora, 1998, p. 293-324. v. 1: Problemas gerais.

DIAS, Jorge de Figueiredo. Para uma dogmática do direito penal secundário. In: *Direito penal econômico e europeu: textos doutrinários*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 35-74. v. 1: Problemas gerais.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Para uma dogmática do direito penal*

secundário. p. 35-74.

- DOTTI, René Ariel.** O direito penal econômico e a proteção do consumidor. In: Dotti, René Ariel. *Reforma penal brasileira*. Rio de Janeiro. Forense, 1988.
- GARRELLI, Franco.** Controle Social. In: BOBBIO, Alberto et al. *Dicionário de política*. Tradução Carmen C. Varrialle et. al. 4. ed. Brasília: Edunb, 1992.
- KAISER, Günter.** La lucha contra la criminalidad económica: análisis de la situación en la República Federal de Alemania. In: *Los delitos sócio-economicos*. Universidad de Madrid, 1985, p. 178-179.
- LUISE, Luiz.** Direito penal e revisão constitucional. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 729, p. 369, jul.1996.
- MUÑOZ CONDE, Francisco.** Princípios politicocriminales que inspiran el tratamiento de los delitos contra el orden socioeconômico em el proyexto de código penal español de 1994. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 11, p. 5-20, jul.-set. 1995.
- PEDRAZZI, Cesare.** El bien jurídico em los delitos econômicos. In: *Los delitos sócio-economicos*. Universidad de Madrid, 1985.
- PEÑA CABRERA, Raul.** El bien jurídico en los delitos econômicos: com referencia al código penal peruano. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 11, p. 36-39, jul.-set.1995.
- PIMENTEL, Manoel Pedro.** *Direito penal econômico*. São Paulo: RT, 1973.
- PRADO, Luiz Regis.** *Direito penal ambiental: problemas fundamentais*. São Paulo: RT, 1992.
- RIGHI, Esteban.** *Derecho penal econômico comparado*. Madrid: Edersa, 1991.
- SANGUINÉ, Odone.** Introdução aos crimes contra o consumidor: perspectiva criminológica e penal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 675, p. 314-330, jan.1992.
- SANTOS, Marino Barbero.** *A reforma penal: ilícitos penal econômicos: atos do 1º Colóquio Hispano-Brasileiro de Direito Penal*. Rio de Janeiro, Forense, 1987.
- TIEDEMANN, Klaus.** *Lecciones de derecho penal econômico:*

comunitário, español, alemán. Barcelona: PPU, 1993.

TIEDEMANN, Klaus. *Poder Económico y delito*. Barcelona: Ariel, 1985.

VALLE, Carlos Pérez. Introducción al derecho penal econômico.

In: *Curso de derecho penal econômico*. Madrid: Marcial Pons, 1998.

ZAPATERO, Luis Arroyo. Derecho penal econômico y constitucion. *Revista Penal*, v. 1, n. 1, p. 2.

FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS E PROCESSUAIS CIVIS PARA A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA NOVA LEI DE FALÊNCIAS

Katia Maria Araujo de Oliveira(*)

Sumário: 1. Introdução - 2. Das normas constitucionais e a atuação do Ministério Público no âmbito falimentar - 3. Do interesse público nos processos falimentares e de recuperação judicial e extrajudicial - 4. Conclusão - Bibliografia

1. Introdução

Com a entrada em vigor da Lei 11.101 de 09 de fevereiro de 2005 que passou a regular os processos de recuperação judicial, recuperação extrajudicial e de falência, instituindo um novo sistema jurídico em matéria falimentar, primordial o estudo da participação do Ministério Público nestes feitos.

Ao contrário da Lei de Falencia anterior (Decreto-lei 7.661/45) que em seu artigo 210 estabelecia expressamente que “ o representante do Ministério Público, além das atribuições expressas na presente lei, será ouvido em toda ação proposta pela massa ou contra esta”, na novel legislação o dispositivo que praticamente repetia a determinação anterior (artigo 4º) foi vetado pelo Presidente da República.

Entre as razões do veto presidencial tem-se que:

“O dispositivo reproduz a atual Lei de Falências, que obriga a intervenção do parquet não apenas no processo falimentar, mas também em todas as ações que envolvam a massa falida, ainda que irrelevantes, por exemplo, execuções fiscais, ações de cobranças, mesmo as de pequeno

* Promotora de Justiça de 2ª Entrância, Especializada em Direito Civil e Processual Civil pela Universidade Cândido Mendes, Especializada em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade do Amazonas.

valor, reclamatórias trabalhistas, etc., sobrecarregando a instituição e reduzindo sua importância institucional.

É importante ressaltar que no autógrafo da nova lei de falências, enviado ao Presidente da República são previstas hipóteses, absolutamente razoáveis, de intervenção obrigatória do Ministério Público, além daquelas de natureza penal”

As razões do veto prosseguem:

*“Pode-se destacar que o Ministério Público é intimado da decretação de falência e do deferimento da recuperação judicial, ficando claro que sua atuação correrá *pari passu* ao andamento do feito. Ademais, o projeto de lei não afasta as disposições dos artigos 82 e 83 do Código de Processo Civil, os quais preveem a possibilidade do Ministério Público intervir em qualquer processo, no qual entenda haver interesse público e, neste processo específico, requerer o que entender de direito”.*

Os fundamentos do veto presidencial revelam pouco conhecimento do trabalho do Ministério Público na área falimentar, pois a prática forense tem demonstrado ser imprescindível a atuação do “parquet”, atuação saneadora e impulsionadora do correto andamento dos processos falimentares.

A base da intervenção do Ministério Público no processo de insolvência civil ou comercial é o interesse público primário, que nos processos falimentares consiste na tutela do crédito, da fé pública, do comércio, da economia pública e na preservação do tratamento igualitário dos credores.

2. Das normas constitucionais e a atuação do ministério público no âmbito falimentar.

A base constitucional para atuação do Ministério Público nos processos de falência e de recuperação judicial encontra-se na norma inserta no artigo 127, caput da Carta Magna de 1988 que o define como *“instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”*.

O interesse público primário conceituado como o interesse da sociedade em geral ou da coletividade como um todo, é que norteia e define como obrigatória a atuação do Ministério Público nos processos falimentares e de recuperação judicial, face seus reflexos no âmbito empresarial, econômico e do crédito, alcançando até mesmo a credibilidade das instituições e da Justiça.

As raízes da intervenção ministerial na falência e na recuperação judicial e extrajudicial, são constitucionais, pois o membro do “parquet” atuará como guardião do ordenamento jurídico falimentar e na tutela dos interesses sociais indisponíveis envolvidos no processo.

Deve-se salientar que, não importa a natureza jurídica que venha a ser atribuída a recuperação judicial e a recuperação extrajudicial ou ainda a falência, pois ainda que definidos estes institutos como mero administradores de interesses privados, a atuação do Ministério Público é obrigatória, face a repercussão desses processos na esfera social, no âmbito público e das relações econômicas, logo, face o interesse público primário que necessita da atividade fiscalizadora ministerial.

3. Do interesse público nos processos falimentares e de recuperação judicial

A noção de interesse público deve ser dividida em interesse público primário e interesse público secundário. O interesse público primário “é a razão de ser do Estado e sintetiza-se nos fins que cabe a ele promover: justiça, segurança e bem-estar social.

(...) O interesse público secundário é o da pessoa jurídica de direito público que seja parte em uma determinada relação jurídica, quer se trate da União, do Estado-membro, do Município ou de suas autarquias.”¹

Esta divisão não é estranha na ordem jurídica brasileira. Baseada nela é que decorrem as atribuições constitucionais do Ministério Público e da Advocacia Pública ou Procuradorias de Estado. Ao primeiro cabe a defesa do interesse público primário, à segunda, a defesa do interesse público secundário.

Sendo indiscutível a presença de interesse público primário nas ações falimentares e de recuperação judicial e extrajudicial, indispensável a presença do “parquet” nos momentos processuais relevantes, obrigando o fiel cumprimento da lei.

Assim a intervenção é obrigatória e ditada, expressamente, pelo artigo 82, inciso III do Código de Processo Civil, que determina deva o Ministério Público intervir em todas as causas em que há interesse público evidenciado pela natureza da lide.

No ensino de Nelson Nery Júnior a norma inserta no artigo 82, inciso III do Código de Processo Civil “*deixa aberta a possibilidade de o Ministério Público intervir nas demais causas em que há interesse público. Quando a lei expressamente determina a intervenção, não se pode discutir ou questionar a necessidade dela ocorrer. A norma ora comentada somente incide nas hipóteses concretas onde a participação do Ministério Público não se encontra expressamente prevista na lei. Caberá ao MP e ao Juiz a avaliação da existência ou não do interesse público legitimador da intervenção do Parquet*”.²

É essencial atentar que a aplicação das normas gerais de intervenção do Ministério Público no processo civil, previstas nos artigos 81 a 85 do Código de Processo Civil, aos procedimentos regulados pela Nova Lei de Falência, é determinada pela própria lei falimentar, em seu artigo 189, quando estabelece a aplicação subsidiária do diploma processual, assim, a atuação do parquet deverá acompanhar o disposto no mencionado artigo.

¹ SARMENTO, Daniel- Interesses Públicos x Interesses Privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional – Livraria e Editora Lumen Juris – 2005.

² NERY JÚNIOR, Nelson & NERY, Rosa Maria Andrade. Código de Processo Civil comentado, 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

A nova lei falimentar ao conceder ao Ministério Público legitimidade para a propositura de ação revocatória (artigo 132), com o objetivo de prevenir a prática de atos fraudulentos e prejudiciais aos credores da sociedade falida ou em recuperação judicial, leva a obrigatoriedade de intervenção do Órgão Ministerial em todas as fases processuais, pois só assim terá conhecimento de atos atentatórios à lei e aos interesses da massa falida.

A intervenção ministerial nos processos de falência e de recuperação judicial é ditada pelo interesse público presente na natureza da lide e nas repercussões no ordenamento jurídico e econômico. As consequências que podem advir da falência e da recuperação judicial e extrajudicial de sociedade empresária de grande porte (vide caso VARIG), com abalo ao crédito e a credibilidade do mercado, capazes de influenciar os investimentos externos do país, fazem com que o Ministério Público, em sua missão de guardião do ordenamento jurídico e dos interesses sociais indisponíveis, não seja afastado de tais processos.

4. Conclusão

Após o exame dos argumentos legais acima, apresenta-se as seguintes conclusões:

a)- a intervenção do Ministério Público é obrigatória nos procedimentos de falência, recuperação judicial e extrajudicial, reguladas pela Lei 11.101 de 09 de fevereiro de 2005, bem como em processos correlatos ou em que o devedor seja parte, aplicando-se o disposto no artigo 189 da citada lei, regulando-se pelas normas de processo civil (CPC arts. 81 a 85), face o interesse público primário da lide (artigo 82, III do CPC).

b)- nas ações de falência e de recuperação judicial a intervenção ministerial deve ser determinada pelo órgão jurisdicional desde o ajuizamento do pedido, ocasião em que é possível, inclusive, identificar atos fraudulentos passíveis de declaração de ineficácia em ação revocatória a ser proposta pelo

órgão ministerial, alcançando o encerramento dos processos de falência e de recuperação judicial.

c)- a intervenção do Ministério Público, na esfera da falência e da recuperação judicial, encontra apoio na Constituição Federal, pois o órgão atuará como guardião do ordenamento jurídico falimentar e na tutela dos interesses sociais indisponíveis envolvidos no processo.

d)- a atuação do Ministério Público não pode ser afastada em razão do interesse público primário que é ou poderá ser ofendido no processo falimentar e de recuperação judicial.

Bibliografia

- BANDEIRA DE MELLO**, Celso Antonio. Curso de Direito Administrativo, 13^a ed. São Paulo:Malheiros, 2001.
- BARBOSA MOREIRA**, José Carlos. Comentários ao Código de Processo Civil. 7^a ed..Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- BESSONE**, Darcy. Instituições de direito falimentar. São Paulo: Saraiva, 1995.
- FAZZIO JÚNIOR**, Waldo. Nova lei de falência e de recuperação de empresas. São Paulo: Atlas, 2005.
- MEDINA**, Paulo Roberto de Gouvêa. Direito Processual Constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- NERY JUNIOR**, Nelson & NERY, Rosa Maria Andrade. Código de Processo Civil Comentado. 4^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- NERY JÚNIOR**, Nelson. Princípios do Processo Civil na Constituição Federal, 2^a ed. São Paulo; Revista dos Tribunais, 1995.

LEI 11.106/2005: NOVAS MODIFICAÇÕES AO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO.

RENATO MARCÃO(*)

Sumário: 1. Introdução - 2. Sobre as modificações introduzidas - 2.1. Art. 148 do Código Penal - 2.1.1. Sobre o § 1º, inc. I - 2.1.1.1. Crime praticado contra companheiro - 2.1.2. Sobre o § 1º, inc. IV: crime praticado contra menor de 18 (dezoito) anos - 2.1.3. Sobre o § 1º, inc. V: crime praticado para fins libidinosos - 2.2. Considerações gerais - 2.3. Art. 215 do Código Penal - 2.4. Art. 216 do Código Penal - 2.4.1. Sujeito passivo - 2.4.2. Parágrafo único do art. 216 do Código Penal - 2.5. Causas de aumento de penal - 2.5.1. Sobre o inciso I - 2.5.2. Sobre o inciso II - 2.5.2.1. Texto suprimido - 2.5.2.2. Texto acrescido - 2.5.2.3. Aumento de pena nas hipóteses do inciso II - 2.6. Capítulo V - Do lenocínio e do tráfico de pessoas - 2.7. Mediação para servir a lascívia de outrem - 2.8. Tráfico internacional de pessoas - 2.9. Tráfico interno de pessoas - 2.10. Irretroatividade da lei mais severa - 2.10.1. Reflexo sobre as novas figuras típicas - 2.10.2. Reflexo sobre a pena de multa cumulada - 3. Dispositivos revogados - 3.1. Sobre os incisos VII e VIII do art. 107 - 3.2. Sobre o art. 217 - 3.3. Sobre o art. 219 - 3.4. Sobre o art. 220 - 3.5. Sobre os arts. 221 e 222 - 3.6. Sobre o inciso III do caput do art. 226 - 3.7. Sobre o § 3º do art. 231 - 3.8. Sobre o art. 240 - 4. Considerações finais - Bibliografia.

* Mestre em Direito Penal, Político e Econômico, Membro do Ministério Público do Estado de São Paulo, Professor de Direito Penal, Processo e Execução Penal Presidente da AREJ – Academia Rio-pretense de Estudos Jurídicos, Membro da *Association Internationale de Droit Pénal* (AIDP), do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim), do Instituto de Ciências Penais (ICP) e do Instituto Brasileiro de Execução Penal (IBEP), Autor dos livros: Lei de Execução Penal Anotada e Interpretada (Lúmen Juris); Tóxicos (Saraiva), e, Curso de Execução Penal (Saraiva).

1. Introdução

Entrou em vigor no dia 29 de março de 2005, data de sua publicação, a Lei nº 11.106, de 28 de março de 2005, que alterou o Código Penal brasileiro em relação ao disposto nos arts. 148, 215, 216, 226, 227, 231, e acrescentou o art. 231-A.

Por força do disposto no art. 3º da referida lei, o Capítulo V (Do lenocínio e do tráfico de mulheres) do Título VI (Dos crimes contra os costumes), da Parte Especial do Código Penal, passou a vigorar com o seguinte título: “Do lenocínio e do tráfico de pessoas”.

Além das modificações acima indicadas, e em razão do disposto em seu art. 5º, o novo diploma legal revogou os incisos VII e VIII do art. 107, os arts. 217, 219, 220, 221, 222, o inciso III do caput do art. 226, o § 3º do art. 231 e o art. 240, todos do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal.

Em sentido amplo, as modificações foram sensíveis e as novas regras reclamam, desde logo, apreciação reflexiva para uma melhor compreensão de todos os temas abordados.

2. Sobre as modificações introduzidas

Para uma melhor compreensão, passaremos a analisar cada uma das *modificações introduzidas* no Código Penal, na exata mesma ordem de disposição constante da Lei 11.106/2005, e depois, em tópico distinto, cuidaremos de tecer considerações a respeito das *regras revogadas*, tudo conforme segue.

2.1. Art. 148 do Código Penal

No *caput* do 148 do Código Penal estão descritas as condutas que tipificam o seqüestro e o cárcere privado. Ao narrá-las o legislador assim dispôs: “privar alguém, de sua liberdade, mediante seqüestro ou cárcere privado”.

A pena prevista para as hipóteses do *caput* é de reclusão, de um a três anos.

Na precisa visão de NÉLSON HUNGRIA: “Entende ROMEIRO (Dicionário de direito penal), que o cárcere privado é um *genus*, de que o seqüestro é uma *species*: ‘O crime de cárcere privado pode tomar a forma de detenção ou de seqüestro; dá-se a detenção quando a violência exercida sobre a pessoa consiste no impedimento ou obstáculo de sair de um certo e determinado lugar; no seqüestro compreende-se o fato de conservar a pessoa em lugar solitário e ignorado, de modo que difícil seria a vítima obter socorro de outro’. Parece-nos, entretanto, mais acertado dizer que o seqüestro é o que é o *gênero* e o cárcere privado a *espécie*, ou, por outras palavras, o seqüestro (arbitrária privação ou compressão da liberdade de movimento no espaço) toma o nome tradicional de *cárcere privado* quando exercido *in domo privata* ou em qualquer recinto *fechado*, não destinado à prisão pública. Tanto no seqüestro quanto no cárcere privado, é detida ou retida a pessoa em determinado lugar; mas, no cárcere privado, há a circunstância de *clausura* ou *encerramento*. Abstraída esta accidentalidade, não há que distinguir entre as duas modalidades criminais, de modo que não se justificaria uma diferença de tratamento penal”.¹

Evidencia-se como *objeto jurídico da tutela penal* a liberdade individual, a liberdade de ir e vir, ficar, permanecer; a liberdade de locomoção, em última análise.

Sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, assim como qualquer pessoa está em condição de ser *sujeito passivo*.

O elemento subjetivo é o *dolo*. Basta o *dolo genérico* para a configuração, e não há forma culposa.

Admite-se a *tentativa*.

Conforme CELSO DELMANTO e outros: “É delito material, que se consuma no momento em que ocorre a privação; é permanente, sendo possível a prisão em flagrante do agente, enquanto durar a detenção ou retenção da vítima”.²

¹ HUNGRIA, Néelson. Comentários ao Código Penal, vol. VI, 3ª ed., Rio de Janeiro, *Revista Forense*, 1955, p. 183/184.

² DELMANTO, Celso, e outros. *Código Penal comentado*, São Paulo, Renovar, 6ª ed., 2002, p. 318.

Seus §§ estabelecem figuras qualificadas, e as modificações feitas pela nova lei estão dispostas no § 1º.

2.1.1. Sobre o § 1º, inc. I

O § 1º estabelece formas qualificadas em que a pena é de reclusão, de dois a cinco anos, e quanto à pena nada mudou.

Em sua antiga redação o inc. I do § 1º do art. 148 do Código Penal assim dispunha: “Se a vítima é ascendente, descendente, cônjuge do agente ou maior de 60 (sessenta) anos”.

A nova redação tem o seguinte texto: “Se a vítima é ascendente, descendente, cônjuge ou companheiro do agente ou maior de 60 (sessenta) anos”.

A proteção penal agora foi estendida ao *companheiro do agente*.

2.1.1.1. Crime praticado contra companheiro

Entenda-se: companheiro ou companheira.

Aqui a redação ampliou o rol das formas qualificadas tendo em vista a necessidade de tratamento igualitário entre “cônjuge e companheiro” como decorrência do novo perfil jurídico-constitucional desta última situação reguladora de relacionamentos, que não está amparada nas mesmas formalidades que protegem os cônjuges.

Antes da previsão expressa não era possível estender a forma qualificada aos autores de tais crimes praticados contra companheiros em razão de estar vedada em Direito Penal a interpretação ampliativa do alcance da norma de maneira a ensejar resultado gravoso ao réu.

O sistema de proteção encontrava-se falho, omissivo, e isso ao menos desde a Constituição Federal de 1988, tendo em vista a nova disciplina indicada para o tratamento das relações entre companheiros ou concubinos, conviventes em união estável.

Questão interessante a ensejar debate nas instâncias judiciárias refere-se à possibilidade da forma qualificada estender-

se aos autores de crimes contra “companheiro ou companheira” em se tratando de relação homoafetiva.

Considerando que o ordenamento jurídico não dá proteção a tais relações; que não há por parte do Estado qualquer reconhecimento expresso para efeito de salvaguarda de direitos, o princípio da reserva legal impede que tais situações sejam reconhecidas para o efeito de permitir o elastério da norma agora prevista no inc. I, § 1º, do art. 148 do Código Penal. Eventual ampliação do conceito de “companheiro” no sentido apontado ensejaria punição mais severa ao réu (ou à ré), vedada em razão da ausência de expressa cominação legal. Incabível falar, aqui, em aplicação de analogia, interpretação extensiva etc.

Por outro lado, caso sobrevenha alguma lei regulando a união estável entre pessoas do mesmo sexo, equiparando-as às relações estáveis entre homem e mulher para efeito de reconhecimento estatal e salvaguarda de direitos, a regra agora em comento passará a ser aplicada em relação a tais situações hoje desprotegidas em face à legislação penal vigente.

Anote-se, por oportuno, que para ter maior coerência sistêmica é preciso que o legislador, entre outras coisas, atualize o art. 61, inc. II, “e”, do Código Penal, que apenas se refere ao ascendente, descendente, irmão ou cônjuge.

2.1.2. Sobre o § 1º, inc. IV: crime praticado contra menor de 18 (dezoito) anos

A nova lei acrescentou ao § 1º o inc. IV com a seguinte redação: “se o crime é praticado contra menor de 18 (dezoito) anos”.

Em razão da nova disposição também será qualificado o crime quando a vítima não contar com 18 (dezoito) anos completos, e a pena será de reclusão, de dois a cinco anos.

Se a privação da liberdade ocorrer no dia do aniversário a qualificadora não incidirá, pois, em tal caso, a vítima não poderá ser considerada *menor de dezoito anos*.

A modificação é bem vinda, pois, com ela, fica estabelecida a harmonia no sistema de proteção ao menor de 18

(dezoito) anos, em coerência com o disposto na segunda figura do § 1º do art. 159 do Código Penal, onde está estabelecido que o crime de *extorsão mediante seqüestro* será qualificado “se o seqüestrado for menor de dezoito anos”.

Em relação a tal forma qualificada no crime do art. 159, ao seu tempo escreveu NÉLSON HUNGRIA: “A circunstância de ser a vítima menor de 18 anos (isto é, que ainda *não completou* tal idade) também justifica a agravação especial, porque torna mínima, quando não nenhuma, a possibilidade de eximir-se ao seqüestrado, ao mesmo tempo que é infringida a incolumidade especialmente assegurada à criança e ao adolescente”.³

Considerando que o crime de seqüestro ou cárcere privado é de natureza permanente, em algumas situações a privação da liberdade poderá iniciar quando a vítima for menor de dezoito anos e terminar após ela ter completado tal idade. Ainda será possível, em outra situação, que a privação da liberdade tenha se iniciado antes da nova lei e perdurado para além de seu ingresso no ordenamento.

Em ambas as hipóteses a qualificadora incidirá.

Analisando os efeitos do art. 4º do Código Penal em relação ao crime permanente, DAMÁSIO DE JESUS assim leciona: “Nele, em que o momento consumativo se alonga no tempo sob a dependência da vontade do sujeito ativo, se iniciado sob a influência de uma lei e prolongado sob outra, aplica-se esta, mesmo que mais severa. O fundamento de tal solução está em que a cada instante da permanência ocorre a intenção de o agente continuar a prática delituosa. Assim, é irrelevante tenha a conduta seu início sob o império da lei antiga, ou esta não incriminasse o fato, pois o dolo ocorre durante a eficácia da lei nova: presente está a intenção de o agente infringir a nova norma durante a vigência de seu comando”.⁴

A tentadora compreensão inversa levaria à conclusão no seguinte sentido: se a privação da liberdade iniciar quando a

³ HUNGRIA, Nélon. Comentários ao Código Penal, 2ª ed., Rio de Janeiro, *Revista Forense*, vol. VII, 1958, p. 73.

⁴ JESUS, Damásio E. de. *Código Penal anotado*, 8 ed., São Paulo: Saraiva, 1998, p. 15.

vítima ainda contar com menos de 18 (dezoito) anos, porém, se estender para além da data em que atingida tal idade, a qualificadora estará afastada.

Se verificada a hipótese exatamente como acima aventada; com o prolongamento da privação da liberdade o réu estaria a se beneficiar, deixando de incidir em pena de dois a cinco anos, acabando por ser “agraciado” com a adequação típica de sua conduta no preceito primário, com pena cominada entre um e três anos, de reclusão.

Aqui, a prolongação do sofrimento da vítima seria benéfica ao réu, o que não se pode admitir eticamente, tampouco à luz do disposto no art. 4º do Código Penal, conforme anotado.

Na outra situação indicada, onde a privação da liberdade do menor de dezoito anos teve início antes da lei e se alongou para depois de sua vigência, a natureza permanente do crime impede, por absoluto, o não-reconhecimento da qualificadora, hipótese claramente incogitável.

2.1.3. Sobre o § 1º, inc. V: crime praticado para fins libidinosos

A última alteração feita no art. 148 decorre do inciso V, que também foi acrescido ao § 1º.

Pela nova previsão, se o seqüestro ou o cárcere privado for praticado *para fins libidinosos* o crime também será qualificado e contará, obviamente, com pena mais elevada (reclusão, de dois a cinco anos).

Atos libidinosos são aqueles praticados com a finalidade de satisfazer a lascívia, o prazer sexual.

Se o crime for cometido *para o fim de manter relação sexual* (cópula vagínica) ou para a prática de qualquer *ato libidinoso diverso da conjunção carnal* (coito anal ou felação, por exemplo), a forma qualificada estará presente.

Se além da privação da liberdade, configuradora de seqüestro ou cárcere privado, o réu (ou a ré) efetivamente praticar ato libidinoso diverso da conjunção carnal, contra a vontade da vítima (art. 214 do CP), ocorrerá concurso material de crimes (art. 69 do CP). Também haverá concurso material de crimes se

além do seqüestro ou cárcere privado o agente submeter a vítima à relação sexual não consentida (art. 213 do CP).

Na hipótese do inc. V, por certo haverá muita discussão a respeito do posicionamento acima adotado, pois não serão poucos os que entenderão que o crime de seqüestro ou cárcere privado deverá ser considerado crime meio para a prática do crime fim – atentado violento ao pudor ou estupro, dependendo do caso.

A melhor *exegese*, entretanto, não autoriza tal compreensão, inclusive porque tais crimes prescindem, para sua configuração, das práticas tratadas no art. 148 do Código Penal.

2.2. Considerações gerais

Como visto, em relação ao art. 148 do Código Penal foram feitas alterações que implicaram em novas formas de adequação típica qualificada.

Em razão do princípio da anterioridade da lei penal; da irretroatividade da lei penal mais severa, somente os crimes praticados nos moldes descritos nas novas qualificadoras *após a vigência da lei* é que estarão sujeitos à forma qualificada que impõe punição mais severa. Não há qualquer possibilidade de agravamento de pena em razão das novas disposições no que tange aos fatos passados, consumados antes do ingresso das novas disposições no universo jurídico.

De ver-se, entretanto, que o seqüestro e o cárcere privado são crimes permanentes, e mesmo que a inicial privação da liberdade tenha ocorrido antes da vigência da lei, ocorrendo, por exemplo, prisão em flagrante depois da data em que o regramento novo passou a ser aplicável, a tipificação se amoldará à forma qualificada em razão dos efeitos da permanência, conforme as observações acima apontadas, pois em tais situações, enquanto durar a permanência o crime estará em seu processo consumativo.

2.3. Art. 215 do Código Penal

Com o *nomem criminis* de posse sexual mediante fraude, na redação antiga o art. 215 do Código Penal punia a conduta de: “Ter conjunção carnal com mulher *honestas*, mediante fraude” (coloquei o itálico).

Agora, conforme a Lei 11.106/2005, a redação do art. 215 passou a ser a seguinte: “Ter conjunção carnal com mulher, mediante fraude”.

Conjunção carnal, para os termos da lei, quer dizer cópula vagínica, relação sexual.

O crime em questão consuma-se com a efetiva conjunção carnal e somente é punido a título de dolo, podendo ser praticado mediante concurso de pessoas, com possibilidade de verificação da forma tentada.

O objeto jurídico da tutela penal é a liberdade sexual da mulher.

Sujeito ativo do crime só pode ser o homem, e somente a mulher *honestas* estava sujeita a ser vítima de tal ilícito penal, o que agora foi corrigido, pois a partir da “nova lei” *qualquer mulher* poderá ser vítima, sujeito passivo, portanto.

A expressão “*mulher honestas*” constituía elemento normativo do tipo, e a exigência de honestidade impunha tratamento de natureza nitidamente discriminatória.

A mudança agora introduzida ampliou a esfera de alcance da norma penal incriminadora, pois, se antes da mudança somente mulher que fosse considerada honesta estava protegida em sua liberdade sexual pela norma em comento, agora a proteção penal tem abrangência indistinta e não discriminatória em relação ao sexo feminino.

Merece aplauso o reparo legislativo, pois se a figura do crime de estupro (art. 213 do CP) também visa à proteção da liberdade sexual da mulher, seja ela *sexualmente honestas* ou não (prostituta pode ser vítima do crime de estupro, RT 700/355), era sem sentido lógico deixar desprotegida penalmente, para os fins do crime de posse sexual mediante fraude, a liberdade sexual

da mulher que optou por adotar conduta sexual de contornos mais frouxos.

A ausência de *honestidade sexual* da mulher devassa não pode constituir motivo para a ausência de proteção penal, na exata medida em que aquelas dotadas de menor recato também podem ser submetidas à ação de “ter conjunção carnal, mediante fraude”.

A ausência de *honestidade sexual* nunca constituiu imunidade à fraude que pode ser empregada para fins sexuais, e não é ético deixar sem proteção, como forma de “punição” ou “patrulhamento” da liberdade, aquela que se colocou a usar de seu erotismo de forma avolumada, com pouco ou nenhum critério.

A proteção agora é plena e, de certa forma, confirma a liberdade de cada um no sentido de poder conduzir sua vida sexual como bem lhe aprouver.

Em termos práticos é preciso anotar que inquéritos policiais arquivados no passado, exclusivamente em razão da comprovada ausência de honestidade da vítima, não poderão ser agora reabertos apenas em razão da mudança legislativa. Não há como se justificar a aplicação do art. 18 do Código de Processo Penal na hipótese em testilha, e eventual tentativa nesse sentido irá configurar flagrante constrangimento ilegal, sanável pela via do *habeas corpus*.

Absoluções impostas em Primeira Instância em razão da comprovada ausência de honestidade da vítima (antes da nova lei) não poderão ser modificadas em grau de recurso com fundamento exclusivo na mudança legislativa.

Com efeito. A nova regra é mais gravosa na medida em que amplia o alcance da descrição típica para situações que antes não estavam nos limites da tipificação, e os princípios da anterioridade da lei⁵ e da irretroatividade da lei penal mais severa⁶ impedem a aplicação do texto novo em relação aos crimes já consumados no passado, sob a égide do antigo regramento.

⁵ Art. 5º, inc. XXXIX, da Constituição Federal; art. 1º do Código Penal.

⁶ Art. 5º, inc. LX, da Constituição Federal; art. 2º, parágrafo único, do Código Penal.

2.4. Art. 216 do Código Penal

Encerrando o rol de proteção à liberdade sexual quanto aos crimes praticados mediante fraude, o art. 216 do Código Penal regula a figura do “atentado ao pudor mediante fraude”.

Enquanto o art. 215 do Código Penal se refere à prática de conjunção carnal, assim compreendida a relação sexual entre homem e mulher, nos termos em que acabamos de expor no tópico acima, o artigo sob análise se refere à prática de *qualquer ato libidinoso* diverso da conjunção carnal.

Na precisa e oportuna lição de NELSON HUNGRIA, “ato libidinoso é todo aquele que se apresenta como desaforo (completo ou incompleto) à concupiscência”.⁷ E o mesmo autor ainda ensinou: “O ato libidinoso a que se refere o texto legal, além de gravitar na órbita da função sexual, deve ser manifestamente obsceno ou lesivo da pudicícia média. Não pode ser confundido com a simples inconveniência, nem ser reconhecido numa atitude ambígua”.⁸

O que distingue o atentado *fraudulento* ao pudor (art. 216 do CP) do atentado *violento* ao pudor (art. 214 do CP) é o meio empregado para a prática dos atos libidinosos.

A mudança na redação do art. 216 foi tão severa e radical quanto acertada.

Enquanto a forma fundamental punia como crime a conduta de “induzir mulher honesta, mediante fraude, a praticar ou permitir que com ela se praticasse ato libidinoso diverso da conjunção carnal”, com a Lei 11.106/2005 a tipificação básica passou a ser muito mais ampla.

Com a nova redação, constitui crime de atentado ao pudor mediante fraude: “Induzir *alguém*, mediante fraude, a praticar ou submeter-se à prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal” (coloquei o *italico*).

Houve profunda alteração quanto à possibilidade de sujeição passiva.

⁷ HUNGRIA, Nélon. *Comentários ao Código Penal*, 3ª ed., Rio de Janeiro, *Revista Forense*, vol. VIII, 1956, p. 131.

⁸ HUNGRIA, Nélon, *Ob. Cit.*, p. 133.

2.4.1. Sujeito passivo

Antes, o crime do art. 216 do Código Penal só podia ser praticado contra mulher, e não bastava a condição de mulher pura e simplesmente; não era toda e qualquer mulher que podia ser vítima; era preciso tratar-se de *mulher honesta*.

Com a retirada do elemento normativo do tipo: *mulher honesta*, e a inclusão da expressão “alguém”, a sujeição passiva ficou ampliada consideravelmente, conforme já é possível antever.

No que pertine ao tema “mulher honesta” remetemos o leitor àquilo que já foi expandido nas reflexões ligadas ao art. 215 do Código Penal (*item 2.3, supra*), no que for pertinente.

Quanto ao mais, cumpre anotar que agora o *homem* também pode ser vítima de crime de atentado ao pudor mediante fraude. A expressão *alguém* é indeterminada quanto ao sexo, permitindo que tanto o homem quanto a mulher, seja ela honesta ou não, figurem como vítima.

E era assim que devia ser mesmo. Não havia razão lógica ou jurídica para as restrições quanto à possibilidade de sujeição passiva no tocante ao crime em comento.

Não se justificava a proteção jurídico-penal tão-só à *mulher honesta*.

Homens e mulheres, indistintamente, podem ser vítima do crime sob análise.

A restrição à mulher honesta tinha raço discriminatório, razão maior da mudança imposta em boa hora, senão tardiamente.

Inclusive por coerência, era preciso alinhar o art. 216 do Código Penal ao art. 214 do mesmo “Codex”, que não contém restrições quanto a sujeição passiva, de maneira a permitir que homens e mulheres sejam considerados vítimas do crime de atentado violento ao pudor, nos termos de sua regulamentação.

A *lacuna* está preenchida.

A discriminação condenável foi banida e o sistema de proteção foi aperfeiçoado.

2.4.2. Parágrafo único do art. 216 do Código Penal

Para ser coerente com as disposições contidas no *caput* do art. 216 foi preciso mudar a redação de seu parágrafo único.

A antiga redação era nos seguintes termos: “se a ofendida é menor de dezoito e maior de catorze anos”.⁹

Ampliada a sujeição passiva, que agora não alcança apenas vítima do sexo feminino, não era correto manter na redação do parágrafo único a expressão “*ofendida*”.

Se a regra não fosse modificada iria proporcionar odioso tratamento discriminatório, com previsão de pena qualificada apenas quando a vítima fosse do sexo feminino, excluindo a possibilidade de qualificadora quando “*o ofendido*” fosse menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (catorze) anos de idade.

Substituído o vocábulo “*ofendida*” por “*vítima*”, ampliou-se a forma qualificada para alcançar vítimas de ambos os sexos, como deve ser.

A pena prevista para a forma qualificada foi mantida: reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos.

2.5. Causas de aumento de pena

O art. 226 do Código Penal está no Capítulo IV do Título VI, onde estão as “Disposições gerais”, e estabelece causas de aumento de pena para os crimes previstos nos capítulos anteriores, assim entendidos aqueles que se encontram no mesmo Título VI (Dos crimes contra os costumes), a saber: Capítulo I (Dos crimes contra a liberdade sexual); Capítulo II (Da sedução e da corrupção de menores); Capítulo III (Do rapto), este, agora com todos os seus artigos revogados, conforme o art. 5º da “nova lei”.

Suas disposições elencam agravantes especiais das quais decorre cota fixa de aumento de pena.

O texto antigo era expresso nos seguintes termos: “A pena é aumentada de quarta parte: I – se o crime é cometido

⁹ Pena – reclusão, de dois a quatro anos.

com o concurso de duas ou mais pessoas; II – se o agente é ascendente, pai adotivo, padrasto, irmão, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tem autoridade sobre ela; III - se o agente é casado”.

A nova redação está posta nos seguintes termos: “A pena é aumentada: I- de quarta parte, se o crime é cometido com o concurso de 2 (duas) ou mais pessoas; II - de metade, se o agente é ascendente, padrasto ou madrastra, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tem autoridade sobre ela”.

Foi revogado o inciso III, conforme está expresso no art. 5º da “nova lei”, e sobre tal matéria trataremos em tópico distinto.

Antes da mudança imposta com a Lei 11.106/2005 a quota fixa de aumento de pena era comum a todas as modalidades previstas (quarta parte), agora, o aumento será de *quarta parte* apenas na hipótese do inciso I, e de *metade* nas situações do inciso II.

2.5.1. Sobre o inciso I

No que tange ao inciso I cumpre observar que não houve mudança de redação no sentido de ampliar ou restringir o alcance da norma. A mesma previsão que antes justificava o aumento de pena ainda persiste.

Ainda em relação ao inciso I é importante destacar que “o dispositivo não se refere, indistintamente, a *concurso* de duas ou mais pessoas *para o crime*, mas ao fato de ter sido o crime *cometido*, isto é, *executado* com pluralidade de agentes”.¹⁰

2.5.2. Sobre o inciso II

Em relação ao inciso II as mudanças foram consideráveis e buscaram uniformizar o tratamento jurídico-penal dentro de uma acertada visão sistêmica e atualizada do Direito.

¹⁰ HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*, 3ª ed., Rio de Janeiro, *Revista Forense*, vol. VIII, 1956, p. 247.

No texto legal *foram mantidas* as seguintes causas de aumento: se o agente é, ascendente, irmão (ou irmã, entenda-se), tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tem autoridade sobre ela.

2.5.2.1. Texto suprimido

Foi suprimida do texto a figura do “pai adotivo”.

Obviamente, com tal providência não quis o legislador beneficiar o “pai adotivo” que praticar os crimes a que se refere o art. 226. E efetivamente não beneficiou.

É que desde a edição do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069, de 13 de julho de 1990), e também em razão do “Novo Código Civil” (Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002), não mais se justifica, juridicamente, a utilização da expressão “pai adotivo”, isso em razão do tratamento jurídico desde então dispensado à adoção, e notadamente em razão dos efeitos que dela decorrem.

Em razão do novo tratamento jurídico dispensado à adoção, e dos efeitos que dela resultam, a figura do antigo “pai adotivo” agora se enquadra na figura do ascendente, já expressa na antiga redação do inciso II, que nesse ponto não sofreu alteração.

Está mantida, pois, a proteção jurídico-penal, e agora ajustada com a nova realidade jurídica na sempre necessária visão sistêmica.

2.5.2.2. Texto acrescido

Além do que foi mantido e retirado do inciso II, conforme analisamos acima, a mudança legislativa acrescentou que a pena também será aumentada *de metade* se o agente for: *madrasta, tio, cônjuge* ou *companheiro*.

Como o texto antigo já previa como causa de aumento de pena o fato do delito ter sido praticado por *padrasto*; visando acabar com as discussões sobre a possibilidade de se estender ou não a causa de aumento para a *madrasta* autora de delito de

igual natureza, isso em razão de princípios como o da taxatividade, da reserva legal etc., a Lei 11.106/2005 ajustou a redação do inciso II de forma à não permitir a continuidade da discussão.

Aliás, o reparo era mesmo necessário também em razão das demais mudanças instituídas com a própria Lei 11.106/2005.

Se o agente for *tio* da vítima a pena também será aumentada a partir da vigência da “nova lei”. Entenda-se: *tio* ou *tia*.

Tal compreensão não está proibida em razão da ausência de previsão expressa. Diga-se o mesmo em relação ao *companheiro* ou *companheira*.

É certo que o inciso refere-se apenas e tão-somente ao *tio* (no masculino) e ao *companheiro* (no masculino), e isso poderia levar à conclusão no sentido de que o legislador quis excluir da incidência da causa de aumento de pena regulada no inciso II do art. 226 a *tia* e a *companheira*, até porque em relação ao *padrasto* cuidou de acrescentar a figura feminina correspondente (madrasta), cautela não adotada em relação aos outros dois (*tio* e *companheiro*).

Ocorre, entretanto, que buscando o espírito da lei; o espírito das mudanças impostas, a conclusão não pode ser outra. O que se pretendeu, mesmo, foi a ampliação para o *tio*, de sexo masculino ou feminino, e ao *companheiro* do sexo masculino ou feminino.

Ainda que assim não se entenda, uma outra possibilidade de enquadramento da *tia* e da *companheira* será possível, se identificada a hipótese estabelecida na parte final do inc. II.

Se por um lado é até possível dizer que o texto legal se afigura imperfeito quanto ao seu alcance de proteção jurídico-penal, e isso em razão da ausência de expressa menção a tais figuras (*tia* e *companheira*), é certo que estamos diante de um típico caso de interpretação analógica, onde as cláusulas específicas estão seguidas de cláusula genérica, e isso em razão da parte final do inciso II onde se lê: “... preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tem autoridade sobre ela”.

Sendo assim, se a agente for *tia* ou *companheira*, exercendo, a qualquer título, autoridade sobre a vítima, estará justificada a causa de aumento (embora com outro fundamento).

Maior discussão, entretanto, ficará para a hipótese de companheiro ou companheira, isso em razão da questionável autoridade que um possa exercer sobre o outro.

No que tange aos conviventes em relação homoafetiva reiteramos o que já ficou anotado por ocasião das observações ao art. 148 do Código Penal (item 2.1.1.1. *Crime praticado contra companheiro*), para onde remetemos o leitor.

Quanto à figura do *cônjuge* não há qualquer questionamento. A previsão refere-se ao cônjuge do sexo masculino e também ao cônjuge do sexo feminino.

2.5.2.3. Aumento de pena nas hipóteses do inciso II

As causas descritas no inciso II agora ensejam aumento de metade da pena (antes o aumento era de quarta parte).

No que pertine a incidência da nova regulamentação sobre fatos já consumados antes de sua vigência é preciso ter em vista as disposições dos arts. 1º e 4º do Código Penal, que estão amparados no art. 5º, incs. XXXIX e XL da Constituição Federal.

2.6. Capítulo V - Do lenocínio e do tráfico de pessoas

Conforme o art. 3º da Lei 11.106/2005, o Capítulo V do Título VI (*Dos crimes contra os costumes*), da Parte Especial do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, passou a vigorar com o seguinte título: “*Do lenocínio e do tráfico de pessoas*”.

O título passou de: “Do lenocínio e do tráfico de *mulheres*” para: “Do lenocínio e do tráfico de *pessoas*” (coloquei o itálico).

A mudança foi necessária em razão das modificações introduzidas nos arts. 227 e 231 do Código Penal, conforme veremos abaixo.

2.7. Mediação para servir a lascívia de outrem

Sob o *nomem criminis* de “mediação para servir a lascívia de outrem” o art. 227 do Código Penal tipifica a conduta de “induzir alguém a satisfazer a lascívia de outrem”, estabelecendo pena de reclusão, de um a três anos para a forma simples.

As formas qualificadas estão elencadas nos §§ 1º e 2º.

Em conformidade com o disposto no § 3º, “se o crime é cometido com o fim de lucro, aplica-se também multa”.

A nova lei deu maior abrangência ao § 1º do art. 227, que na redação antiga tinha o seguinte texto: “Se a vítima é maior de 14 (catorze) e menor de 18 (dezoito) anos, ou se o agente é seu ascendente, descendente, *marido*, irmão, tutor ou curador ou pessoa a quem esteja confiada para fins de educação, de tratamento ou de guarda” (coloquei o *itálico*).

A nova redação está nos seguintes termos: “Se a vítima é maior de 14 (catorze) e menor de 18 (dezoito) anos, ou se o agente é seu ascendente, descendente, *cônjuge ou companheiro*, irmão, tutor ou curador ou pessoa a quem esteja confiada para fins de educação, de tratamento ou de guarda” (coloquei o *itálico*).

Como se vê, a expressão “marido” foi substituída por “cônjuge ou companheiro”. De melhor rigor técnico e em sintonia com as regras que integram o sistema jurídico vigente, a mudança merece aplauso.

Enquanto a previsão antiga se referia apenas ao *marido*, cônjuge do sexo masculino, portanto, agora fala em *cônjuge* ou *companheiro*. Leia-se: cônjuge do sexo masculino ou feminino; companheiro ou companheira.

No que tange aos reflexos incidentes sobre os fatos praticados sob a égide do regramento antigo é preciso destacar que não houve qualquer abrandamento em relação ao “marido” que cometeu tal crime, visto que a forma qualificada quanto a este permaneceu intacta, somente com nova linguagem técnica, qual seja: *cônjuge*.

Por outro vértice, se a conduta fora praticada antes da nova lei por *cônjuge* do sexo feminino; por *companheiro* ou

companheira, não estará submetida ao novo tratamento penal. Quanto a estes, somente a partir da vigência da “nova lei” é que se submeterão a seus efeitos penais severos.

Quanto ao mais, para evitar o enfado da repetição remetemos o leitor ao que foi dito por ocasião das considerações ao art. 148 do Código Penal (2.1.1.1. *Crime praticado contra companheiro*), no que for pertinente.

2.8. Tráfico internacional de pessoas

Outra mudança trazida pela Lei 11.106/2005 está no art. 231 do Código Penal, antes denominado crime de “tráfico de mulheres”.

Agora o *nomem criminis* passou a ser “tráfico internacional de pessoas”, e isso em razão da nova redação do art. 231 e também para destacar sua diferença com o novo tipo penal trazido com a “lei nova”, denominado “tráfico interno de pessoas”, expresso no art. 231-A, objeto de apreciação no tópico seguinte.

A redação antiga do art. 231 tinha o seguinte teor: “Promover ou facilitar a entrada, no território nacional, de mulher que nele venha exercer a prostituição, ou a saída *de mulher* que vá exercê-la no estrangeiro” (coloquei o *itálico*).

Para a forma fundamental a pena era de reclusão, de três a oito anos.

Com a nova redação o sistema repressivo passou a punir como crime de “tráfico internacional *de pessoas*” as seguintes condutas: “Promover, *intermediar* ou facilitar a entrada, no território nacional, *de pessoa* que venha exercer a prostituição ou a saída *de pessoa* para exercê-la no estrangeiro” (coloquei o *itálico* para destacar as mudanças).

Foi mantida a pena de reclusão no mesmo patamar, contudo, agora ela deverá ser aplicada cumulativamente com pena de multa. Antes da nova lei a imposição de pena de multa só se verificava se o crime fosse cometido com o fim de lucro, conforme a redação do § 3º que acabou revogado. Para o legislador, agora, tal crime sempre será praticado com o fim de lucro, conclusão que não é de todo desacertada.

A mudança introduzida no *caput* atualizou o tipo penal com a realidade dos dias hodiernos.

O verbo *intermediar*, incluído no *caput*, tem considerável alcance e por certo proporcionará o enquadramento de muitas condutas convergentes à prática do crime em questão, antes de difícil conformação e ajustamento às hipóteses típicas.

Enquanto as condutas de *promover* ou *facilitar* têm alcance mais restrito, a *intermediação* completa o rol das condutas típicas que normalmente estão ligadas às infrações de tal natureza e permite não deixar a descoberto; fora da esfera de proteção penal, razoável número de comportamentos que se ajustam ao verbo.

Enquanto qualquer pessoa pode ser *sujeito ativo* do crime em questão, na antiga redação somente a mulher é que poderia ser *sujeito passivo*.

A nova redação deu ao crime uma redefinição e também maior alcance, pois, com a retirada do monopólio do sexo feminino em relação ao pólo passivo, agora *qualquer pessoa* poderá nele figurar: homem ou mulher.

A restrição foi derrubada.

Sensível à realidade dos dias atuais e conhecendo as práticas que envolvem a exploração sexual em sentido amplo, o legislador reconheceu a necessidade de ampliar, e por isso ampliou, a proteção penal também ao sexo masculino, pois já não é novidade a comercialização e exploração sexual do homem, o que era quase inimaginável no tempo em que se redigiu o Código Penal brasileiro.

Foram mantidas as redações dos §§ 1º 2º e as penas reclusivas exatamente como antes. Acrescentou-se apenas a pena de multa, agora cumulativamente aplicada.

A revogação do § 3º, expressamente anotada no art. 5º da Lei 11.106/2005, deve-se à seguinte mudança: a pena de multa que *antes era condicionada* ao “fim de lucro” *agora é obrigatoriamente cumulativa* e está expressa nos §§ precedentes.

Haveria, pois, flagrante impertinência em imaginar possível a permanência do § 3º no ordenamento.

2.9. Tráfico interno de pessoas

Além da nova tipificação ampliada em relação ao art. 231 a Lei 11.106/2005 também criou novo tipo penal.

Para o aperfeiçoamento do sistema punitivo, além de punir o tráfico *internacional* de pessoas agora com maior amplitude, o legislador cuidou de tipificar o crime de “tráfico *interno* de pessoas”, estabelecendo como crime previsto no art. 231-A do Código Penal as condutas de: “Promover, intermediar ou facilitar, no território nacional, o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento da pessoa que venha exercer a prostituição”. A pena abstratamente prevista é de reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa, exatamente como a pena prevista para o art. 231, *caput*, e por força do disposto em seu parágrafo único, ao crime de tráfico interno de pessoas também são aplicáveis as regras dos §§ 1º e 2º do art. 231.

O objeto jurídico da tutela penal é a honra sexual; a lei também visa proteger os bons costumes.

Qualquer pessoa poderá figurar como *sujeito ativo*, independentemente do sexo, ocorrendo o mesmo em relação ao *sujeito passivo*.

O *elemento subjetivo* do tipo é o dolo. Basta o dolo genérico.

A *consumação* ocorre com a prática efetiva de pelo menos uma das condutas descritas no tipo penal, sendo admissível a forma tentada (art. 14, II, do CP).

A figura do art. 231-A é tipo alternativo, de conduta variada.

Promover significa *dar impulso, colocar em execução* (de qualquer forma); *intermediar* quer dizer *servir de intermediário ou mediador, facilitar*, aqui, tem o sentido de *desembaraçar, tornar mais simples, dar maior agilidade*.

Recrutamento é a reunião; agrupamento ou alistamento de pessoas. Não é preciso que o recrutamento envolva várias pessoas; basta *uma* para a configuração do ilícito.

Transporte é o deslocamento de um lugar a outro. Enquanto o agente estiver promovendo o transporte o crime

será de natureza permanente, assim considerado aquele cuja conduta delituosa se mantém no tempo e no espaço.

Transferência significa mudança de um lugar a outro. Há uma sutil diferença entre esta conduta e a anterior (transporte). Enquanto *transporte* tem o sentido de levar alguém para local em que se pratica a prostituição (para os fins do tipo legal), a *transferência* pressupõe a mudança de um lugar onde se pratica a prostituição para outro de igual destinação.

Alojamento é local específico destinado ao abrigo de pessoas.

Acolhimento, para os termos do tipo penal, significa receber alguém em local não destinado ao alojamento. Acolher é dar amparo, guarida; dar refúgio, proteção ou conforto físico.

É preciso que as práticas acima analisadas tenham por alvo “pessoa que venha a exercer a prostituição”. Exercer a prostituição é prostituir-se; dedicar-se ao comércio sexual; à satisfação voluntária da lascívia de outrem em troca de vantagem.

Para a adequação típica é preciso, ainda, que tais condutas tenham ocorrido no território nacional, pois se uma das práticas tocar território estrangeiro a figura penal será a do art. 231 (observados os parâmetros da tipificação), e não a do art. 231-A.

A pena abstratamente prevista afasta a possibilidade de suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei 9.099/95), e eventual condenação até 4 (quatro) anos não impedirá a substituição da privativa de liberdade por restritiva de direito, desde que presentes os demais requisitos exigidos em lei. Se fixada a privativa de liberdade até o limite acima indicado, seu cumprimento poderá iniciar-se no regime aberto, observadas as disposições do art. 33 c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

2.10. Irretroatividade da lei mais severa

2.10.1. Reflexo sobre as novas figuras típicas

As inovações acrescentadas ao § 1º do art. 227 e ao *caput* do art. 231, e bem assim a nova figura penal do art. 231-A,

obviamente não se aplicam aos casos consumados antes da vigência da Lei 11.106/2005.

Princípios de contornos constitucionais como o da anterioridade da lei (princípio da legalidade ou reserva legal) e da irretroatividade da lei penal mais severa (art. 5º, incs. XXXIX e XL, da CF), também previstos no art. 1º do Código Penal, impedem a retroação do alcance do texto novo para atingir situações consumadas ao tempo em que a regulamentação normativa era outra, mais benéfica.

De tal sorte, para os termos do novo art. 227 do Código Penal, somente os crimes praticados por cônjuge do sexo feminino; companheiro ou companheira, após a vigência da nova regulamentação penal é que se submeterão à forma qualificada do § 1º.

Nessa mesma linha argumentativa, as inovações dos arts. 231 e 231-A só incidirão sobre fatos praticados sob a égide da nova ordem penal. Observe-se, contudo, que em relação à prática do verbo “transporte”, previsto no art. 231-A, onde a conduta é de natureza permanente, poderá ocorrer hipótese em que ele venha a perdurar vários dias. Sendo assim, se iniciado antes da vigência da lei nova, o transporte se estender para além do início da exigência do texto novo, poderá ocorrer prisão em flagrante, por exemplo, e regular processo com a nova definição típica.

2.10.2. Reflexo sobre a pena de multa cumulada

A experiência da vida contemporânea, pautada pela febre do enriquecimento, indica que muitas vezes a pena de multa poderá surtir efeitos econômicos e psicológicos no réu, bem mais severos que a ameaça ou imposição de pena privativa de liberdade.

É forçoso reconhecer, entretanto, que para tal realidade seria necessário um sistema de execução mais eficaz do que o determinado com a redefinição da pena de multa como dívida de valor, nos termos da Lei 9.268/96.

Pelas mesmas razões expostas no item anterior, a pena de multa agora *cumulativamente imposta* não obriga o aplicador da

lei em relação aos fatos passados, consumados antes da vigência do texto novo.

Para os *casos consumados antes da Lei 11.106/2005*, com ou sem investigação ou processo de conhecimento iniciado antes de 29 de março de 2005 (data em que a lei entrou em vigor), já não subsiste qualquer possibilidade de aplicação de pena de multa, ainda que o crime tenha sido cometido com o fim de lucro, e isso em razão da *revogação expressa* do § 3º do art. 231 (*cf.* art. 5º da nova lei).

Aqui é forçoso reconhecer que a pena de multa deixou de existir para os casos passados. Não há como se restabelecer a vigência do § 3º. A revogação expressa é causa intransponível e obstativa de tal possibilidade.

3. Dispositivos revogados

Além das modificações anteriormente apontadas e analisadas, e em razão do disposto em seu art. 5º, a Lei 11.106/2005 revogou os incisos VII e VIII do art. 107, os arts. 217, 219, 220, 221, 222, o inciso III do caput do art. 226, o § 3º do art. 231 e o art. 240, todos do Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal.

Passaremos, a seguir, à análise dos dispositivos revogados, seguindo a mesma ordem de disposição acima indicada.

3.1. Sobre os incisos VII e VIII do art. 107

O art. 107 do Código Penal estabelece de forma exemplificativa algumas causas de extinção da punibilidade, não sendo demais lembrar que *punibilidade* “é a possibilidade jurídica de o Estado impor a sanção”, conforme a objetiva lição de Damásio de Jesus.¹¹

Os incisos VII e VIII do art. 107 do Código Penal estabeleciam como causas de extinção da punibilidade o casamento da vítima com o agente e o casamento da vítima com terceiro, respectivamente.

¹¹ *Código Penal anotado*, São Paulo, Saraiva, 8ª ed., p. 280.

Conforme o texto revogado do inc. VII do art. 107 do Código Penal, a punibilidade seria extinta: “pelo casamento do agente com a vítima, nos crimes contra os costumes, definidos nos Capítulos I, II, e III do Título VI da Parte Especial deste Código”.

Nos termos do revogado inc. VIII do art. 107 do Código Penal, também seria extinta a punibilidade: “pelo casamento da vítima com terceiro, nos crimes referidos no inciso anterior, se cometidos sem violência real ou grave ameaça e desde que a ofendida não requeira o prosseguimento do inquérito policial ou da ação pena no prazo de 60 (sessenta) dias a contar da celebração”.

As disposições acima transcritas abrangiam os crimes de estupro, atentado violento ao pudor; posse sexual mediante fraude, atentado ao pudor mediante fraude, sedução, corrupção de menores e rapto (arts. 213 a 221 do CP), sendo imprescindível observar as ressalvas legais que determinavam limitações ao alcance das regras.

Impunha-se a extinção da punibilidade em razão da *reparação pelo casamento*. Entendia-se que o matrimônio *limpava* a honra da vítima *manchada* pelo crime, constituindo, em tese, razão suficiente para a terminação dos questionamentos judiciais acerca dos fatos.

Segundo parece ser o entendimento do legislador, o novo tratamento penal apresentado com a Lei 11.106/2005 não permitia a continuidade dos dispositivos antigos.

Agora, o casamento não mais constitui causa de extinção da punibilidade, e bem por isso algumas vezes a vítima poderá unir-se em matrimônio com o réu, livre e espontaneamente; formar família, e depois ver o cônjuge condenado pela prática da conduta precedente, ensejadora de procedimento na esfera criminal.

Haverá discrepância de conseqüências, pois em se tratando de crimes de ação penal privada a vítima poderá optar pelo não ajuizamento da ação; pela renúncia ao direito de queixa; pelo perdão; e ainda após o ajuizamento da queixa-crime provocar a extinção da punibilidade pela perempção (art. 60 do

CPP), caso seja seu desejo, por exemplo, após casar-se com o réu.

De outro vértice, em se tratando de crime de ação penal pública tais institutos são inaplicáveis, e sem a possibilidade de extinção da punibilidade em razão do casamento poderá ocorrer a situação acima aventada, danosa à estabilidade da união familiar.

O tempo dirá se a mudança foi acertada, entretanto, desde já é possível antever situações onde haverá sério problema sócio-familiar que poderia ser evitado com a permanência das regras extirpadas do art. 107 do Código Penal.

3.2. Sobre o art. 217

O polêmico crime de sedução estava previsto no art. 217 do Código Penal, e segundo a redação típica assim se aperfeiçoava o ilícito: “seduzir mulher virgem, menor de dezoito anos e maior de catorze, e ter com ela conjunção carnal, aproveitando-se de sua inexperiência ou justificável confiança”.

Nos dias atuais o crime em questão era de difícil configuração em razão da necessária conjugação das elementares que o integravam. Era preciso que a vítima fosse virgem; menor de dezoito e maior de catorze (se for menor de catorze o crime cogitável será o de estupro); inexperiente e ingênua, ou que depositasse justificável confiança em seu sedutor.

De longa data a melhor doutrina reclamava a revogação do tipo penal em comento. A jurisprudência também demonstrava a mesma tendência.

Não era difícil perceber que a previsão legal não estava ajustada aos dias atuais.

A perda da virgindade pela mulher, nas condições do art. 217, já não precisava da proteção penal.

Há mais. Qualquer proteção que se pretendesse estabelecer sobre o objeto jurídico da tutela penal em questão (a integridade ou virgindade da menor) prescindia de tipificação conforme o art. 217, haja vista o teor das disposições contidas nos arts. 213 e 214, protetoras da *liberdade sexual* contra violência

ou grave ameaça, e as regras dos arts. 215 e 216 que cuidam das hipóteses em que são empregados meios fraudulentos. Acrescente-se, por derradeiro, que o art. 218 se presta à proteção da moral sexual dos adolescentes de ambos os sexos, já que o tipo penal se refere a "... pessoa maior de catorze e menor de dezoito anos...".

Como se vê, não havia justificação lógica ou jurídica para a permanência do crime de sedução no ordenamento jurídico, e bem por isso a revogação do tipo penal é bem vinda.

Em relação ao antigo crime de sedução ocorreu *abolitio criminis*, sendo aplicável a regra do art. 2º do Código Penal.

3.3. Sobre o art. 219

O art. 219 do Código Penal cuidava do crime de "rpto violento ou mediante fraude".

Conforme a narração típica, configurava referido crime: "Raptar mulher honesta, mediante violência, grave ameaça ou fraude, para fim libidinoso". A pena era de reclusão, de dois a quatro anos.

A nova lei aboliu a expressão "mulher *honestas*" do Código Penal e também cuidou de acrescentar, entre outras regras já analisadas, o inciso V ao § 1º do art. 148, com a seguinte redação: "Se o crime é praticado com fins libidinosos".

O art. 148 tipifica o crime de seqüestro ou cárcere privado, contendo formas qualificadas no § 1º, sendo estas punidas com reclusão, de dois a cinco anos.

Em razão do disposto no inc. V acrescentado ao § 1º do art. 148 deixou de ser necessária a previsão contida no art. 219 do Código Penal, visto que a conduta deste último artigo passou a ser tratada naqueles dispositivos (art. 148, § 1º, inc. V).

A partir da Lei 11.106/2005, privar alguém (homem ou mulher) de sua liberdade, para fins libidinosos, constitui crime de seqüestro ou cárcere privado qualificado, e não rpto.

3.4. Sobre o art. 220

Com o nome de “rapto consensual” o art. 220 do Código Penal estabelecia pena de detenção, de um a três anos, se a raptada fosse maior de catorze e menor de vinte e um anos, e o rapto fosse praticado *com seu consentimento* (coloquei o itálico).

Em relação a tal ilícito ocorreu *abolitio criminis* (art. 2º do CP).

Muito embora alguns possam sustentar que referida tipificação agora se encontra no inc. IV do § 1º do art. 148, acrescido com a Lei 11.106/2005, tal conclusão não é acertada, pois nas hipóteses de seqüestro ou cárcere privado *o consentimento válido da vítima impede a tipificação*.

3.5. Sobre os arts. 221 e 222

O art. 221 do Código Penal trazia “causas de diminuição de pena” aplicáveis aos crimes dos arts. 219 e 220.

O art. 222, também se referindo aos arts. 219 e 220; tratava do concurso de crimes envolvendo rapto.

Em razão da revogação dos arts. 219 e 220, não havia qualquer razão justificadora para a permanência dos dois artigos subseqüentes no ordenamento jurídico.

Todo o conteúdo do Capítulo III (Do rapto) do Título VI (Dos crimes contra os costumes), arts. 219, 220, 221 e 222; foi revogado expressamente.

3.6. Sobre o inciso III do caput do art. 226

Em sua antiga redação o artigo 226, III, do Código Penal, determinava o aumento de *quarta parte* da pena, em relação aos delitos a que está vinculado, se o agente era casado ao tempo do ilícito.

A nova redação do art. 226 está nos seguintes termos: “A pena é aumentada: I – de quarta parte, se o crime é cometido com o concurso de 2 (duas) ou mais pessoas; II – de metade, se o agente é ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge,

companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tem autoridade sobre ela”.

Foi revogado o inciso III, conforme está expresso no art. 5º da “nova lei”.

A regra mais benéfica alcança não só os fatos praticados após a vigência da nova lei, mas também aqueles consumados antes, e isso por força do disposto no parágrafo único do art. 2º do Código Penal, *verbis*: “A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado”.

3.7. Sobre o § 3º do art. 231

Referindo-se ao que antes era denominado crime de “tráfico de mulheres”, e que agora passou a ser “tráfico internacional de pessoas”, o § 3º do art. 231 do Código Penal tinha a seguinte redação: “Se o crime é cometido com o fim de lucro, aplica-se também multa”.

A revogação do § 3º do art. 231 do Código Penal, expressamente anotada no art. 5º da Lei 11.106/2005, deve-se à seguinte mudança: a pena de multa que *antes era condicionada* ao “fim de lucro” *agora é obrigatoriamente cumulativa* e está expressa nos §§ 1º e 2º do mesmo artigo.

Haveria, pois, flagrante impertinência e descompasso em imaginar possível a permanência do § 3º no ordenamento.

A revogação era mesmo de rigor, diante da modificação imposta.

3.8. Sobre o art. 240

O crime de adultério estava previsto no art. 240 do Código Penal, e tinha por objeto jurídico da tutela penal “a organização jurídica da família e do casamento”.¹²

¹² DELMANTO, Celso, e outros. *Código Penal comentado*, 6ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2002, p. 505.

Mesmo reconhecendo a importância da proteção jurídica da família e do casamento, é de se concluir que hoje não mais se justifica a *proteção penal* outorgada pelo legislador de 1940.

Não se trata de render homenagens ao adultério. O que é forçoso reconhecer é que o casamento e a família encontram outras formas de proteção no ordenamento jurídico, a exemplo do que ocorre no art. 1.566, inc. I, do Código Civil, que determina o dever de fidelidade recíproca entre os cônjuges.

Conforme assevera Claus Roxin¹³, o direito penal é de natureza subsidiária. “Ou seja: somente se podem punir as lesões de bens jurídicos e as contravenções contra fins de assistência social, se tal for indispensável para a vida em comum ordenada. Onde bastem os meios do direito civil ou do direito público, o direito penal deve retirar-se”.

O direito penal deve ser considerado a *ultima ratio* da política social, o que demonstra a natureza fragmentária ou subsidiária da tutela penal. Só deve interessar ao direito penal e, portanto, ingressar no âmbito de sua regulamentação, aquilo que não for pertinente a outros ramos do direito.

As regras previstas na legislação civil são apropriadas e suficientes, e sendo assim, a revogação do tipo penal em que se encontra o crime de adultério é medida juridicamente saudável e condizente com a realidade jurídico-social em que vivemos.

4. Considerações finais

Conforme visto, as modificações introduzidas no Código Penal foram significativas e tendentes à atualização do sistema penal repressivo no que pertine aos delitos alcançados.

Embora sujeita a críticas pontuais, é forçoso convir que, em sentido amplo a nova lei contém mais acertos do que erros, contrariando a sofrível realidade da produção legislativa no campo penal nos últimos tempos, o que se espera seja o primeiro passo na escolha de um novo caminho.

¹³ *Problemas fundamentais de direito penal*. Lisboa: Vega, 1986. p. 28.

Bibliografia

- HUNGRIA, Néelson.** *Comentários ao Código Penal*, vol. VI, 3ª ed., Rio de Janeiro, *Revista Forense*, 1955, p. 183/184.
- DELMANTO, Celso, e outros.** *Código Penal comentado*, São Paulo, Renovar, 6ª ed., 2002, p. 318.
- HUNGRIA, Néelson.** *Comentários ao Código Penal*, 2ª ed., Rio de Janeiro, *Revista Forense*, vol. VII, 1958, p. 73.
- JESUS, Damásio E. de .** *Código Penal anotado*, 8 ed., São Paulo: Saraiva, 1998. p. 15.
- Art. 5º, inc. XXXIX, da Constituição Federal; art. 1º do Código Penal.
- Art. 5º, inc. LX, da Constituição Federal; art. 2º, parágrafo único, do Código Penal.
- HUNGRIA, Néelson.** *Comentários ao Código Penal*, 3ª ed., Rio de Janeiro, *Revista Forense*, vol. VIII, 1956, p. 131.
- HUNGRIA, Néelson,** *Ob. Cit.*, p. 133.
- Pena – reclusão, de dois a quatro anos.
- HUNGRIA, Néelson.** *Comentários ao Código Penal*, 3ª ed., Rio de Janeiro, *Revista Forense*, vol. VIII, 1956, p. 247.
- Código Penal anotado*, São Paulo, Saraiva, 8ª ed., p. 280.
- DELMANTO, Celso, e outros.** *Código Penal comentado*, 6ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2002, p. 505.
- Problemas fundamentais de direito penal.* Lisboa: Vega, 1986. p. 28.

NORMAS GERAIS EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA. PRINCÍPIOS. TEORIA DA NORMATIVIDADE DOS PRINCÍPIOS.

Fernando Florêncio da Silva (*)

Sumário: 1. Introdução - 2. Competência Tributária - 3. Competência Legislativa Concorrente - 4. Competência Legislativa Suplementar - 5. Constituição Federal. Lei Complementar - 6. As Normas Gerais. Sua natureza Jurídica. Os Princípios - 7. Teoria da Normatividade dos princípios - 8. Normas. Princípios no Sistema Constitucional Brasileiro - 9. Conclusão - Bibliografia.

1. Introdução

Ab initio, é relevante observarmos que as normas gerais de direito tributário têm sua previsão constitucional alicerçada no princípio federativo consagrado na Constituição Federal que adotou, expressamente, a repartição da competência tributárias entre a União, os Estados-membros, o Distrito Federal e os Municípios, assegurando-lhe ampla autonomia não só político-administrativa (arts. 18, 25, 29, 30 e 32, da CF/88), mas também legislativa, ou seja, para legislar, de forma concorrente, em matéria tributária.

2. Competência Tributária

A repartição de competência tributária é considerada pelo constitucionalista Raul Machado Horta *"a chave da estrutura do poder federal, o elemento essencial da construção federal, a grande questão do federalismo, o problema típico do Estado Federal"*.

Explica, ainda, o mestre Raul Machado Horta que *"a repartição de competências é uma exigência para a própria existência do federalismo, devendo a Constituição estabelecer, desde logo, as atribuições*

* Procurador de Justiça Aposentado. Pós-Graduado em Direito Tributário e Direito Financeiro. Universidade Federal do Amazonas - UFAM.

das esferas de Poder, determinando os limites da competência de cada ente político..."¹

Como se observa, é na Constituição Federal que se encontram as atribuições de cada entidade ou pessoa política que integra o federalismo brasileiro. A Constituição Federal, tendo delimitado a repartição de competências entre a União, os Estados-membros, o Distrito Federal e os Municípios, estabeleceu, portanto, os limites de competência de cada ente político.

Com base no princípio federativo, o legislador constituinte, ao delimitar os limites de competência de cada ente político, criou a competência concorrente, através da qual se atribui a matéria legislativa a mais de um ente político, objetivando com isso um federalismo de equilíbrio cooperativo.

3. Competência Legislativa Concorrente

A competência legislativa concorrente pode ser dividida em cumulativa e não cumulativa. A competência cumulativa é aquela em que não há limites prévios à atuação legislativa dos entes políticos que podem legislar ilimitadamente; a não cumulativa é aquela em que a União fixa os princípios, diretrizes e as normas gerais, cabendo aos Estados-membros legislarem de forma complementar.

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu em seu art. 24 e parágrafos as seguintes regras de competência legislativa concorrente.

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

§ 1º No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.

§ 2º A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência complementar dos Estados.

¹ Horta, Raul Machado. Estudos de Direito Constitucional. Ed. Del Rey, 1995, p. 349.

§ 3º *Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender as suas peculiaridades*

§ 4º *A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.*

Conforme se infere do teor do art. 24 e seus parágrafos, a Constituição Federal adotou a competência legislativa concorrente não cumulativa, atribuindo à União a competência para estabelecer normas gerais, e aos Estados-membros a competência para legislar de forma complementar.

4. Competência Legislativa Suplementar

É importante se ressaltar que, embora não tenham sido incluídos, de forma expressa, na norma do art. 24 e seus parágrafos da Constituição Federal, os Municípios poderão legislar, de forma complementar, sobre as normas gerais, dada a sua competência suplementar prevista no art. 30, inciso II, da Constituição Federal.

A regra jurídica prevista no art. 24 e seus §§ 1º, 2º, 3º e 4º, trata, portanto, das normas gerais que alguns doutrinadores entendem como as normas gerais editadas pela União no âmbito da competência legislativa concorrente não cumulativa e que se destinam a todos os entes políticos.

Alguns doutrinadores procuraram definir as normas gerais tomando como ponto de partida as regras jurídicas previstas no art. 24, § 1º, e art. 146, inciso III, da Constituição Federal, compatibilizando-as com o princípio federativo que está intimamente ligado à repartição de competência tributária.

Assim, o professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto conceituou as normas gerais como sendo "*declarações principiológicas que cabe à União editar, no uso de sua competência concorrente limitada, restrita ao estabelecimento de diretrizes nacionais sobre certos assuntos, que deverão ser respeitados pelos Estados-Membros na feitura de suas legislações, através de normas específicas e particularizantes que as*

detalharão, de modo que possam ser aplicadas, direta e indiretamente, às relações e situações concretas a que se destinam, em seus respectivos âmbitos políticos."²

Para o mestre Sacha Calmon Navarro Coelho "*as normas gerais de Direito Tributário veiculadas pelas leis complementares são eficazes em todo o território nacional, acompanhando o âmbito de validade espacial destas, e se endereçam aos legisladores das três ordens de governo da Federação, em verdade, seus destinatários. A norma geral articula o sistema tributário da Constituição às legislações fiscais das pessoas políticas (ordens jurídicas parciais). São normas sobre como fazer normas em sede de tributação*".³

É importante se ressaltar que a expressão "*normas gerais*" foi introduzida no texto constitucional de 1946 pelo notável tributarista e então deputado Aliomar Baleeiro que confessou que "*a sua primeira e última idéia era atribuir à União a competência para legislar sobre direito tributário, amplamente e sem a limitação contida no conceito de normas gerais, desde que esta legislação tivesse a feição de uma lei nacional de preceitos endereçados aos legisladores dos três poderes tributantes: União, Estados e Municípios*"

Como se observa, coube ao tributarista Aliomar Baleeiro introduzir no ordenamento constitucional brasileiro a expressão "*normas gerais*" que nada mais são do que as normas editadas pela União no uso de sua competência legislativa concorrente, aplicáveis a todos os entes políticos na feitura de suas legislações.

No âmbito constitucional tributário, a regra jurídica prevista no art. 24 e seus parágrafos que dispõe sobre a competência legislativa concorrente não cumulativa deve ser interpretada de forma sistêmica com a regra do art. 146, Inciso III, da Constituição Federal de 1988.

² Élcio Fonseca Reis apud Neto, Diogo de Figueiredo Moreira. "*Competência Concorrente. O Problema de Normas Gerais*". Revista de Informação Legislativa. São Paulo, n.º 100, 1998.

³ Élcio Fonseca Reis apud Coelho, Sacha Calmon Navarro. Curso de Direito Tributário Brasileiro, p. 109.

5. Constituição Federal. Lei Complementar

Tendo como ponto de partida a lição de Hans Kelsen, para quem “o ordenamento jurídico é formado por um sistema hierarquizado de normas, na qual as normas situadas em patamares inferiores extraem seu fundamento de validade das normas superiores e, assim, sucessivamente, até alcançar-se a Constituição, a qual está no ápice da pirâmide jurídica”, é na Constituição Federal, face à sua posição hierárquica normativa superior, que se encontra o fundamento de validade de todas as normas jurídicas infra-constitucionais. É na Constituição Federal que se encontram “as normas-regra” e “as normas-princípio” que se irradiam sobre todo o sistema jurídico normativo.

Sendo a Constituição a Lei das Leis e tendo como parâmetro o princípio do federalismo que é a espinha dorsal de todo o sistema constitucional tributário brasileiro, e a base da repartição constitucional da competência tributária entre os entes federados, todo e qualquer diploma normativo de natureza infra-constitucional deve ter como fundamento de validade a Lei Maior do sistema, a fim de se harmonizar e preservar a unidade do sistema constitucional tributário.

A Constituição, estando no ápice da “pirâmide normativa”, é a espinha dorsal do Estado Democrático de Direito que deve se sujeitar ao império da lei e da ordem jurídica, assegurando aos cidadãos os direitos e garantias fundamentais, a fim de se construir uma sociedade livre, justa e solidária, erradicando a pobreza, reduzindo as desigualdades sociais e regionais e promovendo o bem-estar de todos

Mas, para que esse Estado Democrático de Direito possa construir uma sociedade livre, justa e solidária, faz-se necessário o respeito não só à Lei das Leis, “às normas-princípio” que se irradiam sobre todo o sistema jurídico normativo, mas também, o respeito “às normas gerais” que são as leis de moldura, as leis de quadro, destinadas a todos os administrados e, especialmente, aos legisladores dos entes políticos, evitando-se invasões e conflitos de competência, em matéria tributária, entre a União, os Estados-membros, o Distrito Federal e os Municípios e, sobretudo, limitando o poder de tributar desses entes federados,

a fim de se proteger os cidadãos que têm na Constituição Federal o seu instrumento de garantia contra o arbítrio, a força, o autoritarismo e a prepotência dos entes federados.

A Constituição Federal estabelece em seu art. 146, Inciso III, *in verbis*:

Art. 146. Cabe à lei complementar:

I – dispor sobre conflitos de competência, em matéria tributária, entre a União, os Estados, o Distrito e os Municípios;

II – regular as limitações constitucionais ao poder de tributar;

III – estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes;

b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários;

c) adequado tratamento tributário ao ato cooperativo praticado pelas sociedades cooperativas.

À luz do que estabelece o art. 24 e seus §§ 1º, 2º, 3º, cuja regra jurídica deve ser interpretada, de forma sistemática, com a regra prevista no art. 146, Inciso III, da Constituição Federal de 1988, compete à União editar, única e exclusivamente, as normas gerais em matéria de legislação tributária, respeitando-se os princípios federativos e o da autonomia municipal, estadual e distrital.

Assim, interpretando-se as citadas regras constitucionais, a União tem apenas a competência legislativa concorrente não cumulativa, em matéria de legislação tributária, não podendo invadir a competência de cada ente político, sob pena de violar os princípios federativo e da autonomia municipal, federal e distrital.

A corrente doutrinária dicotômica liderada pelo saudoso mestre Geraldo Ataliba, firmou orientação no sentido que as normas gerais, em matéria de legislação tributária, veiculadas por lei complementar, não podem alterar as regras-matrizes dos tributos e muito menos criar, majorar ou reduzir as prestações pecuniárias compulsórias, uma vez que estas matérias foram disciplinadas no texto constitucional que delimitou a competência entre os seus entes políticos.

De tudo o que foi estudado quanto às regras jurídicas previstas nos arts. 24, §§ 1.º, 2.º e 3.º, e art. 146, Inciso III, da Constituição Federal de 1988, entendemos que as normas gerais, em matéria de legislação tributária, são as normas delimitadoras de competência, de observância obrigatória, aplicáveis, sem nenhuma distinção, a todos os entes políticos, e que visam preservar a unidade jurídica do sistema constitucional tributário brasileiro que têm a sua origem (base ou estrutura) nos princípios federativo, da competência tributária e da legalidade que integram o núcleo legal dos tributos.

6. As Normas Gerais. Sua natureza Jurídica. Os Princípios

Definido com base na Constituição Federal o que sejam as normas gerais em matéria de legislação tributária, questiona-se se estas normas têm ou não a natureza de princípios.

Ab initio, devemos assinalar que os juristas italianos usaram a expressão “*princípios*” para designar normas (ou disposições normativas) que desempenham uma função “*importante*” e “*fundamental*” no sistema jurídico unitariamente considerado.

Partindo do pressuposto da normatividade dos princípios, o notável jurista italiano Vezio Crisafulli conceituou “*os princípios como toda norma jurídica, enquanto considerada como determinante de uma ou de muitas outras subordinadas, que a pressupõem, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares (menos gerais), das quais determinam, e portanto resumem, potencialmente, o conteúdo: sejam, pois, estas efetivamente postas, sejam, ao contrário, apenas dedutíveis do respectivo princípio geral que as contém*”⁴

Esse notável constitucionalista italiano Vezio Crisafulli enfatiza, ainda, que *“os princípios gerais estão para as normas particulares como o mais está para o menos, como o que é anterior e antecedente está para o posterior e o conseqüente...”*.⁵ *“Um princípio, seja ele expresso numa formulação legislativa ou, ao contrário, implícito ou latente num ordenamento, constitui norma aplicável como regra de determinados comportamentos públicos ou privados”*.⁶

Um outro jurista italiano Norberto Bobbio, em sua Teoria dell'Ordinamento Giuridico, também considerou *“os princípios gerais como normas fundamentais ou generalíssimas do sistema”*. O nome de princípios induz em engano, tanto que é velha a questão entre juristas se os princípios são ou não normas. Para mim não há dúvida: os princípios gerais são normas como todas as demais”⁷.

Reforçando a tese da normatividade dos princípios, esse jurista italiano enumerou, entre os critérios elucidativos que distinguem os princípios das “outras” normas do ordenamento jurídico, primeiro que *“os princípios gerais são pura e simplesmente normas, mais gerais”*; segundo, são *“normas fundamentais ou normas base do sistema ou traves mestras”*.⁸

A doutrina da normatividade dos princípios teve, ainda, como um de seus mais notáveis precursores o jurista alemão Robert Alexy, que considerou os princípios como *“mandamentos de otimização”* e reconheceu existir entre *“as regras e os princípios distinção qualitativa, e que toda norma é regra ou princípio”*.⁹

Depois de enfatizar que *“as regras são normas que podem ser cumpridas ou não, e quando uma regra vale, então se há de fazer exatamente o que ela exige ou determina. Nem mais, nem menos”*, o notável jurista alemão Robert Alexy reconheceu, finalmente, que *“toda norma é regra ou princípio”*¹⁰

⁴ Bonavides, Paulo. Curso de Direito Constitucional. Malheiros Editores. 11.ª Edição. São Paulo. 2000. p. 230 e 244.

⁵ ibid. P. 244

⁶ ibid. p.245

⁷ Paulo Bonavides apud. Bobbio. Norberto, Teoria dell'Orninamento Giuridico, Turim, Giappichelli Editores, s/d, pp 181 e 182.

⁸ ibid. p. 236

⁹ Bonavides, Paulo. Curso de Direito Constitucional. Malheiros Editores. 11.ª Edição. São Paulo. 2000. p. 250.

Porém, coube a um outro jurista alemão Ronald Dworkin, estabelecer a distinção entre regras e princípios, com base nos critérios do “tudo ou nada” e da “dimensão do peso, importância ou valor”.

Para Dworkin, a distinção está no fato de que “as regras são aplicáveis à maneira de tudo ou nada... Se ocorrerem os fatos por elas estipulados, então a regra será válida e, nesse caso, a resposta que der deverá ser aceita; se tal, porém, não acontecer, aí a regra nada contribuirá para a decisão”.¹¹

Segundo esse jurista alemão, “a dimensão de peso, importância ou valor só os princípios a possuem, as regras não, sendo este talvez o mais seguro critério com que distinguiu tais normas. A escolha ou a hierarquia dos princípios é a de sua relevância”¹².

Esta diferenciação entre princípios e regras, determinada com base na dimensão de peso, importância ou valor, foi, portanto, idealizada pelo jurista alemão Ronald Dworkin¹³.

7. Teoria da Normatividade dos Princípios

A teoria da normatividade dos princípios, que teve como seus mais notáveis precursores os juristas Vezio Crisafulli, Norberto Bobbio, Robert Alexy e Ronald Dworkin, ultrapassou a sua fase dogmática, e ganhou uma maior dimensão “de peso ou valor” no ordenamento jurídico constitucional contemporâneo, transformando-se em princípios constitucionais, positivando-se no seu mais alto grau dentro do sistema normativo dos Estados Democráticos de Direito.

Os princípios, dotados de normatividade, ao serem transformados em princípios constitucionais, ganharam, portanto, não só a dimensão de peso, importância ou valor, segundo as palavras do jurista alemão Ronald Dworkin, mas passaram a ser

¹⁰ Bonavides, Paulo. Curso de Direito Constitucional. Malheiros Editores. 11.ª Edição. São Paulo. 2000. p. 250.

¹¹ *ibid.* p. 253

¹² *ibid.* p. 553

¹³ Dworkin, Ronald. Taking rights seriously, Harvard university press, 1978, p. 24 e 25. Apud Bonavides, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 11.ª Edição. São Paulo. Malheiros Editores. . 2000. p. 253.

o fundamento de validade de todo o sistema jurídico normativo, dada a sua dimensão de valor e posição no ápice da pirâmide normativa, encabeçando a sistema, guiando e fundamentando, portanto, todas as demais normas jurídicas.

O reconhecimento da superioridade e hegemonia dos princípios na pirâmide normativa está no fato dos princípios terem sido incorporados, na sua fase do pós-positivismo, nos textos constitucionais contemporâneos, passando a ser a vigamestra, a espinha dorsal de todo o sistema jurídico normativo, condensando valores, dando unidade a esse sistema e irradiando-se sobre todas as demais normas jurídicas, o que foi, inclusive, reconhecido pelo mestre Celso Antônio Bandeira de Mello:

“Princípio é, por definição, o mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico”.

“Violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais”¹⁴

Como se observa, os princípios, a partir da fase do pós-positivismo, passaram a ser o fundamento de validade de todas as normas e regras jurídicas, das quais se diferenciam pela sua dimensão de peso, importância ou valor, dentro do sistema normativo, cujo critério de diferenciação foi idealizado pelo jurista alemão Ronald Dworkin que considerou as regras –

¹⁴ Luis Roberto Barroso. Apud. Mello, Celso Antônio Bandeira de. Elementos de Direito Administrativo. 1986. Ed. Revista dos Tribunais. p. 230.

aplicáveis sob a forma de tudo ou nada – incompatíveis com os princípios, face à sua dimensão ou valor.

Dos juristas brasileiros que reconheceram a normatividade dos princípios, destacamos, ainda, a posição adotada pelo constitucionalista José Joaquim Gomes Canotilho que estudou a Constituição *“como um conjunto de princípios de sentido, reciprocamente relacionados, interdependentes e complementares, apontando global e tendencialmente para a unidade axiológico-normativa do sistema constitucional que é aberto porque tem uma estrutura dialógica, uma vez que as normas constitucionais captam a mudança da realidade e estão abertas às concepções cambiantes da verdade e da justiça. Estas normas ora tomam a forma de princípios, ora a de regras”*¹⁵.

8. Normas. Princípios no Sistema Constitucional Brasileiro

O constitucionalista Paulo Bonavides ressaltou a importância dos princípios, ao considerar que *“as regras vigem, os princípios valem; o valor que neles se insere se exprime em grau distintos. Os princípios, enquanto valores fundamentais, governam a Constituição, o regime, a ordem jurídica. Não são apenas a lei, mas o Direito em toda a sua extensão, substancialidade, plenitude e abrangência”*¹⁶

A superioridade e hegemonia das normas-princípio no sistema normativo brasileiro foi, também, reconhecida pelo nosso mestre Edvaldo Brito, para quem *“a Constituição é um sistema normativo, hierarquizado em dois verdadeiros estamentos: as normas-princípio e as normas-regra. Aquelas dotadas de grau de abstração elevado, de caráter de fundamentalidade das normas-regra; enquanto estas têm abstração relativamente reduzidas, por isso que são susceptíveis de aplicação direta ao caso concreto, por serem veículos de facti specie. Os princípios são conformadores das valorações políticas captadas, pelo legislador constituinte na sociedade civil; são garantias dos cidadãos quando veiculam os seus direitos subjetivos públicos; são impositivos quando configuram deveres do Estado in abstracto relativamente à realização de certos fins e a execução*

¹⁵Edvaldo Brito. Apud. Canotilho, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. 4.ª e 5.ª. Ed. Livraria Almedina. Coimbra. 1987 e 1991. p. 117 e p. 171.

¹⁶Bonavides, Paulo. Curso de Direito Constitucional. Malheiros Editores. 11.ª Edição. São Paulo. 2000. p. 260

de tarefas; são fundamentais quando se revelam como princípios historicamente objetivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica e que encontram uma recepção expressa ou implícita no texto constitucional"¹⁷

Observa-se, portanto, que no sistema constitucional tributário existem "as normas-princípio e as normas-regra". Portanto, as normas gerais em matéria de legislação tributária têm a natureza de princípios e regras, senão vejamos:

Quando, por exemplo, as normas gerais em matéria de legislação tributária veiculam limitações constitucionais ao poder de tributar são normas princípios.

Porém, nem todas as normas gerais em matéria de legislação tributária têm a natureza de princípios. Por exemplo, as normas gerais em matéria de legislação tributária que disciplinam os conflitos de competência não são princípios, mas regras.

Enfim, as normas gerais em matéria de legislação tributária se materializam ora pelas normas-princípio quando veiculam as limitações constitucionais ao poder de tributar, ora pelas normas-regra, quando disciplinam os conflitos de competência tributária entre os entes políticos.

9. Conclusão

De tudo o que foi estudado sobre normas gerais e princípios — as normas são o gênero, as regras e os princípios, a espécie —, concluo este trabalho com a certeza de que os princípios, estando no ápice da "pirâmide normativa", idealizada por Hans Kelsen, dão unidade ao sistema normativo, governam a Constituição, o ordenamento jurídico e se irradiam sobre todas as demais normas jurídicas.

Temos, ainda, a certeza de que os princípios são os valores fundamentais que se materializam no âmbito do sistema constitucional tributário através da legalidade, da isonomia tributária, da irretroatividade, da capacidade contributiva, da vedação do confisco, da imunidade tributária, da certeza do direito e segurança jurídica e de tantos outros que, expressa ou

¹⁷ Brito, Edvaldo. *Limites da Revisão Constitucional*. Sérgio Antônio Fabris Editor. 1993. Porto Alegre, p. 65 e 66.

implicitamente, previstos no texto constitucional, se constituem em garantias dos cidadãos contribuintes contra o poder de tributar dos entes federados.

Concluo, finalmente, este temário com a certeza de que os princípios são e constituem a vigia-mestra do sistema normativo, o núcleo legal dos tributos, o mandamento nuclear de todo o sistema normativo e o fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico, servindo como limite às mutações constitucionais, às invasões de competência entre os entes federados, e protegendo os contribuintes contra o arbítrio, a força e o poder de tributar dos entes políticos.

Bibliografia

- AMARO**, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. Editora Saraiva, 7º ed., São Paulo, 2001.
- ATALIBA**, Geraldo. *Natureza Jurídica da Contribuição de Melhoria*, São Paulo, Ed. RT, 1964.
- BANDEIRA DE MELLO**, Celso Antônio. "Controle Judicial dos Atos Administrativos", In, RDP 65/27
-
- . "Elementos do Direito Administrativo", Ed. RT, 1986, p. 230.
- BARROSO**, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. Editora Saraiva, São Paulo, 1996.
- BOBBIO**, Norberto. "Teoria dell' Ordinamento Giuridico", Giappicheli Editore, Torino, s/d.
- BONAVIDES**, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, Malheiros Editores, 11º ed., São Paulo, 2000.
- BORGES**, José Souto Maior. *Teoria Geral da Isenção Tributária.*, Malheiros Editores, 3º ed., São Paulo 2000.
- BRITO**, Edvaldo. *Limites da Revisão Constitucional*. Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1993.
- CANOTILHO**, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*, 5ª ed., totalmente refundida e aumentada, Coimbra, Livraria Almedina, 1991.
- CARRAZA**, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*, Malheiros Editores, 16º ed., São Paulo, 2000.

- CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL**, Editora Revista dos Tribunais, 5ª ed., São Paulo, 1999.
- COELHO**, Sacha Calmon Navarro. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*, p. 109, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1999
- CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL**, Editora Saraiva, 28º ed., São Paulo, 2002.
- GOMES DE SOUZA**. Rubens, *Curso de Direito Financeiro* (obra coletiva), Financeiras, Rio de Janeiro, s/d.
- HORTA**, Raul Machado, *Estudos de Direito Constitucional*. Ed. Del Rey, 1995, p. 344.
- KELSEN**, Hans. *Teoria Pura do Direito*, 3ª ed., trad. De João Baptista Machado, Coimbra, Armênio Amado, 1974
- MACHADO**, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*, Malheiros Editores, 15º ed., São Paulo 1999.
- MARTINS**, Ives Gandra da Silva et **NASCIMENTO**, Carlos Valder do. *Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal*, Editora Saraiva, São Paulo, 2001.
- MORAES**, Bernardo Ribeiro de. *Curso de Direito Tributário*, v. 1º, "Sistema Tributário da Constituição de 1969, São Paulo, 1 ano. 1. 1966.
- NETO**, Diogo de Figueiredo Moreira. "*Competência Concorrente. O Problema de Normas Gerais*". Revista de Informação Legislativa. São Paulo, n.º 100, 1998.
- REIS**, Elcio Fonseca. *Federalismo Fiscal Competência Concorrente e Normas Gerais de Direito Tributário*. Ed. Mandamentos, Belo Horizonte, 2000.
- REVISTA DIALÉTICA DE DIREITO**, n.º 38 de Novembro de 1998.
- ROSA JR.** Luiz Emygdio F. da . *Manual de Direito Financeiro e Direito Tributário*, Renovar, 14º ed., Rio de Janeiro, 2000.
- SOUZA** Rubens Gomes de. *Compêndio de Legislação Tributária*. Ed. Póstuma, São Paulo, Resenha Tributária, 1975.
- ULHÔA CANTO**. Gilberto de. *Temas de direito Tributário*. Alba, Rio de Janeiro , 1964, v. III.

OS DEVERES PROCESSUAIS DAS PARTES E A EFETIVIDADE DO PROCESSO CIVIL – Um Estudo à Luz do Artigo 14, II, do CPC¹

Rodrigo de Sá Barbosa (*)

Sumário: 1. Introdução - 2. A concepção substancial das garantias constitucionais do processo civil - 3. A efetividade do processo e a segurança jurídica – instrumentalidade *versus* formalismo - 4. A relação jurídica processual e seus sujeitos parciais – a participação das partes no processo pode constituir um óbice à sua efetividade? - 5. A presença dos valores éticos no CPC – o dever de lealdade e boa-fé ínsito no art. 14, inciso II do *Codex* e sua inaplicabilidade prática - 6. A boa-fé processual objetiva como mecanismo eficaz à prevenção e repressão das condutas desleais no processo civil - 7. Conclusão - Bibliografia.

1. Introdução

Nos dias atuais, o processo civil não mais se coaduna e tampouco admite atitudes desleais ou quaisquer outros óbices à concreta realização do direito material. Assim, é de grande valia o estudo sistemático da efetividade da prestação da tutela jurisdicional no âmbito do processo civil brasileiro, com enfoque à participação dos sujeitos da relação jurídica. Desse modo, com a intensa movimentação nas instituições jurídicas em prol da efetividade, mister se faz encontrar um meio de coibir e reprimir as condutas desleais e a ausência de boa-fé no processo civil, pois, de fato, constituem verdadeiros alçozes da efetividade e do processo justo.

No que tange à efetividade, cuida-se de tema de extrema relevância em todos os ordenamentos jurídicos contemporâneos,

* Advogado. Concluiu o curso de Direito pela Universidade Federal do Amazonas - UFAM. Atualmente, exerce o cargo de Agente de Apoio do Ministério Público do Estado do Amazonas.

¹ Este texto é fruto de uma síntese do Trabalho Monográfico de Bacharelado do autor.

obviamente, em razão do intenso movimento de constitucionalização e internacionalização dos direitos e garantias fundamentais dos novos Estados Democráticos de Direito, instituídos principalmente a partir do século XX. Nesse ínterim, aproveitando o momento oportuno, o Brasil erigiu as garantias da jurisdição e do processo à categoria de direitos e garantias fundamentais constantes da Constituição Federal de 1988.

A partir daí, a preocupação começou a tomar foros de concretização de tais garantias, pois não bastava apenas tê-las no texto constitucional, era preciso efetivá-las. No entanto, o processo não cumpria e não cumpre até hoje o seu objetivo maior que é a pacificação social com a efetiva justiça. O Judiciário, por sua vez, amarga uma crise e desprestígio em função da insuficiente e muitas vezes ineficaz prestação jurisdicional.

Por conta disso, a jurisdição, o processo e as próprias garantias que os cercam, de logo, passaram a sofrer alterações em sua concepção, de modo a oferecer não apenas a prestação jurisdicional à sociedade, mas sim uma prestação efetiva e de resultados práticos. Dessa forma, a preocupação do Estado Democrático de Direito, instituído pela Constituição Federal de 1988, voltou-se para a efetividade da prestação da tutela jurisdicional e, conseqüentemente, do seu instrumento que é o processo.

O processo civil é o instrumento público a serviço do poder estatal no exercício da jurisdição, todavia, ele conta com a participação efetiva da sociedade. Por essa razão, a conduta das partes na relação jurídica processual não poderia deixar de constituir uma imensa preocupação ao Estado.

Pode-se afirmar, que a deslealdade e a má-fé dos próprios sujeitos que participam do processo constituem um dos principais óbices ao alcance de sua efetividade. Dessa forma, não se pode deixar de considerar, também, as inúmeras situações jurídicas processuais disponibilizadas às partes para o exercício de seu direito subjetivo público de acesso à justiça e participação processual, especialmente no tocante à imposição de deveres que visam proteger o interesse público e o resultado do processo.

Em razão de toda a discussão atual sobre a efetividade do processo e, verificados os parâmetros da relação jurídica processual que permitem às partes a utilização dos meios mais adequados à realização de seus direitos, cumpre lembrar que, muitas vezes, o conflito de interesses pessoais enseja a utilização de meios inidôneos para atingir os objetivos definidos.

O Código de Processo Civil, desarte, possui em seu bojo vários preceitos éticos no intuito de coibir e reprimir a deslealdade e a má-fé processual, contudo, tais preceitos são carentes de utilização prática. Na verdade, o estudo é realizado sob a ótica do art. 14, inciso II, do CPC, que consiste na cláusula genérica do dever de agir com lealdade e boa-fé.

É a partir desse preceito que se busca superar um dos principais óbices da efetividade do processo que é a deslealdade e a má-fé, trazendo a posição da doutrina contemporânea sobre a interpretação e aplicação objetiva da regra do art. 14, inciso II, utilizada em vários ordenamentos jurídicos de forma eficaz.

2. A concepção substancial das garantias constitucionais do processo civil

Após as várias fases do movimento de constitucionalização e internacionalização dos direitos e garantias fundamentais, não há mais como se conceber tais direitos e garantias apenas pelo seu aspecto técnico-estrutural, ou seja, pelo seu aspecto formal. É preciso compreender as garantias do acesso à justiça e do devido processo legal sob a ótica contemporânea da doutrina dominante e de vários ordenamentos jurídicos alienígenas, no sentido de uma interpretação substancial.

É através dessa aceção substancial que se chega a um conceito de processo justo e equo com a efetiva realização dos escopos da jurisdição, de tal maneira que assegurar essas garantias constitucionais sob seu aspecto substancial, seria garantir o próprio processo justo. No sistema jurídico atual, não basta a satisfação dos interesses das partes e a realização do direito material, pois o processo, como instrumento da jurisdição,

ganhou proporções sociopolíticas em detrimento da tecnicidade de que era dotado.

Nesse sentido, da grata lição de Kazuo Watanabe, o princípio do acesso à justiça é, na verdade, o acesso à ordem jurídica justa, ou seja, caracteriza-se pela consecução da justiça substancial. Assim, “não obtém justiça substancial quem não consegue sequer o exame de suas pretensões pelo Poder Judiciário e também quem recebe soluções atrasadas ou mal formuladas para suas pretensões, ou soluções que não melhorem efetivamente a vida em relação ao bem pretendido”².

Em verdade, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, todos têm voltado os olhos para a temática da efetividade do processo civil, tanto o legislador infraconstitucional quanto todos aqueles que de alguma forma são interessados na aplicação do direito. Assim, o valor efetividade vem ganhando cada vez mais espaço, mitigando de certa forma e em certos casos, a tão sustentada segurança jurídica³.

A jurisprudência pátria, nesse sentido, vem aplicando e se fundamentando nas diversas teorias doutrinárias que atribuem sentido substancial a vários princípios outrora vistos apenas sob a ótica do aspecto formal, e, ainda, deixando de aplicar muitas vezes os dispositivos legais, em razão dessa nova concepção principiológica na incansável busca pela efetividade.

Um exemplo importantíssimo da concepção substancial ora sustentada pela jurisprudência e pela doutrina, pode ser visto com relação ao próprio princípio do devido processo legal, do qual emerge o valor segurança jurídica. Nessa esteira, Sérgio Eduardo Busato, citando o ilustre mestre Rui Portanova⁴, afirma que o devido processo legal “deixa de ser uma garantia de pré-existência de normas legais que devem ser observadas pelos operadores do direito, para adquirir, também, uma feição

² WATANABE apud DINAMARCO. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 114-115.

³ BUSATO, Sérgio Eduardo. *O Processo Civil Contemporâneo*. Rio Grande do Sul, 2005. Disponível em: www.direito.ufrgs.br/processoeconstituicao/producao/file.asp?ID=6. Acesso em 03 de julho de 2006.

⁴ PORTANOVA apud BUSATO, *passim*.

substancial”. Assim, nessa concepção substancial, a garantia assume a feição de um processo marcado pela razoabilidade, qualificado como justo e adequado, “cujo objetivo final é o próprio acesso ao Judiciário em seu aspecto material [...]”.

De logo, percebe-se que a observância dessas garantias constitucionais do processo e seus valores substanciais constituem o próprio ideal do Estado Democrático de Direito. Daí surge a idéia de efetividade da jurisdição, na medida em que ela desempenha uma função instrumental, visando um objetivo supremo que é a solução dos conflitos e a pacificação social com justiça. Sem embargo, pode-se dizer que no ordenamento jurídico contemporâneo, em face do caráter social e publicista da jurisdição, o interesse individual cede espaço à inevitabilidade da função jurisdicional e, o formalismo arraigado cede espaço à instrumentalidade.

O objetivo precípua, portanto, é a satisfação dos escopos sociais, políticos e jurídicos do Estado em busca da efetividade da prestação da tutela jurisdicional. De logo, afasta-se a concepção privatista do processo e seus dogmas individualistas em prol da publicização e da efetividade do mesmo.

Nesse sentido, vem ao nosso auxílio o ensinamento de Humberto Theodoro Júnior⁵:

O estudioso do processo e o aplicador das normas processuais têm, necessariamente, de ir além da dogmática jurídica, além dos conceitos e categorias exclusivas do Direito. Têm de dar ouvidos a todo o clamor que se ouve no meio sócio-econômico sobre o qual o Direito Processual deve atuar. Somente assim se conseguirá dar ao processo e às normas que o regem força de garantir, e não apenas de declarar, direitos na vida social.

⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Celeridade e Efetividade da Prestação Jurisdicional. Insuficiência da Reforma das Leis Processuais*. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 30, n. 125, jul. 2005. p. 64.

3. A efetividade do processo e a segurança jurídica – instrumentalidade *versus* formalismo

Fala-se que a jurisdição desempenha uma função instrumental perante a ordem jurídica substancial, de igual maneira toda atividade jurídica exercida pelo Estado visa um objetivo maior, que é a pacificação social. O objetivo é, de logo, evitar ou eliminar conflitos entre pessoas, fazendo justiça, por essa razão que o Estado legisla, julga e executa. O processo é, nesse quadro, um instrumento a serviço da paz social.

De acordo com Cintra, Grinover e Dinamarco, “a consciência dos escopos da jurisdição e sobretudo do seu escopo magno da *pacificação social* constitui fator importante para a compreensão da instrumentalidade do processo, em sua conceituação e endereçamento social e político”⁶.

Vê-se, portanto, que, com a evolução do direito processual, veio à tona a idéia de efetividade, consubstanciada no sentido da instrumentalidade do processo, este até então, visto como mero instrumento técnico inclinado apenas à realização da ordem jurídica material, contudo, sem o reconhecimento de suas implicações deontológicas e sem a preocupação com os resultados práticos na vida dos indivíduos e com o ideal de justiça.

Ainda com subsídio na obra de Cintra, Grinover e Dinamarco, tem-se que a instrumentalidade deve ser analisada sob dois aspectos distintos, denominados de positivo e negativo. Em seu aspecto positivo, a preocupação está voltada para a necessária efetividade do processo, ou seja, para a necessidade

⁶ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 20.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 41.

de ter-se um sistema processual capaz de servir de eficiente caminho à ordem jurídica justa⁷. É basicamente a idéia de predispor o processo ao integral cumprimento de todos os seus escopos sociais, políticos e jurídicos. Entretanto, não basta apenas saber quais os objetivos a serem alcançados, mas é preciso conhecer e tentar superar os óbices econômicos e jurídicos que se antepõem ao livre acesso à justiça.

D'outro passo, a instrumentalidade sob seu aspecto negativo, conforme a abalizada doutrina sobredita, preocupa-se em alertar que o processo não é um fim em si mesmo, e não deve ser considerado como fonte geradora de direitos. Desse modo, ainda que o processo seja autônomo, não pode e nem deve se alijar totalmente do direito material, tampouco seus resultados podem superar ou contrariar os desígnios do direito material, do qual ele é também um instrumento.

Na esteira da concepção negativa ora em comento, entende-se que “à aplicação das regras processuais não deve ser dada tanta importância, a ponto de, para sua prevalência, ser condenado um inocente ou absolvido um culpado; ou a ponto de ser julgada procedente uma pretensão, no juízo cível, quando a razão estiver com o demandado”⁸.

Nesse diapasão, Cintra, Grinover e Dinamarco sintetizam a essência do sentido negativo da instrumentalidade do processo ao dizer que,

Uma projeção desse *aspecto negativo* da instrumentalidade do processo é o princípio da *instrumentalidade das formas*, segundo o qual as exigências formais do processo só merecem ser cumpridas à risca, sob pena de invalidade dos

⁷ MAIA, Valter Ferreira. *Litigância de má-fé no código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 27. “É nesse sentido que o *acesso à justiça* equivale, na concepção atual, à obtenção de resultados justos. A doutrina moderna não discrepa no que tange à idéia de obter-se resultados justos pelo acesso à justiça, o que também já foi designado como *acesso à ordem jurídica justa* por KAZUO WATANABE, com afirmações no sentido de que não tem acesso à justiça aquele que recebe uma decisão injusta ou tardia”.

⁸ CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, op. cit., p. 42.

atos, na medida em que isso seja indispensável para a consecução dos objetivos desejados⁹.

Ao se falar em instrumentalidade das formas, portanto, chega-se ao ponto de equilíbrio entre o formalismo e a instrumentalidade, de modo que o formalismo está ligado à idéia de segurança jurídica e a instrumentalidade à idéia de efetividade.

No entanto, o conflito entre esses valores, efetividade e segurança jurídica, é imanente à realidade atual do processo. A segurança jurídica encontra seu fundamento constitucional no art. 5º, inciso LIV, ou seja, na cláusula do devido processo legal. Já a efetividade, por sua vez, vem disposta no inciso XXXV do mesmo artigo supracitado, que formalmente garante a todos o livre acesso ao Judiciário, mas que atualmente possui uma concepção substancial. Na verdade, ao reputar a garantia do acesso à justiça como uma garantia à ordem jurídica justa, atribui-se a ela o caráter substancial, no sentido de não só garantir o simples acesso às portas do Judiciário, mas também de impor ao Estado a efetiva prestação da tutela jurisdicional, de forma célere, adequada e eficaz¹⁰.

A luta por um processo eficaz, que possa realmente promover seu resultado no mundo empírico, bem como contribuir para a consolidação da credibilidade do sistema judiciário, depende de vários fatores especialmente suscitados por Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier¹¹:

Para que o processo seja realmente efetivo, o que evidentemente corresponde aos anseios de todos, – juristas, juízes, membros do MP, advogados, jurisdicionados, etc. – são necessárias alterações na lei, que todavia, longe estão de, sozinhas, poderem levar-nos a resultados satisfatórios. É imprescindível uma dose razoável de boa vontade

⁹ Idem, *ibidem*.

¹⁰ Compreensão moderna do chamado “princípio da inafastabilidade”, prelecionada por Kazuo Watanabe.

¹¹ WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim Wambier. *Anotações sobre a efetividade do processo*. Disponível em: <http://www.direito.ucp.br/efetividade.pdf>. Acesso em: 25 de maio de 2006.

dos intérpretes, significativa coragem do Poder Judiciário no sentido de se desvencilhar do esquema de extrema segurança do processo civil do passado, tendo, todos nós, a permanente consciência de que abrir-se mão desse esquema em troca de maior efetividade será um grande negócio, em que todos sairemos ganhando.

Vê-se que as constantes mudanças na realidade social não mais permitem uma previsão legal de forma absoluta, acarretando diversas transformações na esfera do direito, sobretudo, no que tange à mitigação da segurança jurídica que emerge da regra legal em nome da maior abrangência que se alcança com a aplicação da norma principiológica. Logo, o que se constata na verdade, é a valorização da efetividade do processo civil em detrimento da própria segurança jurídica, mas não por um motivo qualquer, senão porque o objetivo desta, ao final, é nada mais nada menos que aquela. Assim, de nada serviria a observância da segurança jurídica se não se lograsse a efetividade de referida prestação jurisdicional.

4. A relação jurídica processual e seus sujeitos parciais – a participação das partes no processo pode constituir um óbice à sua efetividade?

Os estudos acerca da natureza jurídica do processo contribuíram sobremaneira para que ele chegasse a essa estrutura complexa defendida pela doutrina atual, consubstanciada na fórmula Processo = Relação Processual + Procedimento em efetivo contraditório, bem como para a identificação dos vários óbices à sua efetividade. A sociedade, entretanto, ainda o encara como se fosse um jogo ou uma batalha entre os litigantes, embora essa concepção seja totalmente alijada. Ele é, na verdade, um instrumento público de realização da justiça sob a égide das garantias constitucionais do acesso à justiça e do devido processo legal.

Insta salientar que, dentro de uma concepção teórica triangular da relação jurídica processual, os sujeitos que dela participam são o Estado, o demandante e o demandado. Assim, diferente da relação jurídica material, temos a presença do Estado, representado pela figura do juiz, exercendo plenamente o seu poder ou monopólio da jurisdição. Em contrapartida, as partes figuram em situação de sujeição ao juiz¹².

A relação jurídica processual, portanto, é vista como um vínculo entre os sujeitos que dela participam, regida pelo direito e que se passa no processo. Conforme Enrico Túlio Liebman, em análise pragmática, ela “é a relação entre os sujeitos do processo”¹³.

Esse vínculo, como dito acima, caracteriza-se por inúmeras posições ou situações jurídicas a serem exercidas, e elas podem ser *ativas* ou *passivas*.

São as situações ou posições jurídicas faladas acima as responsáveis pelas atividades exercidas pela partes no processo, seja permitindo-lhes realizar atos de seu interesse (situações jurídicas ativas), seja exigindo-lhes uma conduta ou cumprimento de determinado ato (situações jurídicas passivas), ou ainda, impedindo-as de criar óbices aos atos de autoridade ou aos seus efeitos (sujeição ao Estado-juiz).

Interessa-nos demonstrar que, ao contrário das situações jurídicas ativas, *v.g.*, poderes e faculdades, as posições jurídicas passivas revelam uma característica desfavorável ao seu titular, especialmente quando falamos em *deveres* processuais. Essa assertiva se justifica na medida em que se constata a limitação da liberdade de atuar das partes ou de omitir-se segundo sua

¹² Daí decorre o conceito puro de parte, haja vista ser a parte titular de faculdades, poderes, ônus e deveres na relação jurídica processual, mas sempre em estado de sujeição ao juiz.

¹³ LIEBMAN apud DINAMARCO, 2001, 2v. p. 196.

própria vontade, logo, a conduta devida é do interesse do adversário ou da própria Justiça¹⁴.

Resta claro, portanto, que cabe às partes, no exercício admissível de posições jurídicas processuais, tentarem preparar uma solução favorável em conformidade com seus próprios interesses. Já ao juiz, cabe a preparação de uma decisão correta, justa e efetiva, haja vista ser ele o ponto alto da relação que comanda toda a atividade processual, diferenciando-se das partes pela sua equidistância entre elas e em face do objeto da lide, mostrando-se totalmente desinteressado do ponto de vista jurídico. Por essa razão é que as partes são denominadas de sujeitos parciais e o juiz de sujeito imparcial da relação jurídica processual.

Destarte, para que o Estado possa atingir seus desideratos de excelência, além de garantir a participação das partes em contraditório, faz-se necessário limitar o exercício das situações jurídicas no processo e pautá-lo em normas éticas de cooperação e colaboração com a dignidade da justiça.

Vê-se, portanto, que a tutela constitucional do processo, compreendendo os princípios constitucionais do acesso à justiça e do devido processo legal, além de conceder inúmeras oportunidades às partes para o exercício do direito subjetivo e das situações jurídicas no processo civil¹⁵, também tem por mister impor limites e exigir das partes uma conduta pautada pelos

¹⁴ DINAMARCO, op. cit., 2v. p. 201. Na verdade, esse interesse da Justiça de que o ilustre autor fala a respeito da conduta devida da parte, é um interesse que envolve um objetivo maior, ou seja, a efetividade do processo e, conseqüentemente, uma decisão justa. De forma alguma ele se mostra como um interesse parcial, próprio do juiz, mas, sobretudo, um objetivo imparcial de se fazer *justiça*. Um exemplo da imposição dessas situações jurídicas passivas de interesse do Estado-juiz está consubstanciado no dever de *lealdade*.

¹⁵ O processo, como ligação jurídica complexa que envolve os sujeitos que nele desempenham atividades, é em si mesmo uma relação jurídica processual, a qual, se analisada por seu conjunto, leva à constatação de que é composta de inúmeras posições jurídicas ativas e passivas de cada um dos seus sujeitos, tais como poderes, faculdades, deveres, sujeição e ônus. Nesse passo, Frederico Marques diz que cada ato praticado no processo decorre da atividade das pessoas que dele participam, seja no exercício de um direito, seja no cumprimento de um dever funcional, ou, ainda, no atendimento de algum ônus imposto na norma processual.

valores constitucionais do Estado Democrático de Direito e, principalmente, pela lealdade e boa-fé. Assim, pode-se afirmar que a jurisdição e o processo só irão cumprir seus objetivos de solucionar os conflitos e restaurar a ordem jurídica justa, se, e somente se, houver a presença da lealdade e da boa-fé na relação jurídica processual.

Clara é a afirmação de que o exercício de condutas desleais no processo obsta o seu resultado prático, impedindo sobremaneira o seu perfeito desenvolvimento até o produto final. Nessa esteira, cumpre citar o salutar comentário de Valter Ferreira Maia¹⁶, ao dizer que,

Resta saber, afinal, se realmente é necessária e indispensável essa conduta das partes no processo, pautada na **boa-fé e na probidade**, para que aquele alcance sua efetividade. A nosso ver a resposta é positiva, pois **sem a boa-fé**, vale dizer, com a presença de má-fé processual, **não há a mínima segurança de que o processo judicial seja suficiente para a realização do direito material e sua eficácia.** (grifo nosso)

Nesse prisma, a mácula da deslealdade e da má-fé deve ser extirpada definitivamente do processo civil. Não se pode mais admitir a existência de atitudes desse tipo em um instrumento com valores tão supremos. É preciso mais energia e objetividade no momento em que se deve punir àquele que utiliza de subterfúgios escusos como a deslealdade e a má-fé para a consecução de seus objetivos pessoais na lide.

Ademais, o direito processual civil contemporâneo, na esteira da tutela constitucional, reforça a autonomia e a imparcialidade do juiz, ao passo que exige um papel mais ativo dele no processo. O juiz não é mais um mero espectador da luta entre as partes, logo, deixa de ser vítima do positivismo absoluto e passa a contar com amplos poderes na direção do

¹⁶ MAIA, op. cit., p. 25.

processo, principalmente no campo probatório e no que diz respeito aos poderes de coerção.

Percebe-se que as práticas desleais contribuem, de logo, para a morosidade do processo e muitas vezes distorcem o convencimento do juiz provocando uma decisão injusta. Como dito, é preciso ter mais energia e vontade para evitar e reprimir essas condutas que tornam o processo eivado de injustiça e ineficácia.

5. A presença dos valores éticos no CPC – o dever de lealdade e boa-fé ínsito no art. 14, inciso II do *Codex* e sua inaplicabilidade prática

Toda essa expectativa de que é dotado o processo, no sentido de ser o instrumento pelo qual o Estado, no exercício de sua função jurisdicional, procura oferecer resultados efetivos, deve preceder da observância de princípios que disciplinam as funções, os poderes e os deveres do juiz com acentuada qualificação ético-moral e deontológica. Não poderia ser diferente com relação aos sujeitos parciais da relação jurídica processual. Tanto os poderes quanto os deveres das partes se estabelecem sob a mesma preocupação ética dedicada ao papel do juiz para a consecução do processo justo¹⁷.

Essa preocupação com os valores éticos dispensada ao comportamento e ao exercício de posições jurídicas pelas partes, se justifica porque, “[...] no sistema democrático de processo, o resultado da prestação jurisdicional é gerado pelo esforço conjunto de todos os sujeitos processuais, inclusive, pois, do autor e do réu [...]”¹⁸. Não basta, portanto, que somente o juiz se comporte de acordo com os valores éticos, pois, de nada adiantaria o comportamento ilibado deste, se os próprios sujeitos parciais da relação jurídica processual assim não o fizessem.

¹⁷ THEODORO JR., Humberto. *Boa-fé e processo – Princípios éticos na repressão à litigância de má-fé – Papel do juiz*. Belo Horizonte, 2004. Disponível em: http://www.americajuridica.com.br/begin.php?mostra=artigo&codigo_artigo=28. Acesso em 30 de junho de 2006.

¹⁸ *Idem*.

Logo, ainda que o processo seja uma disputa ou um conflito de interesses, de maneira alguma é permitido o exercício de atitudes antiéticas. “A disputa processual é um jogo em que o participante pode usar de suas habilidades, dentro das regras, não podendo, entretanto, usar de trapaça”, assim dizia Calamandrei¹⁹.

É nessa esteira que o Código de Processo Civil procura valorizar o comportamento ético dos sujeitos do processo, coibindo e reprimindo, de várias formas, a possibilidade da má-fé processual, através dos poderes conferidos ao juiz, que, de certo, tem o dever de assegurar a igualdade, a equidade e a economia processual, em busca da efetividade da justa prestação jurisdicional.

Em verdade, deve-se reprimir a deslealdade, mas, sobretudo encontrar mecanismos que possam preveni-la, pois ela coloca em risco a regular e correta atuação do Estado-juiz no exercício da jurisdição, na medida em que, além de protelar o desfecho da lide, pode iludir, orientar mal ou burlar a prestação jurisdicional no seu propósito ou desiderato de fazer justiça e preservar a legalidade.

Por isso, tendo em vista essas razões ético-jurídicas de que o processo precisa, o Código definiu como deveres das partes as previsões constantes do seu art. 14, do qual se extrai como norma geral de aplicação, o dever de lealdade e boa-fé, ínsitos no inciso II do sobredito artigo.

No entanto, o alto grau de subjetivismo e a confusão na aplicação dos artigos do CPC que tratam da matéria constituem verdadeiros óbices à repressão e prevenção prática e efetiva da má-fé processual. Não bastasse isso, a imposição dos deveres de lealdade e boa-fé encontra empecilho no apego às concepções privatistas, caracterizada pela proteção egoísta da atuação privada no processo, onde qualquer interferência estatal seria autoritária e descabida.

¹⁹ CALAMANDREI apud TRÓCILO JR., Waldemiro José. *Da possibilidade de aplicação da boa-fé objetiva no âmbito do processo civil*. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*. Ano IV, N^o 4 e Ano V, N^o 5 – 2003-2004, p. 655.

Vê-se que, na prática, a repressão às condutas desleais não se faz de maneira eficaz pelo fato de se equiparar à teoria do abuso do direito das relações jurídicas materiais, que consiste na responsabilidade civil do agente causador do dano. Essa teoria, entretanto, postula como condição *sine qua non* para a punição do *improbator litigator*, a constatação do elemento subjetivo dolo ou culpa grave e, ainda, o nexo de causalidade entre o dano e o ato praticado. No âmbito do processo civil, portanto, parte da doutrina revela que o abuso do direito está para a má-fé processual, assim como a responsabilidade civil está para o ato ilícito.

Essa teoria tem se mostrado fraca e ineficaz, pois exige a difícil e desgastante constatação do elemento subjetivo pelo juiz, o que demanda certo lapso de tempo, muitas vezes prejudicial à parte vitimada pelo dano praticado.

Em contrapartida, o CPC brasileiro possui, em seu art. 14, inciso II, uma regra geral de lealdade e boa-fé. Esse dispositivo constitui uma norma aberta, de aplicação prática e eficaz em vários outros ordenamentos jurídicos, como na Itália, Argentina e Alemanha.

Ocorre que, no sistema processual civil brasileiro, os operadores insistem em associar os deveres processuais ínsitos no art. 14 às condutas pré-estabelecidas do art. 17 do CPC, fazendo daquele artigo tão importante, letra morta. Procedendo a leitura dos incisos do art. 17, percebe-se que o legislador procurou descrever comportamentos casuisticamente, com parâmetros um pouco mais objetivos da conduta das partes, contudo, tais expressões ainda possuem uma alta carga de subjetividade, bem como exigem do juiz a aferição do dolo ou culpa grave.

A preocupação consiste no apego absoluto ao art. 17 e suas condutas pré-fixadas, causando a inoperância dos preceitos punitivos. O juiz, ao vislumbrar que a conduta não se encaixa em nenhum dos preceitos do artigo sobredito, de certo deixa de punir o autor do ato sob o argumento da falta de disposição legal. Ademais, ainda que restasse equivalência da conduta ao

parâmetro de algum inciso do art. 17, restaria ao magistrado a tarefa árdua da constatação do elemento subjetivo.

Para Antônio do Passo Cabral, o nível de subjetivismo é elevado e exige uma margem de apreciação cuidadosa pelo magistrado, dependendo da tolerância e dos critérios de cada um deles na aferição do comportamento das partes. De logo, Cabral afirma que expressões constantes dos textos normativos como “resistência injustificada”, “intuito protelatório”, “proceder de modo temerário”, “incidentes manifestamente infundados”, “cientes de que são destituídas de fundamento”, importam em um alto grau de abstração e subjetivismo dos ilícitos processuais²⁰ dispostos nessas regras²¹.

Esse elevado nível e carga de subjetividade, de que detentoras as expressões do Código de Processo Civil, também é compreendido por Bedaque ao comentar que “as descrições das condutas consideradas inadmissíveis são repletas de termos abertos, com contornos indefinidos. Não obstante isso, estabelecem paradigma para a decisão do juiz a respeito da quebra dos deveres estabelecidos no art. 14 e da conseqüente litigância de má-fé”²².

Vê-se, portanto, a dificuldade que o juiz, a despeito de todos os poderes a ele conferidos na direção do processo, tem de identificar e definir qual dever fora descumprido e de que forma deve apenar com perdas e danos o litigante de má-fé. Assim, compete a ele o preenchimento das expressões sem definição absoluta.

De certo, o magistrado, ao vislumbrar a não incidência do comportamento da parte em qualquer das figuras constantes do art. 17 do CPC, dificilmente punirá o agente por litigância de má-fé exatamente pela falta de previsão legal, tampouco aplicará

²⁰ Configurado o chamado ilícito processual, verifica-se o dever de indenizar os danos dele resultantes (art. 16), já prefixados (art. 18).

²¹ CABRAL, Antônio do Passo. *O processo como superego social: um estudo sobre os fins sociais da jurisdição*. Revista de Processo, São Paulo, ano 29, n. 115, maio/jun. 2004, p. 70.

²² MARCATO, Antônio Carlos (Coord.) *Código de processo civil interpretado*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 92.

a norma geral contida no art. 14, inciso II, do Código. Nesse sentido, Antônio do Passo Cabral²³ em crítica ao sistema praticado, diz:

[...] a prática legislativa de descrever comportamentos casuisticamente não se nos afigura adequada nesta seara onde a conceituação é difícil e a tentativa de detalhar normativamente condutas das partes permite um apego à literalidade e a inoperância dos preceitos punitivos. (grifo nosso)

O ilustre doutrinador conclui seu pensamento fazendo uma sucinta comparação do sistema processual brasileiro com ordenamentos jurídicos alienígenas, *verbi*:

Em sentido oposto, na Itália, o *Código* apresenta o dever de lealdade e probidade em seu art. 88, sem enumerar quaisquer condutas específicas. Também na Argentina, o seu art. 45 do *Código de la Nación*, embora tenha elencado alguns parâmetros para a configuração dos comportamentos antiéticos, traz o dever de lealdade como um *cláusula geral*, o que autoriza uma sanção pecuniária genérica para qualquer conduta abusiva. Fala a lei em hipóteses em que, em se observando uma “conduta maliciosa ou temerária”, poderá o juiz impor multas ao litigante desleal. E o próprio CPC brasileiro contém cláusula genérica da ética processual no art. 14, II, como visto, o que torna as enumerações apenas exemplificativas²⁴. (grifo nosso)

²³ CABRAL. *contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva*. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 30, n. 126, ago. 2005. p. 75.

²⁴ *Idem*, p. 76.

Afora isso, se analisados de forma interpretativa, os artigos 14 e 17 demonstram uma total redundância do legislador, pois de alguma forma os preceitos de um se equiparam ao do outro. Dessa forma, pode-se dizer que não haveria necessidade de todos esses preceitos, bastando a existência da cláusula geral da boa-fé, ínsita no inciso II do art. 14 do CPC, para coibir as práticas desleais.

A doutrina nacional, entretanto, parece conformar-se com a idéia de que a norma do art. 14, inciso II, constitui um preceito geral sem nenhuma utilidade prática, de que faz incidir, em caso de descumprimento, as sanções provenientes das figuras da litigância de má-fé e dos atos atentatórios à dignidade da justiça, enumeradas nos arts. 16, 17, 18, 600 e 601 do Código, especialmente o rol constante do art. 17²⁵ 26.

Entendimento que reflete esse conformismo se extrai dos comentários de José Roberto dos Santos Bedaque²⁷ aos arts. 14 a 18, do CPC. Ao falar do art. 16, especificamente, o doutrinador afirma que “a não-observância de qualquer das hipóteses estabelecidas no art. 14, descrição minuciosa do que, ao ver do legislador, caracteriza boa-fé processual, gera a obrigação de ressarcir os prejuízos causados à parte contrária, cujo valor encontra-se prefixado no art. 18, § 2º”.

Da mesma forma aduz o autor ao comentar o art. 17, no item “1. Litigância de má-fé e expressões abertas”, que no art. 14 o legislador estabeleceu a forma genérica resumida no dever de lealdade e boa-fé. Em contrapartida, afirma, que no art. 17, o legislador descreve quais condutas configuram violação daqueles

²⁵ Cândido Rangel Dinamarco afirma que, “o mais amplo e expressivo dos deveres das partes é o de *lealdade*, cuja transgressão a lei sanciona mediante repressão à *litigância de má-fé* e aos atos *atentatórios à dignidade da Justiça*” (DINAMARCO. Instituições... 2v. p. 210.)

²⁶ Nesse mesmo sentido, Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery comentam que “[...] caso a parte ou seu procurador descumpra o dever de probidade, fica sujeita à sanção repressiva do CPC 16 a 18, independentemente do resultado da demanda”. (*Código de processo civil e legislação processual civil extravagante em vigor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 391).

²⁷ MARCATO, Antônio Carlos (Coord.) *Código de processo civil interpretado*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 90.

deveres e por essa razão devem ser consideradas de litigância de má-fé²⁸.

Ademais, reputa taxativo o rol consignado no art. 17 do CPC, no qual, segundo ele, se pretendem tipificados todos os atos não compatíveis com a boa-fé. Arremata o pensamento ao dizer que “especifica-se o que já se encontrava genericamente previsto no sistema. Existe, pois, intenso nexos entre os arts. 14 e 17. A exata compreensão do que vem a ser litigância de má-fé impõe o exame conjunto de ambos”²⁹.

O magistrado paulista Rui Stoco é ainda mais severo ao dissertar sobre a aplicação *in loco* do art. 14, inciso II do CPC, pois afirma que este dispositivo “tem natureza apenas programática, mas sem efetividade ou poder de coerção, na medida em que não estabelece nenhuma sanção para a hipótese de a parte ou seus procuradores agirem com deslealdade”³⁰.

Nesse quadro, cumpre refletir que, para o doutrinador sobredito, parece ser a subsunção da conduta desleal a um dos preceitos sancionadores pré-estabelecidos, requisito obrigatório para que enseje a aplicação de punição no plano da má-fé processual. Assim, afirma Stoco, “sem esse enquadramento não se pode impor sanção prevista na legislação de regência”³¹.

Desse entendimento conclui-se que somente a má-fé, nas hipóteses estabelecidas no art. 17 e outras disposições esparsas do CPC, é que enseja a imposição de sanção. Nesse sentido, Stoco assevera que o único dever do art. 14, cujo enfoque se dá de forma prática, diferente dos demais, é o disposto no inciso I, o dever de veracidade. O doutrinador justifica a argumentação da seguinte maneira:

[...] para efeito de penalização e reparação, só se reputa de má-fé aquele que se comportar segundo

²⁸ Idem, p. 92.

²⁹ Idem, *ibidem*.

³⁰ STOCO, Rui. *Abuso do direito e má-fé processual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 53.

³¹ Idem, *ibidem*.

os *standards* estabelecidos em *numerus clausus* nos incisos do art. 17, ou de acordo com as demais normas prevendo outras hipóteses residuais de má-fé processual, esparsamente estabelecidas em outras disposições do Código de Processo Civil³².

Em assim sendo, diferente do que aconteceu com o inciso II, do art. 14, em que a disposição, conforme Stoco, caracteriza-se apenas como um preceito programático ou mera recomendação de comportamento, “no inciso I não só consagrou-se o princípio da verdade como, ainda, estabeleceu-se mecanismo sancionatório específico, por força de regra de extensão e afirmação contida no art. 17, inciso II, do Código de Processo Civil”, revestindo o dever de veracidade de efetividade e força³³.

Na verdade, o que ocorre é uma verdadeira técnica legislativa equivocada, na medida em que a grande semelhança entre os institutos não permite que se enxergue a tênue diferença entre eles, de enorme relevância tanto no aspecto formal quanto substancial. O próprio Rui Stoco, festejado doutrinador, admite o equívoco do legislador ao dizer que “[...] – sem prejuízo do que já estabelecera como princípio no art. 14, I – o legislador, aproximando-se da redundância, estabeleceu no art. 17 reputar-se litigante de má-fé aquele que: II – alterar a verdade dos fatos [...]”³⁴.

Em verdade, se analisados de maneira não literal, mas interpretativa, os arts 14 e 17 demonstram total redundância do legislador. Bedaque é pontual nesse sentido ao fazer uma correlatividade entre os incisos desses dois artigos, senão vejamos:

a) Art. 17, I – Art. 14, III: Atua de má-fé quem deduz alegação contrária a texto legal expresso ou a fato incontroverso, isto é, formula pretensões destituídas de fundamento, porque não amparadas no sistema jurídico material ou por contrariarem matéria fática não impugnada;

³² Idem, p. 54.

³³ Idem, ibidem.

³⁴ STOCO, op. cit., p. 54.

b) Art. 17, II – Art. 14, I: Também a alteração intencional de matéria fática, com descrição de situações não ocorridas fora do processo ou verificadas de forma diversa, implica exposição dos fatos em desconformidade com a verdade, configurando quebra de dever processual e, conseqüentemente, litigância de má-fé. Nessa linha, não procede com boa-fé a parte que nega fato que sabe existente, ou afirma fato de cuja inexistência tem conhecimento;

c) Art. 17, III – Art. 14, II: A utilização do processo para alcançar objetivo ilegal é outra forma de litigância de má-fé, pois revela falta de lealdade com a parte contrária e com a própria Justiça. O processo é meio de atuação coercitiva do direito, não se prestando a fins escusos ou contrários à lei;

d) Art. 17, IV, V, VI e VII – Art. 14, IV: Por fim, opor resistência injustificada ao andamento do processo, proceder de modo temerário em qualquer incidente ou provocá-lo desnecessariamente e recorrer com intuito protelatório nada mais é do que praticar ou dar causa a atos inúteis e desnecessários.

Resta evidente, portanto, que não é pela falta de subsunção dos preceitos do art. 14 a uma das condutas proibidas e pré-estabelecidas no art. 17 do CPC, que o mesmo não terá utilização prática, pois se analisado de forma não literal percebe-se que a relação entre eles de fato existe.

De certo, percebe-se uma evidente confusão interpretativa e uma tendência arraigada da doutrina em estabelecer uma intrínseca relação, principalmente, entre os deveres processuais das partes e o instituto da litigância de má-fé.

Uns, como Bedaque, por exemplo, admitem um intenso nexo entre eles, de forma interpretativa dos incisos de cada artigo (14 e 17), revelando para cada situação prevista como dever processual, uma sanção por litigância de má-fé, ainda que não haja nexo literal. Outros, como Rui Stoco, afirmam que se uma das previsões do art. 14 não se subsumir com alguma conduta pré-fixada do artigo 17, não há qualquer aplicabilidade de sanção, havendo, portanto, um nexo entre os artigos, desde que observadas as possibilidades de subsunção. Em não havendo,

perde a norma do art. 14 em força e eficácia, não produzindo resultados no mundo empírico.

Não há como negar a evidente relação entre os dois institutos, todavia, a vinculação exagerada de um preceito ao outro distorce o real significado e a incidência de cada um deles como norma prática a combater e reprimir a deslealdade no processo civil. A realidade é que o sistema processual civil brasileiro possui um arsenal normativo para combater esse cenário de ausência de lealdade e boa-fé, mas, sua aplicação, na prática, é extremamente reduzida.

Na verdade, não parecem existir tais deveres, mas sim *obrigações processuais*³⁵ em função do interesse alheio³⁶, que uma vez descumpridas, fazem incidir a reparação por perdas e danos inerente à responsabilidade civil³⁷. Há uma grande e, ao mesmo tempo, tênue diferença entre ter o dever de agir com boa-fé e ter a obrigação de não agir com má-fé. Nem a doutrina, tampouco

³⁵ Nesse sentido, já advertia Carlos Aurélio Mota de Souza ao diferenciar *deveres de obrigações processuais*. Para ele, "*deveres processuais* são estabelecidos para a garantia da adequada realização da atividade processual, visando à ordem pública; podem se referir às partes (dever de veracidade, lealdade e probidade); podem se dirigir a terceiros (dever de testemunhar, de atuar como perito, servir como depositário ou administrador); ou se destinar, aos órgãos estatais – magistrados e auxiliares de Justiça (imparcialidade, exação)". Em contrapartida, "*as obrigações processuais* correspondem a prestações impostas às partes no processo, em função de um interesse alheio, tais como as econômicas (recolher taxas e emolumentos; pagar despesas e custas; reparar dano processual)". (SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. *Poderes Éticos do Juiz – A igualdade das partes e a repressão ao abuso no processo*. Porto Alegre: Fabris, 1987, p. 37.)

³⁶ Nesse diapasão, Rui Stoco afirma que, segundo a ética, o homem em sociedade tem o dever moral de agir de boa-fé, enquanto, segundo o Direito, o homem tem obrigação legal de não agir de má-fé.

³⁷ Rui Stoco afirma que o instituto da litigância de má-fé tem fundadas influências no abuso do direito material, consagrada no art. 187 do Código Civil Brasileiro. Para ele, "o abuso do direito está para a má-fé assim como a responsabilidade civil está para o ato ilícito". Ao abuso do direito pressupõe o dolo ou a culpa grave e a ocorrência do dano ou prejuízo à pessoa atingida pelo ato, traduzida na clássica frase: "ato legítimo no antecedente e ilegítimo no conseqüente".

nosso sistema processual civil, parecem ter descoberto essa diferença³⁸.

6. A boa-fé processual objetiva como mecanismo eficaz à prevenção e repressão às condutas desleais no processo civil

Considerando todos os problemas à aplicação efetiva dos preceitos éticos do CPC, parte da doutrina traz à baila a necessidade da utilização da boa-fé objetiva no processo civil em prol da tão sonhada efetividade da prestação jurisdicional.

Essa boa-fé objetiva, sustentada pela doutrina, advém das relações de direito material, especialmente na seara do direito civil e do direito do consumidor. O Código Civil atual contempla de forma bastante clara a boa-fé objetiva nos arts. 113, 422 e 765, bem como o Código de Defesa do Consumidor em seus arts. 4º, III e 5º, IV.

Diferentemente do que ocorre com o abuso do direito, em que se exige a necessidade do elemento subjetivo dolo ou culpa grave e, ainda, a ocorrência do dano, a boa-fé objetiva é um *standard*, um parâmetro objetivo, genérico, que “enseja a solução dos casos particulares no quadro dos demais modelos jurídicos postos em cada ordenamento, à vista de suas particulares circunstâncias”³⁹.

Em análise à aplicação da boa-fé objetiva no direito civil, principalmente no campo do direito obrigacional e contratual, Alinne Arquete Leite Novais comenta:

O princípio possui, na atualidade grande relevância, não faltando quem afirme haver

³⁸ Carlos Aurélio Mota também adverte acerca da confusão entre os vários institutos de repressão às condutas desleais ao concluir que para as transgressões aos princípios éticos, o CPC prevê sanções de caráter administrativo, penal, pecuniário ou cautelar, cujo elenco reclama uma teoria classificatória. Nessa esteira, “várias correntes doutrinárias aspiraram organizar uma teoria em torno de um critério: ou dever de veracidade, lealdade e probidade, ou abuso do direito de demanda ou defesa, ou má-fé processual, e, ainda, contra o Estado”.

³⁹ NOVAIS, Alinne Arquete Leite. *O princípio da boa-fé e a execução contratual*. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 90, n. 794, p. 57, dez. 2001.

transformado o conceito de sistema e a própria teoria tradicional das fontes dos direitos subjetivos e dos deveres. Assim, a boa-fé objetiva, aplicada como princípio jurídico norteador de todas as relações obrigacionais, dominando e tutelando todo o ordenamento, desempenha um papel fundamental, porque é o caminho pelo qual se permite a construção de uma noção substancialista do direito, atuando como um modelo hábil à elaboração de um sistema aberto, que evolui e se perfaz dia a dia pela incorporação dos variados casos apresentados pela prática social, um sistema no qual os chamados 'operadores' do direito passam a ser vistos como seus verdadeiros autores, e não meramente como seus aplicadores, recipiendários ou destinatários⁴⁰.

Nesse diapasão, o artigo 14, II, do CPC, consagra no sistema processual civil brasileiro a cláusula geral da boa-fé, ou seja, a boa-fé objetiva. Essa boa-fé objetiva é a vitória contra o subjetivismo de que impregnadas as demais normas éticas processuais; é através dela que o magistrado, considerando o arquétipo moral de conduta social, deve punir o sujeito desleal e de má-fé, independentemente de dolo ou culpa grave.

Dessa forma, imprescindível é a atuação efetiva do juiz, haja vista ser ele o responsável pela concretização da norma geral da boa-fé. Assim, a aplicação da boa-fé objetiva conta com a razoabilidade aplicada a cada caso concreto em busca do resultado justo, sempre com supedâneo em um padrão de conduta moral que se identifica com a própria dignidade da justiça.

Vê-se, no entanto, que o repositório legal supracitado, infelizmente, constitui um preceito geral sem qualquer conteúdo prático, não sendo aplicado diretamente ao processo, exceto quando verificada uma das hipóteses de litigância de má-fé ou

⁴⁰ NOVAIS, op. cit., p. 57.

ato atentatório à dignidade da justiça⁴¹. A cláusula genérica constante do inciso II do art. 14 do CPC, é, sem dúvida alguma, uma poderosa arma nas mãos do juiz contra a mácula da deslealdade no processo civil, a fim de que este possa atingir seus escopos em prol da dignidade da Justiça, entretanto, não vem sendo utilizado na prática.

Se considerarmos que deveres processuais são *imperativos de conduta*⁴², que razão teria de ser as hipóteses previstas no art. 14 do CPC, especialmente com relação ao dever de lealdade e boa-fé, se na verdade eles não têm qualquer aplicação prática? Nesse sentido, Brunela Vieira De Vincenzi⁴³ assevera que,

... deveres processuais são “*imperativos de condutas das partes*” no interesse (a) da outra parte; (b) do Estado – com o fim de prestar eficazmente a tutela jurisdicional; (c) da sociedade, que indiretamente aguarda a realização dos escopos da jurisdição. Deveres como os contidos no art. 14, que, no entender de grande parte da doutrina nacional, amparam-se em postulados limitadores estabelecidos em outros artigos do Código, não teriam razão de ser (grifo nosso).

Outrossim, em contraposição ao pensamento daqueles que pugnam pelo dispositivismo no processo civil, não se pode falar em violação à ampla defesa e tampouco em inconstitucionalidade de tais preceitos éticos, tendo em vista a concepção jurídico-política do contraditório, ou seja, a concepção prática e substancial dessa garantia. Na verdade, além de constituir uma poderosa garantia de participação no processo, ele também contempla um sem número de deveres anexos e acessórios, como o de colaboração e cooperação com a Justiça. É o contraditório, em sua acepção prática, que legitima a imposição dos deveres

⁴¹ VINCENZI, Brunela Vieira de, *A boa-fé no processo civil*. São Paulo: Atlas, 2003. p. 94.

⁴² Nesse pensamento: DINAMARCO, op. cit., 2v. p. 209.

⁴³ VINCENZI, op. cit., p. 95.

de lealdade e boa-fé. É dele que se extrai o fundamento constitucional da boa-fé objetiva processual, portanto, não há que se falar em violação à ampla defesa.

O dever de lealdade e boa-fé constitui um preceito ético que, se utilizado de forma objetiva, poderá contribuir sobremaneira para a efetividade do processo e para a superação de seus principais óbices. Isso implica dizer, que não mais subsistiriam motivos ao apego arraigado à literalidade das condutas pré-estabelecidas no art. 17 do CPC, como forma de escusa para a não aplicação da punição. Ademais, a cláusula geral insita no inciso II do art. 14, se interpretada e aplicada de forma prática dentro da sua concepção objetiva, incidiria legitimamente em hipóteses não previstas nos demais dispositivos expressos que tratam de condutas antiéticas.

Nesse diapasão, percebe-se que o sistema processual brasileiro tem a arma ideal para combater a deslealdade e a má-fé nas relações jurídicas processuais, que é a cláusula geral da boa-fé. Precisa-se, contudo, combater a apatia com que os juízes tratam a matéria sob o argumento da subjetividade e da vinculação da conduta violadora aos incisos do art. 17 do CPC, pois, conforme o art. 125, III, o juiz deve prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da Justiça.

Sendo dever do juiz, além de reprimir, prevenir qualquer ato que atente contra a dignidade da justiça, não há que se falar em litigância de má-fé como mecanismo preventivo às condutas desleais no processo, pois, como analisado, nele se faz necessária a constatação do elemento subjetivo e, ainda, a existência do nexo de causalidade entre o dano causado e a conduta praticada. Enfim, o dano já teria ocorrido e não restaria outra alternativa senão reprimir, entretanto, o dever de prevenção restaria inócuo.

Com a concepção objetiva do dever de lealdade e boa-fé, as enumerações do art. 17 passam a ser meras exemplificações e não um rol taxativo, *numerus clausus*, de maneira a vincular o magistrado apenas àquelas situações, assim como também um mecanismo eficaz não só de repressão, mas de prevenção, na medida em que não necessita da constatação do dano causado ao processo para aplicar sua respectiva sanção, bastando para

isso, que a conduta seja contrária a todos os princípios e valores consagrados na Constituição e no ordenamento jurídico como um todo, afastando-se dos padrões do arquétipo moral admitido.

7. Conclusão

Sem embargo, resta evidente e iminente a necessidade de resgatar o prestígio da jurisdição e, para isso, necessário se faz esquecer o apego ao formalismo, às concepções privatistas e o positivismo legalista exegético. As transformações dos paradigmas tradicionais no tocante à prevenção e repressão aos atos contrários à boa-fé devem ocorrer de forma endógena, não podendo o juiz ficar a mercê de eventuais alterações legislativas enquanto a jurisdição é assolada pela mácula da deslealdade.

Importante ressaltar, por outro lado, que as garantias constitucionais do processo civil devem ser compreendidas sob o aspecto substancial e não apenas sob seu aspecto técnico-estrutural, ou seja, formal. É a partir dessa concepção que a tutela constitucional do processo, constituída pelas garantias do acesso à justiça e do devido processo legal, irá possibilitar ao processo atingir seus verdadeiros escopos, sobretudo, no que tange a oferecer resultados práticos na vida das pessoas, garantindo assim, o verdadeiro acesso à ordem jurídica justa e, por conseguinte, a pacificação social.

De logo, irrefutável é a idéia de que as garantias constitucionais do processo têm por mister, não apenas conceder oportunidades às partes para o exercício de posições ou situações jurídicas na relação processual, mas, sobretudo, impor limites à participação daquelas, objetivando um processo pautado pela lealdade e boa-fé.

O processo civil contemporâneo não pode mais ser visto como um jogo, uma luta ou uma guerra desenfreada entre as partes sob a escusa do princípio dispositivo absoluto de que era dotado. Atualmente, ele é considerado como uma estrutura complexa, ou seja, não constitui apenas um instrumento de realização do direito material, mas, especialmente, um instrumento público ético de pacificação social, na medida em

que é por intermédio dele que o Estado exerce sua atividade jurisdicional.

Por essa razão, a posição das partes e, principalmente, a liberdade a elas concedida pelo sistema processual civil, até então, de natureza predominantemente individualista, está sendo repensada, analisada e, conseqüentemente, limitada.

Nesse sentido, percebe-se o intrínseco elo que há entre a tão almejada efetividade do processo civil e a conduta das partes na relação jurídica processual. De logo, o sistema da litigância de má-fé não se afigura como um mecanismo eficaz de repressão e tampouco de prevenção às condutas desleais executadas no processo, na medida em que exige a constatação do elemento subjetivo e a existência do dano e do nexo de causalidade entre este e a conduta praticada.

Desarte, a boa-fé objetiva, constante do art. 14, II, do CPC, constitui um instrumento efetivo nas mãos daqueles que realmente pretendem fazer justiça. É através dela que vários outros ordenamentos jurídicos alienígenas combatem de forma eficaz as máculas e pechas da má-fé e da deslealdade no processo civil. Assim, imperioso o papel efetivo do juiz, em face da patente ampliação de seus poderes na condução do processo, para fazer valer assim, o apelo e anseio da sociedade, bem como cumprir o desiderato de excelência da função jurisdicional que é pacificar com justiça.

Bibliografia

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito Constitucional*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BUSATO, Sérgio Eduardo. *O Processo Civil Contemporâneo*. Rio Grande do Sul, 2005. Disponível em: <www.direito.ufrgs.br/processoeconstituicao/producao/file.asp?ID=6> Acesso em 03 de julho de 2006.

CABRAL, Antônio do Passo. *O processo como superego social: um estudo sobre os fins sociais da jurisdição*. Revista de Processo, São Paulo, ano 29, n. 115, p. 345-373, maio/jun. 2004.

- _____. *O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva*. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 30, n. 126, p. 59-79, ago. 2005.
- CAMPOS**, Paulo Cerqueira. *A preclusividade de poderes do juiz como uma das formas de se conferir efetividade ao atual processo civil brasileiro*. *Revista de Doutrina e Jurisprudência*. Brasília-DF, n. 75, p. 17-43, maio/ago. 2004.
- INTRA**, Antônio Carlos de Araújo; **GRINOVER**, Ada Pellegrini; **DINAMARCO**, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.
- CRETELLA NETO**, José. *Fundamentos Principiológicos do Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- DEL CLARO**, Roberto. *Devido Processo Legal – direito fundamental, princípio constitucional e cláusula aberta do sistema processual civil*. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 30, n. 126, p. 265-271, ago. 2005.
- DIDIER JR.**, Fredie. *Direito Processual Civil – Tutela Jurisdicional Individual e Coletiva*. 5. ed. rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2005.
- DINAMARCO**, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- _____. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2001. 2v.
- _____. *O CPC e as suas recentes alterações*. Disponível em: <http://www.acta-diurna.com.br/biblioteca/doutrina/cpc/doutrin7.htm> Acesso em: 25 de junho de 2006.
- FRIEDE**, Reis. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. (arts. 1º ao 80, v. 1).
- GRECO FILHO**, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- LENZA**, Pedro. *Direito Constitucional Esquemático*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2005.
- LOPES**, João Batista. *Efetividade da tutela jurisdicional à luz da constitucionalização do processo civil*. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 29, n. 116, p. 29-38, jul/ago. 2004.
- MAFRA**, Jeferson Isidoro. *Dever de cumprir ordem judicial*. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, Vol. 378, p. 439-453.

- MAIA**, Valter Ferreira. *Litigância de má-fé no código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- MARCATO**, Antônio Carlos (Coord.) *Código de processo civil interpretado*. São Paulo: Atlas, 2004.
- MARQUES**, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. 9. ed. atual. Campinas, SP: Millennium, 2003.
- MESQUITA**, Eduardo Melo de. *As tutelas cautelar e antecipada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002 (Coleção estudos de direito de processo Enrico Tullio Liebman, v. 52).
- MORAES**, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- MOREIRA**, José Carlos Barbosa. *Correntes e contracorrentes no processo civil contemporâneo*. Revista de Processo, São Paulo, ano 29, n. 116, p. 313-323, jul/ago. 2004.
- _____. *O processo, as partes e a sociedade*. Revista de Processo, São Paulo, ano 30, n. 125, p. 279-288, jul. 2004.
- NERY JÚNIOR**, Nelson; Nery, Rosa Maria de Andrade Nery. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- NOVAIS**, Alinne Arquete Leite. *O princípio da boa-fé e a execução contratual*. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 90, n. 794, p. 56-73, dez. 2001.
- OLIVEIRA**, Carlos Alberto Álvaro de. *Efetividade e tutela jurisdicional*. Rio Grande do Sul, 2005. Disponível em: <http://www.tex.pro.br/wwwroot/01de2005/efetividadeetutela_carlosalbertooliveira.htm> Acesso em 25 de maio de 2006.
- _____. *Poderes do juiz e visão contemporânea do processo*. Rio Grande do Sul, 2003. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>> Acesso em: 25 de maio de 2006.
- PEREIRA**, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: 2004. 3v.
- RIBEIRO**, Darci Guimarães. *O sobreprincípio da boa-fé processual como decorrência do comportamento da parte em juízo*. Revista Forense, Rio de Janeiro, Vol. 381, p. 58-70.
- RODRIGUES**, Maria Stella Villela Souto Lopes. *ABC do Processo Civil*. 8.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

- SANTOS**, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.
- SILVA**, Ovídio A. Baptista da Silva, *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. rev, atual. e ampl. São Paulo, 2005. (Coleção Comentários ao Código de Processo Civil, arts. 1º ao 100, v.1).
- SOUZA**, Carlos Aurélio Mota de. *Poderes Éticos do Juiz – A igualdade das partes e a repressão ao abuso no processo*. Porto Alegre: Fabris, 1987.
- SOUZA JÚNIOR**, Adugar Quirino do Nascimento. *Efetividade das decisões judiciais e meios de coerção*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003.
- STOCO**, Rui. *Abuso do direito e má-fé processual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- THEODORO JR.**, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 41.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- _____. *Celeridade e Efetividade da Prestação Jurisdicional. Insuficiência da Reforma das Leis Processuais*. Revista de Processo, São Paulo, ano 30, n. 125, p. 61-78, jul. 2005.
- _____. *Boa-fé e processo – Princípios éticos na repressão à litigância de má-fé – Papel do juiz*. Belo Horizonte, 2004. Disponível em:
< http://www.americajuridica.com.br/begin.php?mostra=artigo&codigo_artigo=28 >
- Acesso em 30 de junho de 2006.
- TRÓCILO JR.**, Waldemiro José. *Da possibilidade de aplicação da boa-fé objetiva no âmbito do processo civil*. Revista da Faculdade de Direito de Campos. Ano IV, Nº 4 e Ano V, Nº 5 – 2003-2004, p. 645-668.
- VINCENZI**, Brunela Vieira de, *A boa-fé no processo civil*. São Paulo: Atlas, 2003.
- WAMBIER**, Luiz Rodrigues (coord.); **ALMEIDA**, Flávio Renato Correia de; **TALAMINI**, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- WAMBIER**, Luiz Rodrigues; **WAMBIER**, Teresa Arruda Alvim Wambier. *Anotações sobre a efetividade do processo*. Disponível

em: <<http://www.direito.ucp.br/efetividade.pdf>> Acesso em:
25 de maio de 2006.

ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montigelli. *O Processo Civil no 3º Milênio e os Principais Obstáculos ao Alcance de sua Efetividade.* Rio de Janeiro: Forense, 2004.
NASCIMBENI, Asdrubal Franco. *Multa e Prisão Civil como meios coercitivos para a obtenção da tutela específica.* Curitiba: Juruá, 2005.

REFORMA POLÍTICA DO ESTADO E DEMOCRATIZAÇÃO

Alexandre de Moraes (*)

Sumário: 1. Introdução - 2. Democracia e representação política - 3. Crise no sistema representativo - 4. Partidos políticos - o desvirtuamento da proporcionalidade parlamentar e o total desligamento do parlamentar com seu partido político - 5. Grupos de pressão - 6. Fortalecimento exagerado dos grupos de pressão direta e indireta e enfraquecimento dos partidos políticos - 7. Modos de abordagem e contato entre os grupos de pressão e o governo. técnicas de persuasão dos grupos de pressão - 8. Termo *lobby* - 9. Necessidade de regulamentação e controle dos grupos de pressão - 10. Participação popular - plebiscitos/referendos/iniciativa de lei - 11. Conclusões - Bibliografia.

1. Introdução

Trata-se de estudo centrado nas dificuldades da representação política enquanto sustentáculo da Democracia. A partir de uma breve análise sobre as noções democráticas e da representação política, constatar-se-á que a crise da representação popular e na própria organização e funcionamento dos partidos políticos - que não conseguiram evoluir no sentido de servirem como eficazes instrumentos de efetiva representação dos interesses do Povo no Parlamento - incentivou o surgimento e

* ALEXANDRE DE MORAES é Doutor em Direito do Estado e Livre-docente em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; Membro do Conselho Nacional de Justiça; ex-Secretário da Justiça e da Defesa da Cidadania do Estado de São Paulo; Professor associado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; Professor titular da Universidade Presbiteriana Mackenzie e dos Cursos de Especialização das Escolas Superiores dos Ministérios Públicos de São Paulo, da Bahia e de Sergipe e da Escola Paulista da Magistratura; Membro do Conselho Editorial da Editora Atlas, do Instituto Pimenta Bueno - Associação Brasileira dos Constitucionalistas (Fadusp), do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional (IBDC) e da Academia Brasileira de Direito Constitucional.

fortalecimento de novos caminhos de representação popular no processo decisional do Estado. Desta forma, paralelamente ao retorno de institutos antigos de democracia semi-direta, a vida política estatal vê de forma crescente a participação da própria sociedade civil na tomada de decisões políticas, ora de forma organizada (associações, grupos de pressão, direito de petição), ora de forma desorganizada e efêmera, no exercício do direito de reunião e manifestação (passeatas em defesa de específico objeto)

Da Democracia meramente representativa passamos à Democracia participativa, onde ao lado dos tradicionais partidos políticos, passamos a encontrar a própria sociedade civil tentando concretizar a vontade soberana do povo nas manifestações do Estado.

Nesse estudo, serão analisadas breves considerações sobre essa complexa questão, para a partir de apontamentos de alguns problemas existentes, pensarmos em um novo modelo de aprimoramento da representação política no Estado, e, em especial, de aproximação dos partidos políticos para com o povo.

2. Democracia e representação política

A defesa de um Estado Democrático pretende, precipuamente, afastar a tendência humana ao autoritarismo e concentração de poder. Como ensina Giuseppe de Vergottini, o estado autoritário, em breve síntese, caracteriza-se pela concentração no exercício do poder, prescindindo do consenso dos governados e repudiando o sistema de organização liberal, principalmente a separação das funções do poder e as garantias individuais.

Maurice Duverger, ao analisar a complexidade da conceituação da Democracia, nos aponta que “a definição mais simples e mais realista de democracia: regime em que os

¹ Conferir extenso e completo estudo sobre a soberania popular: BAPTISTA, Eduardo Correia. *A Soberania Popular em Direito Constitucional. Perspectivas Constitucionais - Nos 20 anos da constituição de 1976*. Organização: Jorge Miranda. Coimbra: Coimbra, 1996. v.1. p. 481.

governantes são escolhidos pelos governados; por intermédio de eleições honestas e livres”. Destaca Manoel Gonçalves Ferreira Filho que, de fato, “a Democracia, no plano político, que é a máxima identificação dos governantes e dos governados, implica num estatuto do poder. Um estatuto tal que os governantes sejam a imagem dos governados”, para a seguir concluir que “a Democracia, como Proteu, muda freqüentemente de aparência. Quem tentar examiná-la no pormenor na maior parte das vezes ficará desorientado. Depois de haver consagrado tantos capítulos à Democracia, ei-la que retorna com uma nova roupagem”.

O Estado Democrático de Direito, que significa a exigência de reger-se por normas democráticas, com eleições livres, periódicas e pelo povo, bem como o respeito das autoridades públicas aos direitos e garantias fundamentais, é proclamado no *caput* do artigo 1º da Constituição da República Federativa do Brasil, que, adotou, igualmente, no seu parágrafo único, o denominado *princípio democrático* ao afirmar que “*Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição*”, para mais adiante, em seu artigo 14 proclamar que “a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: plebiscito; referendo; iniciativa popular”.

Canotilho e Moreira informam o alcance do *princípio democrático*, dizendo que “A articulação das duas dimensões do princípio democrático justifica a sua compreensão como um princípio normativo multiforme. Tal como a organização da economia aponta, no plano constitucional, para um sistema econômico complexo, também a conformação do princípio democrático se caracteriza tendo em conta a sua estrutura pluridimensional. Primeiramente, a democracia surge como um

² Importante classificação em relação a participação política do cidadão é feita por Dalmo Dallari ao apontar que “no relacionamento entre o governo de um Estado e os seus cidadãos que possam exercer direitos políticos há quatro atitudes possíveis: adesão, colaboração, omissão e oposição” (*O renascer do direito*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 124).

processo de democratização, entendido como processo de aprofundamento democrático da ordem política, econômica, social e cultural. Depois, o princípio democrático recolhe as duas dimensões historicamente consideradas como antitéticas: por um lado, acolhe os mais importantes elementos da *teoria democrática-representativa* (órgãos representativos, eleições periódicas, pluralismo partidário, separação de poderes); por outro lado, dá guarida a algumas das exigências fundamentais da *teoria participativa* (alargamento do princípio democrático a diferentes aspectos da vida econômica, social e cultural, incorporação de participação popular directa, reconhecimento de partidos e associações como relevantes agentes de dinamização democrática, etc.)”.

Assim, o princípio democrático exprime fundamentalmente a exigência da integral participação de todos e de cada uma das pessoas na vida política do país, a fim de garantir-se o respeito à soberania popular, no sentido que lhe empresta Marcello Caetano, para quem a *soberania* consiste em “um poder político supremo e independente, entendendo-se por poder supremo aquele que não está limitado por nenhum outro na ordem interna e por poder independente aquele que, na sociedade internacional, não tem de acatar regras que não sejam voluntariamente aceites e está em pé de igualdade com os poderes supremos dos outros povos”.

Podemos citar, a título exemplificativo, várias Constituições estrangeiras que expressam o necessário exercício da soberania popular na condução dos negócios políticos do Estado:

- *Artigo 48, item 1, da Constituição da República Portuguesa* - Todos os cidadãos têm o direito de tomar parte na vida política e na direcção dos assuntos públicos do país, directamente ou por intermédio de representantes livremente eleitos.

³ VERGOTTINI, Giuseppe de. *Diritto costituzionale comparato*. Padova: Cedam, 1981. p. 589.

⁴ DUVERGER, Maurice. *Os partidos políticos*. Rio de Janeiro: Zahar editores, 1970. p. 387.

- *Artigo 49 da Constituição da República Portuguesa* - Têm direito de sufrágio todos os cidadãos maiores de dezoito anos, ressalvadas as incapacidades previstas na lei geral. O exercício do direito de sufrágio é pessoal e constitui um dever cívico.

- *Artigo 108 da Constituição da República Portuguesa* - O poder político pertence ao povo e é exercido nos termos da Constituição.

- *Artigo 109 da Constituição da República Portuguesa* - A participação directa e activa de homens e mulheres na vida política constitui condição e instrumento fundamental de consolidação do sistema democrático, devendo a lei promover a igualdade no exercício dos direitos cívicos e políticos e a não discriminação em função do sexo no acesso a cargos públicos.

- *Artigo 48 da Constituição da Itália* - São eleitores todos os cidadãos, homens e mulheres, que atingirem a maioridade. O voto é pessoal e igual, livre e secreto. O seu exercício é dever cívico. O direito de voto não pode ser limitado, exceto por incapacidade civil ou por efeito de sentença penal irrevogável ou nos casos de indignidade moral, indicados pela lei.

- *Art. 20 da Lei Fundamental Alemã* - Todo o poder estatal emana do povo. É exercido pelo povo por meio de eleições e votações e através de órgãos

⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Os partidos políticos nas constituições democráticas*. Belo Horizonte: Universidade de Minas Gerais - edição da Revista brasileira de estudos políticos, 1966. p. 99. Conferir, ainda, sobre a definição de democracia: CAGGIANO, Mônica Herman Salem. *Sistemas eleitorais X representação política*. São Paulo: Tese de doutorado Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1997, p. 09.

especiais dos poderes legislativo, executivo e judiciário.

- *Art. 134 da Constituição da República de Cuba* - Em toda eleição e nos referendos, o voto é livre, igual e secreto. Cada eleitor tem direito a um só voto.

- *Artigo 23 da Constituição espanhola* - Os cidadãos têm o direito a participar dos assuntos públicos diretamente ou por meio de seus representantes, livremente eleitos em eleições periódicas por sufrágio universal.

- *Artigo 68 da Constituição espanhola* - O Congresso se compõe de um mínimo de 300 e um máximo de 400 Deputados, eleitos por sufrágio universal, livre, igual, direto e secreto, nos termos estabelecidos na lei.

- *Artigo 43 da Constituição da Confederação Suíça* - Qualquer cidadão de um cantão é cidadão suíço. A este título, pode tomar parte, no lugar do seu domicílio, em todas as eleições e votações em matéria federal, após ter devidamente justificado a sua qualidade de eleitor.

- *Artigo 37 da Constituição da Nação Argentina* - Essa Constituição garante o pleno exercício dos

⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital. *Fundamentos da constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991. p. 195.

⁷ CAETANO, Marcello. *Direito Constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. v. 1, p. 169.

⁸ Como salienta Dalmo Dallari, "a atividade de governo é essencialmente política e só por inconsciência ou demagogia é que alguém, participando de um governo, pode afirmar-se apolítico" (*O renascer do direito*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 93).

direitos políticos, com respeito ao princípio da soberania popular e das leis que editem em consequência. O sufrágio é universal, igual, secreto e obrigatório. A igualdade real de oportunidades entre homens e mulheres para o acesso a cargos eletivos e partidários se garantirá por ações positivas na regulamentação dos partidos políticos e em seu regime eleitoral.

Como é possível verificar, à partir do Direito Constitucional comparado, modernamente a soberania popular é exercida em regra por meio da Democracia representativa, sem contudo descuidar-se da Democracia Participativa, uma vez que são vários os mecanismos de participação mais intensa do cidadão nas decisões governamentais (plebiscito, referendo, iniciativa popular), bem como são consagrados mecanismos que favorecem a existência de vários grupos de pressão (direito de reunião, direito de associação, direito de petição, direito de sindicalização).

Carl J. Friedrich define a representação política como “o processo por meio do qual a influência de toda a cidadania, ou parte dela, sobre a ação governamental, se exerce, com sua aprovação expressa e em seu nome, por um pequeno número de pessoas, com efeitos obrigatórios para os representados”.

Ressalte-se, porém, que a representação política não deve ser meramente teórica, pois uma Democracia autêntica e real exige efetiva participação popular nas decisões governamentais, e, em especial, na escolha de seus representantes. Mister se faz a adequação de mecanismos que ampliem a eficácia da representatividade, sejam preventivos, a partir de um maior interesse do cidadão nas eleições, sejam repressivos, por meio de práticas de democracia semi-direta, pois, como adverte Dalmo Dallari, a crise da democracia representativa pode gerar regimes

⁹ FRIEDRICH, Carl J. *Gobierno Constitucional Y Democracia*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1975. p. 16 e segs.

¹⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. *O renascer do direito*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 131.

¹¹ COMPARATO, Fábio Konder *al alii*. *Brasil sociedade democrática*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1985. p. 398.

autoritários pois “se o povo não tem participação direta nas decisões políticas e se, além disso, não se interessa pela escolha dos que irão decidir em seu nome, isso parece significar que o povo não deseja viver em regime democrático, preferindo submeter-se ao governo de um grupo que atinja os postos políticos por outros meios que não as eleições”.

3. Crise no sistema representativo

Diferentemente do Estado Liberal, onde o Poder Legislativo enquanto detentor da vontade geral do povo predominava dentre os demais poderes, a partir do Estado Social, o Poder Executivo vem assumindo, cada vez mais, o papel de grande empreendedor das políticas governamentais, relegando a um segundo plano o Parlamento e, conseqüentemente, os partidos políticos, e fazendo surgir, com mais força e vitalidade, por absoluta necessidade, outros atores da competição política. Assim, a idéia básica do Estado Liberal, onde a crença da soberania popular e da representação política permaneciam intocáveis, como instrumentos infalíveis da participação da sociedade no poder, foi afastada pela chegada do Estado Social, como bem salientado por Fábio Konder Comparato, demonstrando, claramente, que diante das grandes transformações sócio-econômicas, os representantes do povo muito pouco decidem e os que decidem carecem de grande representatividade política.

O problema central da representação política, portanto, acaba por consistir na impossibilidade de aferir-se a compatibilidade entre a vontade popular e a vontade expressa pela maioria parlamentar.

Dentre outras importantes causas, poder-se-ia apontar três primordiais para esse distanciamento entre representantes e

¹² Maurice Duverger, em relação à representação política, afirma que “o problema fundamental consiste em medir o grau de exatidão da representação, isto é, o grau de coincidência entre a opinião pública e a sua expressão parlamentar” (DUVERGER, Maurice. *Os partidos políticos*. Rio de Janeiro: Zahar editores, 1970. p.406).

representados: o desvirtuamento da proporcionalidade parlamentar, o total desligamento do parlamentar com seu partido político e a ausência de regulamentação na atuação dos grupos de pressão perante o Parlamento.

A crise representativa demonstra uma maior necessidade de reaproximação do povo com o governo, ou seja, dos representados com os representantes.

A reaproximação do povo com o governo traz novamente à tona a combate entre as idéias de representante-delegado e representante-fiduciário. A primeira idéia consiste no mandato imperativo defendido por Rosseau, que aponta que “a soberania não pode ser representada, pela mesma razão que não pode ser alheada. Consiste essencialmente na vontade geral, e esta vontade não se representa. É a mesma ou é outra, e nisto não há termo médio. Os deputados do povo não são, pois, nem podem ser, seus representantes, são simplesmente seus comissários que não estão aptos a concluir definitivamente. Toda lei que o povo pessoalmente não retificou é nula e não é uma lei. O povo inglês pensa ser livre e engana-se. Não o é senão durante a eleição dos membros do Parlamento. Uma vez estes eleitos, torna-se escravo e nada mais é. Nos curtos momentos de sua liberdade, o uso que dela faz bem merece que a perca”. A Segunda consiste na idéia de mera representação, com características bem definidas, como ressaltado por Norberto Bobbio para quem “as democracias representativas que conhecemos são democracias nas quais por representante entende-se uma pessoa que tem duas características bem estabelecidas: a) na medida em que goza da confiança do corpo eleitoral, uma vez eleito não é mais responsável perante os próprios eleitores e seu mandato, portanto, não é revogável; b) não é responsável diretamente perante os seus eleitores

¹³ Dalmo de Abreu Dallari faz consciente análise da crise do Estado e crise de Governo: *O renascer do direito*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 96 e segs. Conferir, ainda, sobre a crise e deformação do sistema representativo: SILVA, José Afonso. *Perspectivas e Futuríveis. Perspectivas do direito público*. Coordenação Cármen Lúcia Antunes Rocha. Belo Horizonte: Del Rey, 1995. p. 145.

¹⁴ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. Rio de Janeiro: Ediouro, 1995. p. 105 - tradução Antônio de P. Machado.

¹⁵ BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986. p. 42.

exatamente porque convocado a tutelar os interesses gerais da sociedade civil e não os interesses particulares desta ou daquela categoria”.

Nesse sentido, Dalmo Dallari afirma que “é indispensável que se queira, efetivamente, melhorar o sistema representativo. Como é evidente, a manutenção de falhas e dos vícios aumenta o descrédito dos corpos representativos e o conseqüente desinteresse popular pelas eleições”.

A crise no sistema representativo faz com que haja o crescimento das reivindicações pela desburocratização das práticas e das organizações da representação política, para que os processos decisórios tendam a uma maior informalidade e participação da vontade geral. Paralelamente a essa crise das instituições políticas, desenvolve-se uma grave e séria crise das formas de trabalho, da organização econômica, das relações dos vários setores do capital, do sistema empresarial, do sistema sindical, do papel do Estado no sistema produtivo. Essas idéias somadas acabam por desaguar, inexoravelmente, na crise dos partidos, do engrandecimento dos movimentos sociais e no neocorporativismo.

A crise partidária caracteriza-se, basicamente, pela incapacidade dos partidos em filtrar as demandas e reclamos sociais e transformá-los em decisões políticas. Conforme já ressaltado, a crescente presença do Estado na ordem econômica e o crescimento da burocracia estatal terminaram por fazer dos partidos meros indicadores de burocratas para a ocupação de cargos de relevância e não mais verdadeiros defensores dos ideais populares pelos quais seus representantes foram eleitos.

Desta forma, o partido político deixa de constituir-se no único, e talvez deixe também de constituir-se no mais importante,

¹⁶ *O renascer do direito*, 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 132. Nesse mesmo sentido salienta Mônica Caggiano, ao analisar a representação política, afirmando haver necessidade de “nova abordagem da mecânica representativa, agora já não mais quanto a ótica do veículo, mas colocando sob mira precisa e direta as técnicas utilizadas no âmbito do processo pelo qual o povo intervém no jogo político, selecionando e indicando seus representantes” (CAGGIANO, Mônica Herman Salem. *Sistemas eleitorais X representação política*. São Paulo: Tese de doutorado Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1997, p. 02).

coletor das aspirações populares e direcionador das decisões políticas do Estado.

Em virtude disso, Carl J. Friedrich, após analisar inúmeras formas de representação política, aponta seus diversos problemas e conclui pela necessidade de uma reformulação na idéia de fundar a democracia na representação política territorial - representantes/representados - entendendo necessária uma maior participação popular, por meio de grupos de pressão.

A partir do declínio do sistema representativo político, surgem diversos grupos de participação política que, juntamente com os partidos políticos, tornam-se importantes atores da competição, pois, como lembra Mônica Caggiano que “o que se busca hoje, na realidade, é a identificação máxima entre sujeitos e titulares do poder, porquanto nos moldes democráticos deve restar assegurado aos próprios governados o exercício do poder político”.

A ausência de correspondência da Democracia meramente representativa aos anseios populares, portanto, abriu caminho para a democracia participativa, onde os grupos de pressão surgem para exigir seu espaço no cenário do exercício do poder político.

Na democracia participativa é inevitável a idéia de existência de grupos de pressão que passam a dividir com os partidos políticos a participação no processo decisional. Essa maior participação eleva os custos da democracia, por provocar a politização dos diversos segmentos sociais, porém diminui os riscos externos da decisão ser afastada por ausência de legitimidade popular.

Portanto, à partir da crise enfrentada pelo sistema representativo, bem como pela acentuada substituição do Estado Liberal pelo Estado Social, deixa o Partido Político de ser o único

¹⁷ José Filomeno de Moraes Filho aponta algumas causas do desprestígio dos partidos políticos no Brasil (*A construção democrática*. Fortaleza: UFC, 1998. p. 71).

¹⁸ FRIEDRICH, Carls J. *Gobierno Constitucional Y Democracia*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1975. p. 16 e segs.

¹⁹ CAGGIANO, Mônica Herman Salem. *Sistemas eleitorais X representação política*. São Paulo: Tese de doutorado Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1997, p. 06.

ator nas decisões governamentais, passando a atuar paralelamente com as associações gerais, as associações especificamente com finalidades políticas (*lobbies*), os grupos institucionais (sindicatos), os grupos anônimos e a própria imprensa. A par desse ingresso da democracia participativa na tomada de decisões governamentais, valorizam-se os instrumentos de participação mais direta do povo nas decisões políticas, revitalizando-se os institutos do plebiscito, referendo e iniciativa popular de lei.

Essa constatação é confirmada por F. Badia ao lembrar que “já há algum tempo, os cientistas da política vêm dispensando atenção cada vez com maior freqüência e com um maior conhecimento do assunto, à influência que as forças econômicas, sociais, espirituais organizadas vem exercendo sobre todos os regimes políticos, na sua atividade legislativa e governamental, mas em especial sobre os regimes de democracia pluralista. Em anos recentes, houve uma proliferação de estudos sobre essa questão, em particular nos países anglo-saxônicos e na França”, para concluir que “a cada ambiente histórico, cultural, econômico e social ou institucional, correspondem - segundo Sartori - grupos de pressão que, em um certo sentido, serão únicos, isto é, corresponderão aos sistemas em que operam”.

Essa evolução coordenada pela necessidade histórica de maior proximidade e participação popular na tomada das decisões políticas, torna necessário o estudo dos principais atores políticos na Democracia participativa, quais sejam, os partidos políticos

²⁰ F. BADIA. *Partidos - grupos de pressão*. Brasília: Instituto Tancredo Neves, 1987. p. 21.

²¹ Raul Machado Horta, ao analisar historicamente a importância do surgimento dos Partidos Políticos, recorda que “o funcionamento do regime de governo é fortemente influenciado pela atuação dos partidos políticos e muitas vezes essa influência altera as regras jurídicas que estruturam o regime nas normas constitucionais... A emergência do Partido Político deslocou o centro das decisões no regime parlamentar. Mathiot assinalou que o elemento essencial do parlamentarismo continental europeu, como no regime parlamentar, de modo geral, reside na responsabilidade do Governo perante a Câmara, enquanto no parlamentarismo britânico a atuação dos Partidos Políticos modificou a relação para tornar a responsabilidade política de natureza eleitoral e não apenas parlamentar” (*Estudos de direito constitucional*. Belo Horizonte. Del Rey, 1995. p. 704).

e os diversos grupos de pressão (associações, reuniões, *lobbies*, sindicatos); além do que, torna-se imprescindível a análise da nova atuação popular por meio dos mecanismos de democracia semi-direta e uma reformulação no mecanismo de atuação partidário.

4. Partidos políticos - o desvirtuamento da proporcionalidade parlamentar e o total desligamento do parlamentar com seu partido político

A Constituição Federal regulamentou os partidos políticos, como instrumentos necessários e importantes para preservação do Estado Democrático de Direito, afirmando a liberdade de criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os preceitos de caráter nacional; proibição de recebimento de recursos financeiros de entidade ou governo estrangeiros ou de subordinação a estes; prestação de contas à Justiça Eleitoral e funcionamento parlamentar de acordo com a lei.

A Carta Magna assegura aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento, devendo seus estatutos estabelecer normas de fidelidade partidária e disciplina partidárias, sendo vedada a utilização pelos partidos políticos de organização paramilitar.

Os partidos políticos após adquirirem personalidade jurídica, na forma da lei civil, registrarão seus estatutos no Tribunal Superior Eleitoral e terão direito a recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão, na forma da lei.

²² Cf. sobre o tema: STRASSER, Carlos. *Teoria del estado*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1986. P. 34.

²³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Os partidos políticos nas constituições democráticas*. Belo Horizonte: Universidade de Minas Gerais - edição da Revista brasileira de estudos políticos, 1966. p. 21.

A necessidade de organização de Partidos Políticos surge com a perspectiva de racionalização do poder, que, conforme salienta Manoel Gonçalves Ferreira Filho, é “segundo MIRKINE-GUÉTZÉVICH, o pai da expressão, um esforço para *enfermer dans le réseau du droit écrit l'ensemble de la vie politique*”, concluindo que foi ela, inicialmente, “uma tentativa de suprir, por meio de regras jurídicas, a ausência das condições necessárias ao desenvolvimento da Democracia”.

Os partidos políticos são instrumentos necessários e importantes para preservação do Estado Democrático de Direito, devendo o ordenamento jurídico consagrar plena liberdade de criação, organização, funcionamento e extinção.

Porém, a crise do sistema representativo encontra-se umbilicalmente ligada à crise dos partidos, pois, conforme salienta Miguel Reale Júnior, “enquanto na Europa vive-se a *crise da democracia dos partidos*, partidos de massa que se revelam incapazes de satisfatoriamente aglutinar os segmentos sociais, de se fazerem intérpretes das aspirações concretas, veículos impróprios para efetiva participação política, no Brasil é mister iniciar a obra da *ligação entre a Sociedade Civil e o Estado pelo fortalecimento dos partidos políticos*”.

A Democracia de partidos, portanto, apresenta diversos problemas que devem ser solucionados e adequados aos novos métodos políticos, desde a própria existência de democracia interna até a própria imposição majoritária de suas idéias em respeito aos direitos da minoria.

²⁴ CHIMENTI, Carlo. *Manuale di Diritto Pùblico*. vários autores. 4. ed. Bologna: Il Mulino, 1994, p. 286. Conferir, ainda, STRASSER, Carlos. *Teoria del estado*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1986. p. 34

²⁵ Ensina Manoel Gonçalves Ferreira Filho que “consequência lógica da concepção “molecular” da Democracia, a liberdade de criação dos partidos é consagrada pela ordem constitucional democrática..... Adotam assim a tese pluralista, considerando que a possível fragmentação da vontade política do povo é um mal menos grave do que a sua apropriação por um grupo, que logo degenerará em oligarquia” (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Os partidos políticos nas constituições democráticas*. Belo Horizonte: Universidade de Minas Gerais - edição da Revista brasileira de estudos políticos, 1966. p. 114).

Como exemplo de adequação, podemos citar o artigo 114 da Constituição da República Portuguesa ao prever que “os partidos políticos participam nos órgãos baseados no sufrágio universal e directo, de acordo com a sua representatividade eleitoral, reconhecendo às minorias o direito de oposição democrática, nos termos da Constituição e da lei”.

A título exemplificativo, entendemos importante citar algumas previsões constitucionais sobre partidos políticos do direito comparado:

- *Artigo 51 da Constituição da República Portuguesa* - A liberdade de associação compreende o direito de constituir ou participar em associações e partidos políticos e de através deles concorrer democraticamente para a formação da vontade popular e a organização do poder político.....Os partidos políticos devem reger-se pelos princípios da transparência, da organização e da gestão democráticas e da participação de todos os seus membros.

- *Artigo 49 da Constituição da Itália* - Todos os cidadãos têm direito de se associar livremente a partidos para concorrerem, com método democrático, na determinação da política nacional.

- *Artigo 21 da Lei Fundamental Alemã* - Os partidos colaboram na formação da vontade política do povo. A fundação é livre. A sua organização interna tem de corresponder aos princípios democráticos. Eles têm de prestar contas

¹⁶ REALE JR, Miguel. *Casos de Direito Constitucional*. São Paulo: RT, 1992. p. 113.

¹⁷ Antonio D'Antena salienta a necessidade de tutelar-se os interesses políticos da minoria, no sistema majoritário, afirmando, inclusive, a substituição da expressão “princípio majoritário” pela expressão “princípio majoritário-minoritário” (Il Principio Democratico Nel Sistema Dei Principi Costituzionali. *Perspectivas Constitucionais - Nos 20 anos da constituição de 1976*. organização: Jorge Miranda. Coimbra: Coimbra, 1996. v.1. p. 446).

publicamente sobre a origem e a aplicação de seus recursos, bem como sobre seu patrimônio.

- *Artigo 38 da Constituição da Nação Argentina* - Os partidos políticos são instituições fundamentais do sistema democrático. Sua criação e o exercício de suas atividades são livres dentro do respeito a esta Constituição, que garante sua organização e funcionamento das minorias, a competência para a postulação de candidatos a cargos públicos eletivos, o acesso a informação pública e a difusão de suas idéias.

Os partidos políticos e o próprio jogo democrático, portanto, enquanto instrumentos de formação e expressão da vontade política popular devem sofrer alguns aprimoramentos, sempre com a finalidade já ressaltada de aproximação da vontade do povo àquela expressa pelo Parlamento.

Esse aprimoramento inicial deve surgir em relação às regras de participação partidária e acesso à disputa de cargos eletivos, uma vez que nossa Constituição Federal somente permite a elegibilidade por meio de filiação partidária.

A reforma política do Estado necessita, pois, de uma maior democratização nos quadros partidários, possibilitando o acesso e disputa igualitários a todos aqueles que pretendam disputar cargos eletivos.

Dalmo Dallari reforça os defensores da necessidade de uma reforma política urgente, acrescentando que “o interesse popular só virá com a melhoria do sistema de escolha dos representantes. E para que isso ocorra é indispensável um debate amplo e sem condicionamentos prévios, para que da própria realidade brotem

²⁸ O sistema eleitoral brasileiro na atualidade é analisado por Clémerson Merlin Clève (*Temas de direito constitucional*. São Paulo: Acadêmica, 1993. p. 91).

²⁹ DALLARI, Dalmo de Abreu. *O renascer do direito*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 132. Conferir, ainda, sobre a necessidade de uma Reforma partidária urgente: TEMER, Michel. *Constituição e política*. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 32.

soluções, de nada adiantando a fixação teórica e artificial de preceitos e diretrizes, muito bons em tese mas completamente desligados da realidade”.

Maurice Duverger nos aponta alguns problemas relacionados à democracia de partidos, afirmando que “a estrutura interna dos partidos pode modificar, muito profundamente, esse estado de coisas. Os partidos de quadros, que não tem base financeira sólida e vivem em perpétuas dificuldades de dinheiro, são sempre sensíveis aos candidatos que custeiam os gastos da campanha: oficialmente, o partido escolhe o candidato; praticamente, a investidura se obtém sem grandes dificuldades.... O grau de centralização do partido exerce, igualmente, influência sobre a liberdade das candidaturas. Em partidos descentralizados, os candidatos são escolhidos no escalão local, por diretórios que sofrem facilmente a influência das personalidades da terra; nos partidos centralizados, em que a direção nacional aprova as candidaturas, a investidura partidária se obtém menos facilmente”.

Essa maior democracia interna nos partidos políticos evitaria a indesejada proliferação partidária, com a criação de inúmeros partidos sem qualquer mensagem ideológica ou social, simplesmente como “meras legendas de aluguel”, que ao invés de fortalecerem a Democracia acabam por fragilizá-la e ridicularizá-la perante o eleitorado.

Essa fragilização da Democracia, em virtude da proliferação partidária, também é salientada por Dalmo Dallari, ao verificar o pressuposto de que “cada partido político representa um diferente ponto de vista quanto a aspectos básicos da organização social ou quanto à orientação política do Estado”, e, logo após, concluir que “é inútil do ponto de vista político, e sem qualquer autenticidade, um sistema de partidos que, além de não serem veículos de idéias e aspirações, são muito semelhantes entre si e não têm qualquer interferência nas modificações da estrutura social e muito menos na composição e orientação do Governo”.

³⁰ DUVERGER, Maurice. *Os partidos políticos*. Rio de Janeiro: Zahar editores, 1970. p. 393.

Concordarmos, pois, com a crítica feita por Manoel Gonçalves Ferreira Filho, em relação à multiplicação infinita dos partidos, ao expor que as democracias “não pretendem contudo estimular a multiplicação infinita dos pequenos partidos. Ao mesmo tempo em que deixam a porta aberta à formação de novos partidos correspondendo a novas idéias, a novas necessidades, tentam impedir a constituição de pequenas facções, de pequenos grupos inexpressivos, mas, por vezes, perigosos. De fato, tais grupos são mais facilmente corrompidos pelo dinheiro, ou conquistados por uma camarilha, do que defluem interferências indevidas no processo de formação da vontade geral. Em si mesma, a multiplicidade dos partidos é um obstáculo ao funcionamento do regime parlamentar, pois, se nenhum dos partidos tem a maioria absoluta, os governos são necessariamente de coalizão e, em conseqüência, quase tíbios e instáveis”.

Equacionados esse problemas de organização partidária, retorna-se à idéia da necessidade de equacionamento de três básicos problemas da democracia representativa: *o desvirtuamento da proporcionalidade parlamentar, o total desligamento do parlamentar com seu partido político e a ausência de regulamentação na atuação dos grupos de pressão perante o Parlamento.*

A *representação proporcional parlamentar* pretende assegurar a cada partido político uma representação no Parlamento

³¹ A multiplicação partidária é criticada por Manoel Gonçalves Ferreira Filho da seguinte forma: “Qual a razão que leva a essa multiplicação de partido? Há, sem dúvida, condições sociais que estimulam essa multiplicidade partidária. Um estudioso politicamente correto arrolaria aqui as diversidades regionais, as desigualdades, a pluralidade de idéias e doutrinas políticas, os reflexos da história, etc. Estaria certo; no secundário, não se teria apercebido do principal. Na verdade, salvo casos excepcionais de partidos programáticos, o partido é visto no Brasil como um *instrumento*, e nada mais do que isso, para a conquista do poder, ou, talvez, mais precisamente, para o acesso ao poder. Aquele que pretende alcançá-lo (a prazo mais curto), elegendo-se governador, ou Presidente da República, entra para um dos grandes, o que o mais das vezes se tornaram grandes por terem sido o partido do governo ou o partido da oposição em visas de se tornar governo. O que vê esse caminho barrado por outros, que foram mais rápidos, não raro cria o seu partido, com o qual abre caminho para partilhar das barganhas políticas e, sobretudo, para ter acesso à propaganda gratuita pelo rádio e pela televisão” (*O parlamentarismo*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 83).

correspondente à sua força numérica na Sociedade, de modo a refletir-se no Poder Legislativo, da maneira mais transparente e próxima possíveis, as diversas ideologias presentes na comunidade.

Esse critério, porém, sofre na Direito brasileiro um grave desvirtuamento, pois a Constituição Federal determina a realização dos ajustes necessários, no ano anterior às eleições, para que nenhuma das unidades da Federação tenha menos de oito ou mais de setenta deputados na Câmara dos Deputado, o que acaba por perpetuar a existência de graves distorções em relação à citada proporcionalidade, favorecendo Estados-membros com menor densidade demográfica em prejuízo dos mais populosos, e acabando por contradizer regra democrática básica da *igualdade do voto* – *ONE MAN ONE VOTE*.

Obviamente, não se poderia pensar em reforma política do Estado sem o equilíbrio dessa grave distorção democrática, que acaba por distanciar a vontade expressa pelo Parlamento, da vontade da maioria popular.

O total desligamento do parlamentar com seu partido político após a eleição é outro grave problema da democracia representativa, que acaba por distanciar a vontade popular da expressão parlamentar.

Aprimorando-se a democratização interna dos Partidos Políticos, bem como a proporcionalidade representativa, haveria a possibilidade de introduzir-se no sistema político brasileiro algumas normas de fidelidade partidária.

Note-se que a realização das duas primeiras medidas parecem condição essencial para a introdução dessas últimas regras, sob pena da introdução de uma ditadura de partidos políticos.

Dessa forma, inicialmente, não nos parece saudável à Democracia a introdução da absoluta fidelidade partidária, inclusive com a perda do mandato político em razão de voto

³² DALLARI, Dalmo de Abreu. *O renascer do direito*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 134.

³³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Os partidos políticos nas constituições democráticas*. Belo Horizonte: Universidade de Minas Gerais - edição da Revista brasileira de estudos políticos, 1966. p. 114.

parlamentar contrário à indicação do Partido ou mesmo pela troca de Partido Político, pois isso poderia levar a um policiamento totalitário e arbitrário em relação à consciência parlamentar.

Não podemos deixar de ter em mente a advertência feita por Marcel Waline, quando aponta o perigo da doutrina absoluta de um partido político, afirmando que nessas hipóteses “a doutrina do partido se eleva, então; ao nível de uma *Weltanschauung*, isto é, de uma filosofia do mundo. Ela tem resposta para tudo. Mas, tenhamos precaução: desse fato só, que faz sua força, um partido dominado por uma doutrina tão larga, abrangendo todas as ordens de idéias, torna-se quase necessariamente um partido totalitário. Se ele triunfa e conquista o poder, o que é o objetivo de todo partido, vai pretender impor a todos os governados sua própria *Weltanschauung*. Assim, o partido que realiza plenamente sua definição e vocação, aquele que é absolutamente e cem por cento um partido, tendo irresistivelmente, e pela força de uma lógica interna, à intolerância e ao totalitarismo”.

Porém, se a ameaça de uma ditadura de Partidos Políticos deve ser afastada, outras regras não tão extremadas poderiam ser adotadas, para que a representação popular no Parlamento configurasse mais fielmente o voto conferido nas urnas.

³⁴ Manoel Gonçalves Ferreira Filho critica a opção pelo sistema proporcional, afirmando que “Justifica-se essa representação proporcional pela justiça, ou seja, aponta-se que ela dá ao partido força equivalente na Câmara àquela que tem no eleitorado. Ao contrário, todo sistema majoritário tende a provocar a super-representação da maioria, sub-representação da minoria, ou das minorias. Seria, pois, injusto. Mas a questão não é de justiça, é de governabilidade. O sistema majoritário leva à definição de uma maioria no Parlamento, seja a de um partido no bipartidarismo à inglesa, seja a de uma coalizão relativamente estável no pluripartidarismo à francesa; a representação proporcional, não. Por isso, o sistema majoritário dá sustentação ao governo e, assim, enseja a governabilidade, enquanto a representação proporcional não dá sustentação ao governo, muito menos favorece a governabilidade. Ademais, a representação proporcional não contribui para a democratização das instituições e do Parlamento. Sim, porque a maioria que há de pronunciar-se pelas Câmaras constituídas pelas representação proporcional é fruto não da votação popular, mas das articulações de Gabinete, das barganhas, do fisiologismo, do “é dando que se recebe” (*O parlamentarismo*. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 86).

Regras, como por exemplo, de adoção de uma espécie de *quarentena política* para o parlamentar que eleito por um determinado partido político – utilizando-se pois de seu coeficiente partidário – muda-se de partido sem uma justificativa plausível. Nessas hipóteses, o deputado ficaria inelegível por determinado tempo. Note-se que ao parlamentar deve sempre ser dado o direito de defesa, pois uma justificativa plausível para a troca partidária não poderia prejudicá-lo. Ou ainda, a impossibilidade de assunção do cargo de parlamentar ao suplente que antes de sua posse já mudara de partido, demonstrando assim, total desligamento com as idéias partidárias que colocaram-no como suplente.

Interessante, também, seria a introdução de mecanismos constitucionais semelhantes ao *recall* norte-americano, concedendo-se ao eleitorado legitimidade para a propositura de procedimento de perda do mandato eletivo do representante cuja atuação parlamentar tenha violado os preceitos constitucionais e legais.

Por fim, a *ausência de regulamentação na atuação dos grupos de pressão perante o Parlamento e outros órgãos do Governo* representa tão grave perigo à democracia representativa e aos Partidos Políticos que será tratado em tópico autônomo.

5. Grupos de pressão

A ação dos grupos sobre o processo político, conforme salienta Murillo Aragão, não é um fato recente na história da humanidade, pois os sistemas políticos da antigüidade já o conheciam. Citando Karl Deutsch, o autor relembra que os antigos reinos nos vales dos rios da Índia, Mesopotâmia e Egito permitiram dois grupos de pressão: guerreiros e sacerdotes; os

³⁵ Michel Temer coloca-nos algumas constatações em relação as eleições e Partidos Políticos: *Constituição e política*. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 24.

³⁶ A fidelidade partidária é brevemente analisada por José Filomeno de Moraes Filho (*A construção democrática*. Fortaleza: UFC, 1998. p. 41).

³⁷ WALINE, Marcel. *Partidos - grupos de pressão*. Brasília: Instituto Tancredo Neves, 1987. p. 09.

guerreiros pretendiam tornar-se nobres e os sacerdotes aspiravam ser proprietários de terras.

Seria um erro evidente considerarmos o fenômeno dos grupos de pressão como sendo privativo do século XX, pois o século XIX oferece exemplos relevantes de pressões. O que acontece é que, no seio do *Welfare State* aumentou enormemente a esfera de competência dos poderes públicos, que traz consigo a natural conseqüência da progressiva dependência dos governados e de seus interesses no processo decisório político. Daí o aumento, em progressão aritmética em alguns casos, em outros geométrica do número de grupos de pressão que tentam defender - influenciando - os seus interesses perante o Estado ou através do Estado. Inevitáveis nos países onde a organização da vida política não é adequada para o pluralismo social, onde não há partidos políticos ou associações que cumpram uma função análoga à dos partidos políticos.

Como salientado por Ferdinand Lassalle, “os fatores reais do poder que atuam no seio de cada sociedade são essa força ativa e eficaz que informa todas as leis e instituições jurídicas vigentes, determinando que *não possam ser, em substância, a não ser tal como elas são*”. A seguir o autor indica vários fatores reais do poder: Monarquia, aristocracia, a grande burguesia, os banqueiros, a pequena burguesia e a classe operária. Por fim afirma que: “Esse é, em síntese, em essência, a Constituição de um país: a soma dos fatores reais do poder que regem uma nação”.

Ocorre, entretanto, que esse fatores reais de poder, ao perceberem a ineficiente representatividade popular dos Partidos

³⁸ Note-se que atualmente, conforme entende o Supremo Tribunal Federal “em que pese o princípio da representação proporcional e a representação parlamentar federal por intermédio dos partidos políticos, não perde a condição de suplente o candidato diplomado pela justiça eleitoral que, posteriormente, se desvincula do partido ou aliança partidária pela qual se elegeu. A inaplicabilidade do princípio da fidelidade partidária aos parlamentares empossados se estende, no silêncio da Constituição e da lei, aos respectivos suplentes” (STF – Pleno – MS n° 20.927/DF – Rel. Min. Moreira Alves, Diário da Justiça, Seção I, 15 abr. 1994, p. 08.061). No mesmo sentido: STF – Pleno – MS n° 20.916/DF – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Diário da Justiça, Seção I, 26 fev. 1993, p. 05.002.

Políticos e, conseqüentemente, dos parlamentares, acabam por organizarem-se em grupos de pressão.

Conforme verifica-se historicamente, a atuação organizada de grupos de pressão sobre o Poder Legislativo no Brasil é comprovada desde o século passado, pois como salientado por Mário Augusto Santos, ao exemplificar os grupos de pressão, a Associação Comercial da Bahia, entidade fundada em 1811, atuou em defesa de diversos interesses de seus associados junto ao Congresso Nacional durante a Primeira República.

J. Meynaud define os grupos de interesses como sendo “todo grupo de interesse ou de promoção que utiliza a intervenção perante o governo - independente de que seja a título exclusivo, principal ou ocasional - para alcançar a satisfação de sua reivindicações ou a afirmação das suas pretensões”.

Para Sartori a expressão grupos de pressão é suficientemente exata para saber quais os grupos que devem ser abrangidos por ela: “aqueles que têm condições de exercer pressão em um sentido bastante específico do termo”. O próprio Sartori afirma que a cada ambiente histórico, cultural, econômico e social ou institucional correspondem grupos de pressão que, em um certo sentido serão únicos, isto é, corresponderão aos sistemas em que operam.

Sartori aponta que os cientistas políticos anglo-saxões utilizavam o termo *pressure groups* e os franceses *groupes d'intérêt*. Atualmente, os autores franceses normalmente utilizam a expressão *groupes de pression*, os anglo-saxões se utilizam tanto da expressão *pressure groups* quanto da *interest groups*, inclinando-se para a denominação de grupos de pressão, por ser a expressão grupo de interesse demasiadamente vaga.

³⁹ Michel Temer ao analisar o instituto do *recall* ou voto destituente recorda que na Assembléia Nacional Constituinte “emenda nesse sentido foi proposta com a ressalva de que a lei complementar disporia sobre a forma de atingir essa penalidade”, concluindo que “a nosso ver, a lei ficaria que certo número de eleitores (seja do Município, do Estado ou da União) teria legitimidade para deflagar, perante a Câmara dos Deputados, o processo de responsabilização política conducente à destituição do governante” (*Constituição e política*. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 22).

Hugo Natale, por sua vez, argumenta que “a preponderância dos grupos de pressão e de poder constituem uma herança das intrigas de palácio”.

Na doutrina nacional, importante salientarmos a conceituação de Paulo Bonavides e Fábio Nusdeo. Para o primeiro, grupo de pressão se define pelo exercício de influência sobre o poder político, para eventual obtenção de uma determinação da medida do governo que lhe favoreça os interesses, enquanto para o segundo, grupos de pressão seriam definidos como qualquer conjunto de pessoas ou entidades que procura obter normas, dispositivos e respectivas interpretações, bem como medidas de um modo geral favorável aos seus intentos.

Relembre-se o discurso do Vice-Presidente Marco Maciel, então Senador da República, pronunciado em 21 de setembro de 1984, no Senado Federal, definindo a origem do termo *lobby*: “a atuação dos grupos de pressão junto aos Poderes Executivo, Legislativo, Judiciário e aos Partidos Políticos é conhecida, como se sabe, segundo a expressão inglesa *lobby*, significando as antecâmaras ou ante-salas das repartições ou edifícios utilizados originalmente pelos representantes de tais organizações como locais onde desenvolviam, preferencialmente, o exercício de seus trabalhos. Do vocábulo derivaram *lobbyists*, que designa pessoas que se dedicam àquela atividade e *lobbying*, que exprime o procedimento dessa atividade”.

6. Fortalecimento exagerado dos grupos de pressão e enfraquecimento dos partidos políticos

Impotência e abandono por parte dos partidos políticos (crise na democracia representativa) fazem com que os diversos grupos sociais se dirijam direta ou indiretamente aos governantes para exigir destes uma determinada posição política ou político-

⁴⁰ ARAGÃO, Murillo. *Grupos de pressão no congresso nacional*. Maltese: São Paulo, 1994. p.18.

⁴¹ LASSALLE, Ferdinand. *O que é a Constituição? Essência da constituição*, 3. ed. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1995.

⁴² SANTOS, Mário Augusto. *Associação Comercial da Bahia na Primeira República. Um grupo de pressão*. 2. ed. Salvador: ACB, 1991.

legislativa ou para opor-se a já adotada, criando-se os denominados "grupos de pressão".

Dessa forma, esses grupos de interesse ou de promoção passam por um crescimento quantitativo e qualitativo surpreendente, pois todo grupo social que se veja prejudicado em seus objetivos corporativos, e abandonados em razão do distanciamento de seus representantes no Parlamento, passa a procurar mecanismos, *nem sempre legais ou moralmente aceitáveis*, para influenciar diretamente as Instituições do Estado, ou indiretamente a opinião pública, para que isso reflita nas decisões governamentais. Obviamente, os procedimentos de pressão serão mais ou menos variados, dependendo do tipo de meios de participação na vida pública existentes, da qualificação dos integrantes do grupo de pressão e de sua situação econômica - financeira.

Esse fenômeno tornou-se mais latente porque os recentes e modernos interesses sociais são pouco amoldáveis nas arcaicas estruturas partidárias tradicionais.

Importante salientarmos alguns fatores sociais que contribuem para a crise partidária, tais como, *perda de centralidade do conflito entre trabalho e capital; excessiva fragmentação dos interesses sociais; fenômenos das agremiações transitórias; perda da centralidade do circuito governo-parlamento como itinerário das decisões políticas; redução da política econômica à política conjuntural e de manobra monetária*; acabaram por inspirar o surgimento e fortalecimento de diversos grupos de interesse, de promoção e de pressão.

Surgem, nesse contexto, os movimentos sociais que congregam vários segmentos heterogêneos da população, passando a constituírem-se formas de mobilização que ocorrem fora do espaço dos partidos políticos, das associações e dos sindicatos.

Dessa forma, ocupam um espaço político próprio, diverso dos tradicionalmente ocupados pelos demais atores da competição política, utilizando-se de antigos e tradicionais

⁴³ *Pressure groups or interest groups?* Trabalho apresentado no Congresso de Roma à Associação Internacional de Ciência Política em 1958, apud, NATALE, Hugo E. Alvarez. *Contribucion al estudio de los grupos de interes*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1976. p. 17.

direitos constitucionalmente consagrados: direito de reunião, direito de associação, direito de petição e direito de sindicalização.

Importante a observação de F. Badia, para quem “os grupos de interesse e de promoção crescem cada dia mais. Ora, todo grupo de interesse ou de promoção que veja prejudicada a sua razão de ser e seus objetivos por causa de extra-limitações do poder público ou da prepotência de outros grupos de sua espécie, e que não ache meios adequados de participação política e social para defender os seus interesses e as suas causas, ver-se-á obrigado a influenciar diretamente sobre as instituições do Estado para salvaguardar seus objetivos próprios ou, então, influenciar indiretamente sobre a opinião pública, tornando-se dessa forma - e circunstancialmente - um grupo de pressão. Os procedimentos de pressão serão mais ou menos variados, dependendo do tipo de maior de participação na vida pública existentes”.

Ressalte-se, porém, que o grande problema dos movimentos sociais reside na ausência de mecanismos internos para aceitação de oposição às idéias da maioria. Essa ausência para reconhecer posições divergentes talvez seja a maior diferença entre os movimentos sociais e a representação política tradicional.

Além disso, as condutas e decisões corporativas estão livres das pressões do processo eleitoral e da responsabilidade institucional das decisões políticas. Os arranjos corporativos implicam numa troca de benefícios entre governo e as elites organizadas corporativamente. Essa compensação de vantagens envolve, de um lado, a prestação de serviços estatais de natureza social, de outro, os créditos, subsídios. Atende-se, com essa troca de benefícios, as duas exigências: legitimação política mediante os serviços públicos e reprodução do capital através da gestão política da economia.

O artigo 51 da Constituição da República Portuguesa, pretendendo equacionar essa falta de transparência na atuação dos diversos grupos de pressão, prevê que “a liberdade de associação compreende o direito de constituir ou participar em

⁴⁴ NATALE, Hugo E. Alvarez. *Contribucion al estudio de los grupos de interes*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1976. p. 17.

⁴⁵ BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. Rio de Janeiro: Forense: 1978. p. 19.

associações e partidos políticos e de através deles concorrer democraticamente para a formação da vontade popular e a organização do poder político.....Os partidos políticos devem reger-se pelos princípios da transparência, da organização e da gestão democráticas e da participação de todos os seus membros”.

No caso dos partidos políticos há possibilidade de fixação da responsabilidade de seus representantes, porém na democracia participativa existe grande dificuldade em responsabilizar os demais atores da competição, e em especial, os grupos de pressão. Verifica-se, pois, uma ausência de visibilidade. Necessário, portanto, a regulamentação da atuação dos demais atores da competição política, para que a tomada das decisões possa se dar em um quadro de maior visibilidade e transparência.

A ampliação do cenário político aceita a participação de atores invisíveis, ou seja, que acabam tendo influência no processo decisório das grandes questões político-institucionais do país mas sem se identificar, o que gera a total ausência de responsabilidade. É esse o grande problema dos LOBBIES, pois são grupos profissionalizados que atuam nos bastidores do poder, sem qualquer regulamentação e sem responsabilidade pelas pressões camufladas que exercem. Esses grupos, apesar de estarem por detrás de diversas decisões políticas, não assumem qualquer responsabilidade por elas, sendo pois, atores invisíveis.

Assim, é evidente, conforme afirma Loewenstein, a diferença que há entre os “detentores do poder, oficiais, legítimos, visíveis exteriormente, e aqueles que de forma não oficial, indireta e freqüentemente extraconstitucional, influenciam e conformam o processo do poder”. Os *lobbies* são detentores de poder de fato, mas não titulares desse poder; trata-se de um poder de fato, normalmente, invisíveis, e,

⁴⁶ NUSDEO, Fábio. *O direito econômico e os grupos de pressão*. Revista de Direito Mercantil n° 31, 1978.

⁴⁷ MACIEL, Marco. *Grupos de pressão e lobby*. Brasília: Senado Federal, 1984.

⁴⁸ F. BADIA. *Partidos - grupos de pressão*. Brasília: Instituto Tancredo Neves, 1987. p. 19.

⁴⁹ Conferir: NATALE, Hugo E. Alvarez. *Contribucion al estudio de los grupos de interes*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1976. p. 32.

consequentemente, não são passíveis de qualificação como poderes de direito ou titulares do poder político. Não assumem a responsabilidade direta pela decisão.

Os partidos políticos pretendem conquistar e exercer o poder, enquanto os grupos de pressão não tentam isso, pois procuram exercer uma influência sobre os poderes públicos, em benefício próprio, mas não substituí-los.

Note-se que os partidos políticos devem - para exercer seu mister - apelar previamente à totalidade do eleitorado independentemente da profissão de cada eleitor individual, e as suas filosofias sócio-políticas têm, consequentemente, de ser amplas e ao mesmo tempo o suficientemente indefinidas para acomodar aos interesses de todos. Os grupos de pressão representam interesses homogêneos que tentam exercer uma determinada influência. Os partidos políticos combinam grupos heterogêneos, sendo sua função integradora.

É fundamental, pois, não se confundir os *grupos políticos* com os *grupos de pressão*. Os partidos ou qualquer outro tipo de associação política são detentores - o repetimos mais uma vez - de uma visão global da sociedade, portadores de uma forma particular de ver e focalizar, em função de sua própria perspectiva ideológica, a legalidade fundamental estabelecida.

Diferentemente dos partidos políticos que são organizações próprias de regimes democráticos ou que querem parecer-se democráticos, os grupos de pressão - em sua acepção mais lata - podem ser encontrados em todos os regimes (socialistas, democratas, totalitários, etc.), em todas as épocas.

Os grupos de pressão agem por meio de dupla ação: (1) pressão direta sobre o poder político; (2) pressão indireta sobre a opinião pública.

⁵⁰ Interessante o estudo de Dayse de Vasconcelos Mayer, que a partir da comparação dos sistemas presidencialistas brasileiro e português faz uma análise sobre a atuação dos grupos de pressão sobre o Poder Executivo (O Presidente da República em Portugal e no Brasil. *Perspectivas Constitucionais - Nos 20 anos da constituição de 1976*. Organização: Jorge Miranda. Coimbra: Coimbra, 1996. v.1. p. 563).

A pressão indireta é exercida sobre o público, sobre os governantes, sempre atentos à opinião pública. A opinião condiciona o comportamento dos governantes, especialmente nos regimes de democracia pluralista. Todo o poder, independentemente do regime político, leva em consideração a opinião pública. Nesse sentido, o interesse demonstrado pelos grupos de pressão em obter as simpatias da opinião pública, pois, agindo sobre o público pode-se agir diretamente sobre o poder.

Os grupos de pressão podem ser classificados em:

- grupos de massa - são aqueles baseados no número
- grupos de quadros - são aqueles baseados não no número, mas sim na qualidade
- escritórios ou organizações - são os grupos de pressão que se dedicam, profissionalmente, a realização de campanhas públicas.

A pressão pode sofrer variação quando os grupos combinam sua ação direta com uma ação indireta sobre a opinião pública, ou quando se limitam a criar as condições necessárias no meio social para deste modo forçar o titular do poder na direção que melhor atenda seus próprios interesses.

⁵¹ Nesse sentido, José Afonso da Silva nos adverte que “interesses privados apoderaram-se de setores da burocracia, utilizando o aparelho estatal em benefício próprio. A modernização do Estado brasileiro exige a eliminação desse protecionismo a setores privados, por um processo de limpeza que consiste na *desprivatização do Estado*, recolocando-o no exercício de suas funções básicas, quais sejam a de elaborar e executar política públicas no interessa da coletividade como um todo”, para concluir que “a reforma do Estado brasileiro consiste, portanto, na erradicação do anacronismo institucional, caracterizado pelo patrimonialismo, cartorialismo corporativista e o clientelismo” (*Perspectivas e Futuríveis. Perspectivas do direito público*. Coordenação Cármem Lúcia Antunes Rocha. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 135).

7. Modos de abordagem e contato entre os grupos de pressão e o governo. técnicas de persuasão dos grupos de pressão

Os contatos formalizados entre os diversos grupos de pressão e o governo podem assumir duas formas:

- Contatos oficiais que têm lugar no seio das comissões governamentais

- Contatos confidenciais e amigáveis. Note-se que esses contatos acabam ocorrendo, apesar da existência de órgãos consultivos oficializados, porque um determinado problema ou pedido não se expõe em público com a mesma liberdade com que é realizado particularmente. Isso acaba por gerar a possibilidade de práticas ilícitas e imorais na Administração Pública.

As técnicas normais e preferencialmente utilizadas pelos grupos de pressão são a da informação, da colaboração, da negociação e do compromisso, e suas correspondentes pressões e sanções sobre a Administração normalmente assumirão a forma da negação de informação e colaboração ao ministério por parte do *lobby*. A pressão pode oscilar desde o confucionismo e obstrucionismo até o boicote econômico ou administrativo, além da possibilidade de propaganda nacional e obstrução sistemática.

⁵² NATALE, Hugo E. Alvarez. *Contribución al estudio de los grupos de interes*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1976. p. 17.

⁵³ ARAGÃO, Murillo. *Grupos de pressão no congresso nacional*. Maltese: São Paulo, 1994. p. 96.

8. Termo *lobby*

O termo *lobby* é de origem norte-americana e já é empregado em outros países. Em sentido próprio, denota a parte de um prédio que se encontra aberta ao público; trata-se do corredor, vestíbulo e, mais especificamente, os corredores do Parlamento. Em um sentido derivado, nos Estados Unidos da América, a palavra *lobby* passou a ser utilizada para designar a ação de pessoas vindas de fora do Congresso e que se misturavam aos parlamentares nos corredores do Congresso, posteriormente nos gabinetes e em outros locais, para influenciá-los. A expressão *lobby* se aplica também aos homens ou grupos que se dedicam a essa atividade, e o verbo *lobby* é utilizado correntemente para designar as manobras dos *lobbysts*.

Temos três palavras para essa atividade dos grupos de pressão sobre o Parlamento:

- *lobby* = grupos que exercem influência sobre qualquer autoridade pública para promover os interesses ou causas dos seus membros
- *lobbying* = a atividade exercida, isto é, o lobby na sua atividade, ou seja, todo o esforço para influenciar o Congresso acerca de qualquer assunto, e que chega a ele através da distribuição de material impresso, assistência às sessões das comissões do Congresso, entrevistas ou tentativas com membros do Senado ou da Câmara, ou através de outros meios;
- *lobbysts* = alguém que, por um pagamento ou outra razão, procura influenciar ou evitar a aprovação de determinada legislação por parte do Congresso Nacional.

⁵⁴ Sobre o direcionamento dos trabalhos da Assembléia Nacional Constituinte para a efetivação de práticas de Democracia Direta, conferir: TEMER, Michel. *Constituição e política*. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 95.

⁵⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993. p. 123.

Os partidos políticos são um outro canal de influência utilizado pelos *lobbies* ou grupos de pressão para chegar ao centro do poder decisório depois de terem fracassado na sua tentativa de alcançar seus objetivos através de pressões sobre o ministério. Os *lobbies* ou grupos de pressão pretendem dessa forma exercer uma pressão sobre o Governo, mas através do partido ou partidos: essa é uma modalidade da chamada pressão ou influência indireta. Aponta-se a natureza substitutiva do recurso ao partido, pelo grupo de pressão, pois só ocorre quando fracassa a tentativa de negociação através da consulta direta do grupo com o Governo.

A função de intermediação dos grupos de pressão não poderia ser cumprida se esse não tivesse obtido grande prestígio, nem sempre de maneiras legais ou moralmente aceitáveis, perante os membros do Governo ou do Parlamento, porém, se uma organização deseja ser tratada responsabilmente, deve, por sua vez, agir responsabilmente, sob pena de desvirtuamento do funcionamento dos órgãos estatais, que passariam a colocar o interesse público em segundo plano, para atendimento aos interesses corporativos de cada um dos citados grupos.

9. Necessidade de regulamentação e controle dos grupos de pressão

O aperfeiçoamento da Democracia deve buscar a necessária visibilidade na atuação política e a responsabilidade pela influência na tomada de decisões, não somente em relação aos Partidos Políticos, mas também em relação aos grupos de pressão. A regulamentação seria o conjunto mínimo de interesses comuns, incluindo especialmente interesse comum de buscar o *fair play* entre os interesses privados e particulares.

Hugo Natale expõe com muita propriedade o fato de que “um grupo ter a pretensão de impor seu interesse privado ao interesse público e geral da sociedade não é uma novidade na história, nem um perigo. O que é uma novidade e importa um grave perigo, é que efetive essa pretensão por meio da utilização de técnicas de domínio e de quebramento” (visibilidade).

⁵⁶ *O futuro da democracia*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986. p. 42

Existem dispositivos constitucionais e regimentais regulamentando, de modo tímido, a atuação dos grupos de pressão. Assim, prevê a Constituição Federal, além dos tradicionais direitos de reunião, associação, iniciativa popular de lei, as audiências públicas no Congresso Nacional com entidades da sociedade civil (CF, art. 58, § 2º, II); recebimento de petições, reclamações, representações ou queixas de qualquer pessoa contra atos ou omissões das autoridades ou entidades públicas (CF, art. 58, § 2º, IV).

A Câmara dos Deputados, igualmente, regulamenta desde 1972 a representação por grupos de interesses, considerando relevante constar nos regimento interno mecanismos de representação das entidades sindicais de grau superior, no intuito de receber dessas entidades assessoria técnica e subsídios à tramitação de projeto de lei, conforme relembra Murillo Aragão, “até 1983 praticamente o credenciamento era exclusivo para entidades sindicais de grau superior, tais como confederações ou federações/sindicatos de abrangência nacional... A partir de 1984, a Câmara dos Deputados passou a aceitar o credenciamento de entidades associativas mais representativas e, após a Constituição de 1988, adequou o tratamento constitucional ao regimento interno, permitindo o amplo credenciamento de entidades associativas de todo o tipo”.

Desta forma, atualmente, prevê o artigo 259 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados que “*além dos Ministérios e entidades da administração federal indireta, poderão as entidades de classe de grau superior, de empregados e empregadores, autarquias profissionais e outras instituições de âmbito nacional da sociedade civil credenciar junto à Mesa representantes que possam, eventualmente, prestar esclarecimentos*

⁵⁷ Mônica Caggiano expõe que “tais dificuldades operacionais, em que esbarra o princípio representativo, originam, outrossim, o movimento, marcante, de retorno às técnicas da denominada semi-direta. O referendo, o plebiscito e o *recall*, da prática americana, ressurgem na paisagem política, ingressando num processo de consolidação alimentado pelo descrédito que se abateu sobre os tradicionais mecanismos da representação” (CAGGIANO, Mônica Herman Salem. *Sistemas eleitorais X representação política*. São Paulo: Tese de doutorado Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1997, p. 324).

específicos à Câmara, através de suas Comissões, às lideranças e aos Deputados em geral e ao órgão de assessoramento institucional".

Portanto, uma boa maneira de controle sobre os meios utilizados pelos grupos de pressão é a de, uma vez reconhecida a justiça de seus interesses e das suas pretensões particulares, estabelecer os meios e instituições através dos quais estes possam defender seus legítimos interesses e causas, de forma legal e transparente.

Além disso, importante realçarmos novamente que o reestruturação dos partidos políticos, a descentralização do poder, a efetividade das formas democráticas semi-diretas e a democracia participativa são outros meios de fortalecimento institucional da Democracia e da representatividade popular, e, conseqüentemente, de enfraquecimento sensível dos grupos invisíveis de poder no cenário político.

As atividades dos grupos de pressão no Congresso norte-americano são regulamentadas desde 1946, por meio do *Lobby Act* de 1946, que os obriga a informar o Poder Público quanto gastam com suas atividades.

10. Participação popular - plebiscitos/referendos/iniciativa de lei

Apontados alguns problemas do sistema representativo e partidos políticos, importante destacar a necessidade de maior utilização dos instrumentos de participação popular nos negócios do Estado.

A Constituição Federal prevê expressamente que uma das formas de exercício da soberania popular será através da realização direta de consultas populares, através de plebiscitos e referendos (CF, art. 14, *caput*), disciplinando, ainda, que caberá privativamente ao Congresso Nacional autorizar referendo e convocar plebiscitos (CF, art. 49), salvo, por óbvio, quando a própria Constituição expressamente determinar (por exemplo:

⁵⁸ Mesmo as medidas provisórias (CF, art. 62) somente tornam-se definitivas se forem aprovadas pelo Congresso Nacional.

art. 18, §§ 3º e 4º; art. 2º, Ato Constitucional das Disposições Transitórias).

Em *nosso ordenamento jurídico-constitucional* essas duas formas de participação popular nos negócios do Estado divergem, basicamente, em virtude do momento de suas realizações.

Enquanto o *plebiscito* é uma consulta prévia que se faz aos cidadãos no gozo de seus direitos político, sobre determinada matéria, a ser, posteriormente, discutida pelo Congresso Nacional; o *referendo* consiste em uma consulta posterior sobre determinado ato governamental para ratificá-lo, ou no sentido de conceder-lhe eficácia (condição suspensiva), ou ainda, para retirar-lhe a eficácia (condição resolutiva).

Igualmente, outras e inúmeras constituições trazem previsões semelhantes. A título meramente exemplificativo podemos enumerar:

- *Artigo 115 da Constituição da República Portuguesa*

- Os cidadãos eleitores recenseados no território nacional podem ser chamados a pronunciar-se directamente, a título vinculativo, através de referendo, por decisão do Presidente da República, mediante proposta da Assembléia da República ou do Governo, em matérias das respectivas competências, nos casos e nos termos previstos na Constituição e na lei. O referendo pode ainda resultar da iniciativa de cidadãos dirigida à Assembléia da República, que será apresentada e apreciada nos termos e nos prazos fixados por lei. O referendo só pode ter por objeto questões de relevante interesse nacional que devam ser decididas pela Assembléia da República ou pelo Governo através da aprovação de convenção internacional ou de acto legislativo.

- *Artigo 75 da Constituição da Itália* - É convocado referendium popular para deliberar sobre a ab-

⁵⁹ Platão, Leis, 715d

rogação, total ou parcial, de um lei ou de um ato que tenha valor de lei, quando o solicitarem quinhentos mil eleitores ou cinco Conselhos Regionais. Não é admitido o referendium para as leis tributárias e de balanço, de anistia e de indulto, de autorização para ratificar tratados internacionais. Têm direito de participar do referendium, todos os cidadãos chamados a eleger a Câmara dos Deputados. A proposta submetida a referendium será aprovada se participar da votação a maioria dos que têm direito, e se for atingida a maioria dos votos validamente expressos. A lei determina as modalidades de atuação do referendium.

- *Artigo 138 da Constituição da Itália* - As leis de revisão da Constituição e as outras lei-constitucionais são adotadas por parte de cada Câmara, mediante duas deliberações sucessivas com um intervalo não inferior a três meses, e são aprovadas, à maioria absoluta dos membros de cada Câmara, na segunda votação. Estas mesmas leis serão submetidas a referendium popular quando, no prazo de três meses a partir da sua publicação, o solicitar um quinto dos membros de uma Câmara ou quinhentos mil eleitores ou cinco Conselhos Regionais. A lei submetida a referendium não é promulgada, senão depois de aprovada pela maioria dos votos válidos. Não se procede a referendium, se a Lei for aprovada na segunda votação por cada uma das Câmaras, à maioria de dois terços dos seus integrantes.

- *Artigo 89 da Constituição da Confederação Suíça* - As leis federais e as resoluções federais de alcance geral devem ser submetidas à aceitação ou rejeição do povo quando o pedido seja feito por 30.000

⁶⁰ Aristóteles. *Política*. 1286a.

cidadãos com direito de voto ou por oito cantões. Os tratados internacionais concluídos para prazos indeterminados ou de mais de 15 anos são também sujeitos à aceitação ou rejeição do povo se o pedido for apresentado por 30.000 cidadãos com direito de voto ou por oito cantões.

- *Artigo 39 da Constituição da Nação Argentina* - Os cidadãos têm o direito de iniciativa de apresentar projetos de lei a Câmara dos Deputados.... Não serão objeto de iniciativa popular os projetos referentes a reforma constitucional, tratados internacionais, tributos, pressupostos e matéria penal.

- *Artigo 40 da Constituição da Nação Argentina* - O Congresso, mediante iniciativa da Câmara dos Deputados, poderá submeter à consulta popular um projeto de lei. A lei de convocação não poderá ser vetada. O voto afirmativo do projeto pelo povo da Nação Argentina o converterá em lei e sua promulgação será automática. O Congresso ou o Presidente da Nação, dentro de suas respectivas competências, poderão convocar a consulta popular não vinculante. Nesse caso o voto não será obrigatório. O Congresso, mediante o voto da maioria absoluta dos membros de cada Casa, regulamentará as matérias, procedimentos e oportunidades da consulta popular.

Nessa forma de participação popular nos negócios políticos do Estado, importante ressalva é feita por Canotilho, quando ensina que “a teleologia intrínseca dos referendos e plebiscitos constituinte passou a ser diferente quando o plebiscito, além da sua associação a dimensões cesaristas do poder político, se transformou em consulta popular, divorciada de qualquer racionalidade jurídica e não raro violadora dos princípios

estruturantes do Estado constitucional. A hipertrofia democrática aliada a uma concepção decisionista do direito explicam o sentido do plebiscito: decisão popular que se sobrepõe a qualquer tipo de racionalidade jurídica”.

Igualmente, não podemos nos esquecer da lição de Norberto Bobbio sobre o perigo existente na idéia de cidadão total. Assim ensina que “é evidente que, se por democracia direta se entende literalmente a participação de todos os cidadãos em todas as decisões a eles pertinentes, a proposta é insensata. Que todos decidam sobre tudo em sociedades sempre mais complexas como são as modernas sociedades industriais é algo materialmente impossível. E também não é desejável humanamente, isto é, do ponto de vista do desenvolvimento ético e intelectual da humanidade”.

Entendemos que um meio termo a ser tentado, principalmente pela democracia brasileira, é a maior utilização dos mecanismos do plebiscito e referendo, previstos no artigo 14 da Constituição Federal e já regulamentados pelo legislador ordinário (Lei nº 9.709, de 18 de novembro de 1998), sem os abusos apontados por Canotilho. Dessa forma, nos assuntos de maior relevância institucional haveria possibilidade de maior participação dos eleitores, de maneira a direcionarem ou ratificarem a atuação do Parlamento.

11. Conclusões

A Reforma Política do Estado obrigatoriamente deve estar centrada na necessidade de maior proximidade da vontade popular com a vontade expressa pelo Parlamento. Para isso, após essa breve análise, apontamos algumas conclusões a serem analisadas para a concretização dessa reforma e, conseqüentemente, para o aprimoramento e fortalecimento da Democracia:

- O problema central da representação política consiste na impossibilidade de aferir-se a compatibilidade entre a vontade popular e a vontade expressa pela maioria parlamentar;

- Três causas primordiais contribuem para esse distanciamento entre representantes e representados: o desvirtuamento da proporcionalidade parlamentar, o total desligamento do parlamentar com seu partido político e a ausência de regulamentação na atuação dos grupos de pressão perante o Parlamento;

- Há urgente necessidade de desburocratização das práticas e das organizações da representação política, para que os processos decisórios tendam a uma maior informalidade e participação da vontade geral;

- Dinamização na Democracia de partidos, desde a própria existência de democracia interna nessas agremiações, até a própria imposição majoritária de suas idéias em observância aos direitos da minoria;

- Maior democratização nos quadros partidários, possibilitando o acesso e disputa igualitários a todos aqueles que pretendam disputar cargos eletivos;

- A maior democracia interna nos partidos políticos evitaria a indesejada e exagerada proliferação partidária, e acabaria por impedir a criação de inúmeros partidos sem qualquer mensagem ideológica ou social;

- A representação proporcional parlamentar deve ser alterada para assegurar mais fielmente a cada partido político uma representação no Parlamento correspondente a sua força numérica na Sociedade, de maneira a refletir-se no Poder Legislativo, da maneira mais transparente e próxima possíveis, as diversas ideologias presentes na comunidade;

- Introdução no sistema político brasileiro de algumas normas de fidelidade partidária, para que a representação popular no Parlamento represente mais fielmente o voto conferido nas urnas;

- Adoção de uma espécie de quarentena política para que se proíba a mudança partidária do parlamentar eleito por um determinado partido político – utilizando-se pois de seu coeficiente partidário – sem uma justificativa plausível;

- Introdução de mecanismos constitucionais semelhantes ao *recall* norte-americano;

- Regulamentação na atuação dos grupos de pressão perante o Parlamento e outros órgão do Governo;
- Edição de uma legislação eleitoral mais rígida que garanta maior transparência no financiamento e atuação dos Partidos Políticos e dos grupos de pressão;
- Fixação de maior responsabilidade política dos Partidos Políticos;
- Maior utilização dos instrumentos de participação popular nos negócios do Estado.

Apesar das dificuldades do sistema representativo e dos complicadores naturais existentes da dinâmica democrática, não podemos deixar de salientar que permanecem os partidos políticos em posição de extrema relevância no cenário decisional brasileiro, pois enquanto detentores da atividade legiferante, são os únicos que - influenciados ou não por demais grupos de interesses, de promoção e de pressão - efetivamente acabam por tomar decisões definitivas que vinculam toda a sociedade por meio de leis (Princípio da legalidade). Anote-se que a defesa da legalidade é antiga, tendo sido feita por Platão e Aristóteles, sendo que o primeiro afirmou que “de fato, onde a lei está submetida aos governantes e privada de autoridade, vejo pronta a ruína da cidade; onde, ao contrário, a lei é senhora dos governantes e os governantes seus escravos, vejo a salvação da cidade e a acumulação nela de todos os bens que os deuses costumam dar às cidades”. Tendo o segundo afirmado: “aos governantes é necessária também a lei que fornece prescrições universais, pois melhor é o elemento que não pode estar submetido a paixões que o elemento em que as paixões são conaturais. Ora, a lei não tem paixões, que ao contrário se encontram necessariamente em cada alma humana”.

Dessa forma, os Partidos Políticos devem ser prestigiados e democratizados na Reforma Política do Estado enquanto grandes atores da cenário político nacional, submetendo-se, porém, ao maior controle popular, com a efetiva implementação

real e utilização do plebiscito e referendo e com uma maior acessibilidade e democratização interna.

Mesmo porque, nunca é cansativo relembrar, a organização e regulamentação dos Partidos Políticos e sua participação da democracia representativa, permite uma maior alternância do Poder e democratização das decisões, com respeito e voz aos direitos das minorias. Além disso, o controle e responsabilização das decisões políticas do Partidos apresenta-se mais plausível com a necessária transparência e visibilidade do sistema democrático, diferentemente do que ocorre com diversos grupos de pressão que, sob o manto do anonimato e articulações de bastidores, tornam-se atores invisíveis do cenário político, de grande influência mas totalmente irresponsáveis politicamente.

Bibliografia

- ARAGÃO**, Murillo. *Grupos de pressão no congresso nacional*. Maltese: São Paulo, 1994. p.18.
- BAPTISTA**, Eduardo Correia. *A Soberania Popular em Direito Constitucional. Perspectivas Constitucionais - Nos 20 anos da constituição de 1976*. Organização: Jorge Miranda. Coimbra: Coimbra, 1996. v.1.
- BOBBIO**, Norberto. *O futuro da democracia*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.
- BONAVIDES**, Paulo. *Ciência política*. Rio de Janeiro: Forense: 1978.
- CAETANO**, Marcello. *Direito Constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. v. 1.
- CAGGIANO**, Mônica Herman Salem. *Sistemas eleitorais X representação política*. São Paulo: Tese de doutorado Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1997.
- CANOTILHO**, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital. *Fundamentos da constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991.
- CHIMENTI**, Carlo. *Manuale di Diritto Pùblico*. Vários autores. 4. ed. Bologna: Il Mulino, 1994.
- CLÈVE**, Clémerson Merlin. *Temas de direito constitucional*. São Paulo: Acadêmica, 1993.

- COMPARATO**, Fábio Konder *al alii*. *Brasil sociedade democrática*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1985.
- DALLARI**, Dalmo de Abreu. *O renascer do direito*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
- D'ANTENA**, Antonio D'Antena. *Il Principio Democratico Nel Sistema Dei Principi Costituzionali. Perspectivas Constitucionais - Nos 20 anos da constituição de 1976*. Organização: Jorge Miranda. Coimbra: Coimbra, 1996. v.1.
- DUVERGER**, Maurice. *Os partidos políticos*. Rio de Janeiro: Zahar editores, 1970.
- BADIA**. *Partidos - grupos de pressão*. Brasília: Instituto Tancredo Neves, 1987.
- FERREIRA FILHO**, Manoel Gonçalves. *Os partidos políticos nas constituições democráticas*. Belo Horizonte: Universidade de Minas Gerais - edição da Revista brasileira de estudos políticos, 1966.
- FERREIRA FILHO**, Manoel Gonçalves. *O parlamentarismo*. São Paulo: Saraiva, 1993.
- FRIEDRICH**, Carls J. *Gobierno Constitucional Y Democracia*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1975.
- HORTA**, Raul Machado Horta. *Estudos de direito constitucional*. Belo Horizonte. Del Rey, 1995.
- LASSALLE**, Ferdinand. *O que é a Constituição ? Essência da constituição*. 3. ed. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1995.
- MACIEL**, Marco. *Grupos de pressão e lobby*. Brasília: Senado Federal, 1984.
- MAYER**, Dayse de Vasconcelos. *O Presidente da República em Portugal e no Brasil. Perspectivas Constitucionais - Nos 20 anos da constituição de 1976*. Organização: Jorge Miranda. Coimbra: Coimbra, 1996. v.1.
- MORAES FILHO**, José Filomeno. *A construção democrática*. Fortaleza: UFC, 1998.
- NATALE**, Hugo E. Alvarez. *Contribucion al estudio de los grupos de interes*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1976.
- NUSDEO**, Fábio. *O direito econômico e os grupos de pressão*. Revista de Direito Mercantil n° 31 - 1978.
- REALE JR**, Miguel. *Casos de Direito Constitucional*. São Paulo: RT, 1992.

- ROUSSEAU**, Jean-Jacques. *O contrato social*. Rio de Janeiro: Ediouro, 1995. - tradução Antônio de P. Machado.
- SANTOS**, Mário Augusto. *Associação Comercial da Bahia na Primeira República. Um grupo de pressão*. 2. ed. Salvador: ACB, 1991.
- SILVA**, José Afonso. *Perspectivas e Futuríveis. Perspectivas do direito público*. Coordenação Cármem Lúcia Antunes Rocha. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.
- STRASSER**, Carlos. *Teoria del estado*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1986.
- TEMER**, Michel. *Constituição e política*. São Paulo: Malheiros, 1994.
- VERGOTTINI**, Giuseppe de. *Diritto costituzionale comparato*. Padova: Cedam, 1981.
- WALINE**, Marcel. *Partidos - grupos de pressão*. Brasília: Instituto Tancredo Neves, 1987. p. 09.

Trabalhos
Forenses

PROCESSO Nº *****

REQUERENTE – ***** ***** *****

AÇÃO DE RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL –
Mudança de nome e de sexo

PARECER MINISTERIAL

MM JUIZ

Tratam os autos de Ação de Retificação de Registro Civil, proposta por ***** ***** ***** , devidamente qualificado às fls 02, visando a retificação dos dados constantes no campo “Sexo” e “Prenome” de sua Certidão de Nascimento.

O requerente, desde de sua infância, apresentou comportamento tipicamente feminino, de tal maneira que sua psique se revela diametralmente oposta ao sexo com que foi registrado no Cartório de Registro Civil.

Durante a adolescência, o requerente teve plena consciência de que sua verdadeira condição era a de transexual, e na tentativa de por fim ao conflito interno pelo qual enfrentava, submeteu-se a uma intervenção cirúrgica denominada de Cirurgia Plástica e Reconstructiva, realizada pela Unidade de Cirurgia Estética e Grupo Médico, liderada pelo Dr. Luis G. Morales, no México.

O paciente foi previamente submetido a um diagnóstico interdisciplinar, consoante exige a caracterização da síndrome transexual, recebendo necessário apoio transexual, tornando possível a cirurgia de conversão sexual.

A prática cirúrgica pela qual o paciente se submeteu, fora realizada visando uma reatribuição sexual por meio de ablação dos genitais externos de tipo masculino e a constituição plástica de uma vagina.

O requerente, em razão da cirurgia de conversão sexual que alterou sua genitália masculina, para um órgão sexual feminino, almeja a alteração na sua Certidão de Nascimento

relativa ao campo "Sexo" e ao "Prenome", para que seu registro civil fique compatível com sua nova condição física e psicológica.

O autor almeja a retificação de sua Certidão de Nascimento, para que seu nome seja alterado de Carlos ***** para Juliana ***** e que no campo "Sexo" ao invés de *Masculino* passe a constar *Feminino*.

Instrui o pedido com os seguintes documentos.

Procuração, xerocópia do Atestado Médico, xerocópia do Certificado Médico, xerocópia da Certidão de Nascimento do requerente, Laudo Psicológico, Exame de Dosagem Hormonal, Declaração do Dr. Cantalice bem como Certidões Negativas junto ao Poder Judiciário Estadual e Federal e Certidões Negativas de Títulos e Protestos emitidas pelo respectivos Cartórios de Títulos e Protesto.

Com vista vieram os autos à Curadoria de Registros Públicos.

É o breve relatório.

Passo a opinar.

Trata-se de pedido de retificação de registro civil – certidão de nascimento – requerido pelo Autor, em epígrafe, pretendendo, em face da submissão à intervenção cirúrgica corretiva dos órgãos genitais, a alteração do nome para JULIANA ***** e do sexo tido como masculino, para feminino.

Aduz que desde pequeno sempre teve conduta inclinada para o sexo feminino, noticiando traumas psíquicos e rejeição social determinadas pela inadequação de sua identidade biológica com sua condição psicológica, que o motivaram a residir fora do país, onde teria se submetido à intervenção cirúrgica com extirpação dos órgãos genitais masculinos, com implantação de "neo-vagina" artificial.

Possuindo, assim, todas as características femininas, pretende a adequação dos dados constantes no assento registral, de forma a permitir sua perfeita integração na sociedade, postulando pelo segredo de justiça em face o caráter do pleito.

Foram juntados documentos, também quanto à comprovação de domicílio nesta comarca, determinando-se,

assim, a realização de perícia físico-psicológica após o que, manifestou-se o interessado, requerendo então o Ministério Público ao interessado a realização de perícia psicológica.

O pedido de assento registral comporta dupla análise, que no que diz respeito à alteração do prenome para JULIANA, apelido notório utilizado pelo requerente desde que assumiu identidade feminina, quer no tocante à retificação do sexo, quer em virtude do ato cirúrgico levado a efeito.

Quanto à alteração do prenome, a Lei de Registros Públicos, embora entenda como imutável, permite, desde que por exceção e motivadamente, que se defira quando sujeita o titular a exposição do ridículo, autorizando, ainda, de acordo com a novel redação do art. 58, a substituição por apelidos público e notórios.

No caso em tela, assim, resta evidenciado que o Autor, desde que assumiu identidade feminina, é conhecido pelo prenome que pretende adotar, encontrando a pretensão o permissivo legal.

Apenas no que diz respeito à alteração de sexo, omissa é a legislação, ainda que se reconheça que a determinação da identidade sexual se dá apenas pelo critério morfológico, quando cada vez mais necessária a adequação do sexo civil ou jurídico ao sexo assumido socialmente pela pessoa, tarefa afeta ao Julgador em seu poder de, através de uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico, integrar as lacunas de modo a apreciar a situação, tornar o direito um instrumento em prol da realização do indivíduo.

Dimensionada a perspectiva adequada para a apreciação do caso, é de rigor lembrar a supremacia da ordem constitucional em nosso sistema jurídico, cuja interpretação exige olhos abertos para o seu conjunto, de forma a permitir a mais ampla eficácia de todos os preceitos constitucionais, como integrante de um todo.

A Constituição Federal de 1988, na esteira do constitucionalismo ocidental contemporâneo, como instrumento instituidor do Estado Democrático de Direito, enuncia os direitos e liberdades fundamentais. Dentre estes, consagrou sobremaneira, a liberdade e a igualdade, sem os quais jamais se poderia sustentar

o desenvolvimento da personalidade e da afirmação da dignidade da pessoa humana, princípios fundamentais que condicionam toda a interpretação do ordenamento jurídico.

Dentre os princípios fundamentais, garante a Constituição da República a igualdade, plasmando, assim o princípio da isonomia. Pois, bem, no âmbito da sexualidade, esse princípio mereceu especial atenção e proteção mediante proibição de qualquer discriminação sexual infundada, sendo que no caso dos autos, em se considerando já ter sido realizada a cirurgia de transgenitalismo – CID 10 : F64 . 0 - impositiva a readequação dos assentos registrais como forma de assegurar a plena eficácia do princípios constitucional.

De outra banda, independentemente do sexo civil aposto no assento, retificando, ou de, como constatado na perícia, identidade do gênero feminino, impende-se invocar o respeito devido à sua individualidade em virtude da citada cláusula constitucional da dignidade da pessoa humana (art. 1º , III). Esta – dignidade da pessoa humana - , alias, é elemento central da sociedade que promete aos indivíduos, muito mais que abstenção de invasões ilegítimas nas suas esferas pessoais, a promoção positiva de suas liberdades.

Assim, a valorização da dignidade da pessoa humana, como elemento fundamental do Estado Democrático de Direito, revela-se, simultaneamente, postulado da consciência geral e no atual estágio do desenvolvimento histórico da humanidade, e, particularmente, da sociedade brasileira, bem como dado normativo central a repelir quaisquer providência ou atitude, diretas ou indiretas, que esvaziem a força normativa dessa noção fundamental, eis que pedra de toque de todo o direito nacional.

De tais enunciados, portanto, emerge o fundamento à pretensão do Autor na redesignação do estado sexual, mantendo-se o sigilo imprimido aos autos, abstando-se da publicidade essencial à matéria registral.

Segundo se infere da conclusão do relatório médico pericial, realizado pelo Instituto Medico Legal “Dr. Antonio Hosannah da Silva Filho” nesta Cidade de Manaus, devidamente assinado, às fls...., o requerente apresenta *Cabelos fartos compridos, penteados*

nos moldes feminino, nariz corrigido cirurgicamente. Presença do pomo de Adão (cartilagem tireodiana); mamas volumosas, bem desenvolvidas (com próteses de silicone); ausência de "genitália masculina"; "neo-vagina profunda" "vulva" com pilificação tricotomizada parcialmente assumindo distribuição "ginecoide"; presença de área circunscrita de aspecto granuloso ao nível do "neoclitório"; nádegas com contornos bem definidos (sem elementos para avaliar ação hormonal e ou implante de próteses, no momento deste exame).

Conclusão: Diante do exposto os peritos concluem que o requerente, se trata de um transexual primário feminino.

Ainda em Declaração do Médico, Dr. Álvaro Cantalice Meireles, às fls... que avaliou o aspecto físico do requerente, conclui, feita cirurgia na Cidade do México de Trans-Genitalização, onde foi feita uma castração cirúrgica onde a uretra e a glândula foram preservados, juntamente com os nervos correlatos, os tecidos testiculares e penianos invertidos, enfiados para construir uma neo-vagina, delineando assim as paredes com tecidos e inervações genitalmente sensível e a construção de um pseudo clitóris reposicionando o tecido esponjoso e sensível da glândula na entrada da vagina recém construída. Em suma, a cirurgia oferece uma genitália externa de boa aparência, funcionamento bom em termos de micção, funcionamento razoável em termos de relação sexual e sensibilidade genital, incluindo (em algumas instancias) o orgasmo.

A cirurgia de transgenitalismo, portanto, veio a permitir que o Autor utilizasse da prerrogativa de viver sua real identidade, a despeito daquela que lhe foi atribuída ao nascer, e que, diante do atual estágio dos avanços da ciência médica e psiquiátrica, não é mais possível ignorar o transexualismo e considerar os portadores da síndrome de disforia de gênero como sujeitos de direito e merecedores da proteção que emerge dos princípios constitucionais que regem o Estado Democrático de Direito.

As questões referentes ao transexualismo, evolução natural dos indivíduos transexuais e diagnóstico diferencial com o homossexualismo efeminado, transvestismo fetichista e condições psicóticas são amplamente debatidas no acurado laudo pericial da lavra do Centro de Psicologia do Amazonas, em PARECER PSICOLÓGICO e um outro PSICODIAGNÓSTICO, às fls..., importando, para o caso em tela, o diagnóstico positivo de

transexualismo – CID 10 F64.0 – e as ponderações que desde a infância remota o periciado foi portador de sensação constante e persistente de descompasso entre o seu sexo anatômico e biológico e sua percepção psicológica de si mesmo, os quais, acaso examinados, permitiriam se estabelecer um diagnóstico de transtorno de identidade sexual na infância.

Ao que tudo indica, conforme os dados disponíveis a realização da cirurgia de modificação do sexo anatômico produziu uma melhoria global no bem estar psíquico do periciado, gerando pela primeira vez na vida uma sensação de adequação pessoal. Concluindo que o examinado *não possui comportamento e atitude inerentes ao sexo de origem e sim atitudes comportamentais, inequivocadamente tem sua origem em uma identidade de gênero feminino.*

Assim, positivada a existência de síndrome de disforia de gênero – transexualismo – considerando-se que a intervenção cirúrgica levada a efeito, tida, pela ciência médica, como a melhor forma de reajustar os indivíduos à sociedade, atendeu ao desejo de ver sua conformação corporal adequada ao sexo psicológico, restaria apenas a retificação dos dados constantes no assento registral, de forma a permitir que desfrute, de forma plena, dos direitos constitucionais relacionados à dignidade, à privacidade e integridade física e moral.

Ainda esta cisão entre o sexo somático e o sexo psicológico poderia indicar a terapia como tratamento para ajustar este último ao primeiro. No entanto, destaca Matilde Josefina Sutter ser “inócua qualquer tentativa no sentido de reconduzir psicologicamente o transexual ao seu sexo anatômico, uma vez que todas as técnicas psicoterápicas se mostram absolutamente ineficazes, nesse sentido, possivelmente devido à falta de cooperação do paciente, que rejeita o tratamento”. E prossegue: “Afirmamos em outra ocasião, que nenhum argumento é capaz de demovê-lo, pois ‘transexual, em geral, na prática, não admite essa situação, só o fazendo com vista à mudança de sexo. Esta lhe é tão necessária que absorve todo o seu interesse, de modo a impedir o seu desenvolvimento pessoal’. O transexual se ofende e se revolta quando lhe indicam tratamento psicoterápico”

(Determinação e mudança de sexo – aspectos médico-legais, ed. Revistas dos Tribunais, 1993, p.115).

Ao final, ainda que se considere a presença de identidade de gênero feminino, não há possibilidade de tal constar só assento retificando, mormente pelo fato de acarretar, assim como eventual referencia à presença de transexualismo, inconciliável invasão a privacidade e dignidade assegurada pela Constituição Federal, cujo comando prepondera sobre qualquer principio de natureza registral.

Embora se entenda que a ordem constitucional imponha a não-publicação da retificação levada a efeito, adequada a solução adotada no julgamento da Apelação Cível nº 598404887 (TJRS), em acórdão da lavra do eminente desembargador Eliseu Gomes Torres, que embora excluindo da decisão “*a quo*” a proibição de casamento, manteve a averbação quanto à causa determinante, possibilitando, a requerimento do interessado ou de terceiro, mediante autorização judicial, a expedição de certidão de inteiro teor, constante se depreende da ementa oficial:

“APELAÇÃO CIVEL, MUDANÇA DE SEXO E DE PRENOME, RESTRIÇÃO IMPOSTA PELO JUIZ”.

Embora não constitua, a restrição imposta pelo Juiz, de disposição ultra petita e nem afronte o princípio constitucional da igualdade, prevê-se, em parte, o apelo para fazer alterações. Fica, assim, resguardada a boa-fé de terceiros. Louvor à sentença. Unânime.”.

Tem ainda decidido o Tribunal de Justiça de São Paulo.

REGISTRO CIVIL TRANSEXUAL ASSENTO DE NASCIMENTO ALTERAÇÃO NA INDICAÇÃO DO SEXO ADMISSIBILIDADE.

Retificação de registro civil assento de Nascimento transexual alteração na indicação do sexo. Deferimento. Necessidade da cirurgia para mudança de sexo reconhecida por acompanhamento médico multidisciplinar – Concordância do Estado com a cirurgia que não se compatibiliza com a manutenção do estado sexual originalmente inserto na certidão de nascimento Negativa ao portador de disforia do gênero do direito à adequação do sexo morfológico e psicológico e a conseqüente redesignação do estado sexual e do prenome no assento de nascimento que acaba por afrontar a lei fundamental.

Inexistência de interesse genérico de uma sociedade democrática em impedir a integração do transexual Alteração que busca obter efetividade aos comandos previstos nos arts., 1º, III, 3º, IV da Constituição Federal. Recurso do Ministério Público negado, provido o do autor para fins de acolher integralmente o pedido da inicial, determinando a retificação de seu assento de nascimento não só no que diz respeito ao nome, mas também no que concerne ao sexo. (Ac da 1ª C de direito Privado do TJ SP mv – Ac 209.101 4/0 00 Rel. Dês. Elliot Akel j 09.04.02 DJ SP I 17.05.02 – IOB Nº 19/2002).

REGISTRO CIVIL. ALTERAÇÃO DO ESTADO SEXUAL NO ASSENTO DE NASCIMENTO. ADMISSIBILIDADE. PRETENSÃO DE TRANSEXUAL PRIMÁRIO, SUBMETIDO A CIRURGIA DE MUDANÇA DE SEXO, QUE TEVE SEU PEDIDO DE ALTERAÇÃO DE PRENOME DEFERIDO. REQUERENTE QUE APÓS A INTERVENÇÃO CIRÚRGICA PASSOU A TER AS PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS MORFOLÓGICAS DE UMA MULHER.

O transexual primário, submetido a cirurgia de mudança de sexo, que teve seu pedido de alteração de prenome em assento de nascimento deferido, deve também ter corrigido o seu estado sexual, eis que, se o requerente se submeteu a intervenção cirúrgica e passou a ter as principais características morfológicas de uma mulher, carece de sentido manterem seu assento de nascimento indicação de prenome e sexo que não mais correspondem à maneira como aparece em suas relações com o mundo exterior. Admitir o contrário significa impedir ou então dificultar o exercício das atividades habituais dos seres humanos, negando-lhe seu direito à cidadania. (Ap 209.101 4/0 00 – 1ª Cam. j. 09.04.2002 – Revista dos Tribunais vol. 801)

Não se pode ignorar a advertência feita pelo magistrado Ênio Santarelli Zuliani, proferido na Apelação Cível nº 052.672-4/6, da Comarca de Sorocaba: “Como a função política do Juiz é de buscar soluções satisfatórias para o usuário da jurisdição – sem prejuízo do grupo em que vive –, a sua resposta deve chegar o mais próximo permitido da fruição dos direitos básicos do cidadão (art. 5º, X, da CF), eliminando proposições discriminatórias, como a de manter contra as evidências admitidas até por crianças inocentes, erro na conceituação de sexo

predominante do transexual". E adiante conclui: "A medicina poderá aliviar o peso da dubiedade, com técnicas cirúrgicas. O Estado confia que o sistema legal é apto a fornecer saída honrosa e deve assumir uma posição que valoriza a conquista da felicidade ('soberana é a vida, não a lei', Min. Sávio de Figueiredo Teixeira, in "O aprimoramento do Processo Civil como pressuposto de uma justiça melhor", *AJURIS* 57/80), quando livre da ameaça de criar-se exceção ao controle da paz social".

A tendência que se observa no mundo hodierno é de alterar-se o registro adequando-se o sexo jurídico ao sexo aparente. O jornal "El Mundo", edição de 18mar 2000, publicou: "Um juez ordena el cambio de nombre del primer transexual operado por la Seguridad Social".

Notícia esta veiculada em função de uma decisão do Juizado nº 21, de Primeira Instância de Sevilha – Espanha – "ordenou a alteração do nome e do sexo de Suzana G. G., o primeiro transexual operado na Espanha pela Previdência Social. acrescentando: "La sentencia recoge que há quedado debidamente acreditado que Susana, antes Antônio, há 'assumido y ejercitado desde su infancia roles claramente feminios', que solo se han manifestado em su comportamiento, relaciones, o forma de vestir, sino que incluso lleraron a 'intentos de mutilación por la adversion y repugnância que sentia hacia sus órganos genitales masculinos, existiendo uma disociación entre tales órganos y sus sentimientos".

Ainda questiona-se a cisão entre o sexo somático e o sexo psicológico poderia indicar a terapia como tratamento para ajustar este último ao primeiro. No entanto, destaca Matilde Josefina Sutter ser "inócua qualquer tentativa, no sentido de reconduzir psicologicamente o transexual ao seu sexo anatômico, uma vez que todas as técnicas psicoterápicas se mostraram absolutamente ineficazes, nesse sentido, possivelmente devido a falta de cooperação do paciente, que rejeita o tratamento". E prossegue: "Afirmamos em outra ocasião, que nenhum argumento é capaz de demovê-lo, pois o "transexual, em geral, na prática, não admite discutir essa situação, só o fazendo com vistas à mudança de sexo. Esta lhe é tão necessária que absorve todo o seu interesse, de modo a impedir seu desenvolvimento pessoal". O Transexual

se ofende e se revolta quando lhe é indicado tratamento psicoterápico” (Determinação e mudança de sexo – aspectos legais, revistas dos Tribunais, 1993, p.115).

Pelo EXPOSTO, opina o Ministério Público pelo DEFERIMENTO do pedido de retificação de registro de nascimento, redesignando-se, como consequência, o estado sexual do requerente, para que seja determinado por V.Exa., que no assento de nascimento nº **, folhas nº ****, sob o termo nº *****, lavrado em ** de março de 1982, no Cartório do 4º Ofício do Registro Civil, seja alterado o nome de Carlos ***** do sexo masculino, passando a se denominar JULIANA ***** do sexo FEMININO, averbando-se, à margem, a causa determinante da retificação, na forma acima referida.

É o parecer.

Manaus – Am 03 de fevereiro de 2004

DAVID EVANDRO COSTA CARRAMANHO
Promotor de Justiça de 4º Grau

EXCELENTÍSSIMO SENHOR JUIZ DE DIREITO DA
.....VARA DA

Ação Civil Pública

Processo n.º: *****_**

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO AMAZONAS, por intermédio da Promotora de Justiça abaixo-assinada, no exercício de suas atribuições constitucionais, vem perante Vossa Excelência interpor **RECURSO DE APELAÇÃO**, nos termos do artigo 513 do Estatuto Processual Civil, objetivando a reforma da sentença proferida por esse douto Juízo para o que **REQUER** que seja o presente recurso encaminhado para julgamento ao Egrégio Tribunal de Justiça, após as formalidades de praxe.

Nestes termos, aguarda deferimento.

Manaus, 23 de março de 2006.

SILVANA NOBRE DE LIMA CABRAL

Promotora de Justiça

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR-
PRESIDENTE DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DO ESTADO DO AMAZONAS**

Ação Civil Pública

Processo n.º: *****_**

Origem:VARADA

**APELANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO
AMAZONAS**

APELADOS: ... e outros

Nobres Julgadores,

RAZÕES DA APELAÇÃO

O Ministério Público do Estado do Amazonas, por meio da Promotora de Justiça abaixo assinada, vem perante Vossa Excelência, apresentar as razões da Apelação interposta, fazendo-o nos seguintes termos:

1. DOS FATOS

No dia 20.10.2004 o Ministério Público do Estado do Amazonas, por meio da e Promotorias de Justiça propôs Ação Civil Pública por ato de Improbidade Administrativa, com pedidos de declaração incidental de inconstitucionalidade e de liminar, contra os senhores ..., ..., ..., ..., ..., ..., ..., ..., ... e

O *Parquet* aduz na inicial a ocorrência de dano ao erário estadual concretizado com a aquisição do imóvel situado na Estrada ..., Rodovia Am-10, Km ..., Município de ..., com uma área de seiscentos e quarenta e dois mil, novecentos e cinquenta e um metros quadrados (642.951,00 m²), registrado no cartório de Registro de Imóveis do 1º. Ofício, com matrícula n. 52.400, resultado da junção de dois terrenos: o primeiro pertencente a senhora ..., e o segundo pertencente a senhora

Hoje ambos terrenos estão registrados sob a matrícula n. 52.400, vez que foram adquiridos pela empresa ... e ...Ltda, no

dia 01 de abril de 2003, respectivamente, pelos preços de R\$ 255.000,00 e R\$ 145.000,00.

O ... (pessoa jurídica de direito público) por meio do Decreto n. 23.418 de 20 de maio de 2003 procedeu à desapropriação da supracitada área, declarando-a de interesse social cujo pagamento a título de justa indenização totalizou R\$ 13.107.500,00

O Ministério Público, tendo em vista denúncia noticiada na imprensa local, instaurou procedimento administrativo para apurar possível irregularidade nessa aquisição e respaldado em laudo técnico pericial, reconheceu a violação de princípios que regem a Administração Pública, tanto no que se refere ao superfaturamento do preço do imóvel desapropriado, quanto à contratação direta de serviço, sem o devido processo licitatório.

Proposta a ação, e em atenção ao rito estabelecido pela Lei 8.429/92, o Meritíssimo Juiz de Direito, depois de receber a defesa dos envolvidos, decidiu extinguir o processo sem julgamento do mérito, sob o entendimento de inexistir ato de improbidade vez que nos autos não há “nenhuma prova que aponte que os requeridos tenham facilitado ou concorrido para incorporar verba pública a patrimônio particular; permitido ou facilitado a aquisição de bem particular por preço superior ao de mercado; frustrado ou dispensado indevidamente processo licitatório; permitido, facilitado ou concorrido para que terceiro se enriquecesse ilicitamente; praticado ato para atingir fim proibido em lei; e recebido vantagem econômica para fazer a avaliação do terreno desapropriado”¹

2. DA TEMPESTIVIDADE DO RECURSO

Conforme Portaria n. 0267/2006/PGJ anexa aos autos, este agente foi designado para atuar na condição de autora na Ação Civil Pública e Ação de Improbidade proposta pelo Ministério Público em razão da declaração de suspeição de outros dois órgãos, constantes às fls. 780 e 783, por questão de foro íntimo.

¹ Sentença anexa às fls. 809 dos autos

Em virtude do ato designatório, o Ministério Público em data de 24/02/2006, foi ao cartório e retirou em carga o processo, (sexta-feira pré-carnaval), conta-se, pois desta data o prazo para a interposição do recurso de apelação, em dobro para o MP em razão da disposição contida no art. 188 do CPC, iniciando quinta-feira, dia 02/03/2006, a expirar no dia 31/03/2006.

Demonstrada a tempestividade do presente recurso, passemos ao seu mérito.

3. DA PROVA INDICIÁRIA PARA O RECEBIMENTO DA AÇÃO DE IMPROBIDADE.

O Meritíssimo Juiz de Direito que extinguiu o processo, em sua decisão argumentou que a ação de improbidade proposta pelo Ministério Público não demonstra “nenhum indício de improbidade administrativa.”² (grifo nosso)

Sua Exa., apesar de trabalhar com a palavra *indício*, nos termos em que a Lei de Improbidade determina, na verdade, exigiu quando do juízo de admissibilidade da presente ação prova definitiva de que o ato apontado como ímprobo teria se concretizado.

Na linguagem jurídica a palavra *indício* sinônima de “rastros, sinal, vestígio”, tem, no dizer de Plácido e Silva “sentido equivalente a presunção, quer significar o fato ou a série de fatos, pelos quais se pode chegar ao conhecimento de outros, em que se funda o esclarecimento da verdade ou do que se deseja saber. ... são circunstâncias que se mostram e se acumulam para a comprovação do fato, assim tido como verdadeiro.”³

Aqui a presunção, tida como prova indireta, dá-se em razão de regra de direito, estabelecendo-se como verdade factual enquanto não houver prova em contrário.

Nesse sentido, a prova abalizada pelo Ministério Público em processo administrativo mostra-se suficiente, em razão do seu conteúdo de verossimilhança, para impulsionar e instaurar a

² Sentença às fls. 808

³ Plácido e Silva. Vocabulário jurídico. 18^a. Ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 427.

relação processual, nos termos da exigência contida do parágrafo 6º. do art. 16 da Lei 8.429/92, *in verbis*:

“

§ 6º- A ação será instruída com documentos ou justificação que contenham **indícios suficientes** da existência do ato de improbidade ou com razões fundamentadas da impossibilidade de apresentação de qualquer dessas provas, observadas a legislação vigente, inclusive as disposições inscritas nos arts. 16 a 18 do Código de Processo Civil”. (grifo nosso)

Em havendo prova indiciária, como a que aqui se apresenta, evidencia-se o dever do juiz em receber e processar a ação, conduta que somente pode ser afastada com a comprovação, de forma insofismável, de que o fato não existiu.

É que enquanto para o juízo de admissibilidade positivo da ação é exigido que o órgão do Poder Judiciário, para instaurar a relação processual, atenha-se a indícios, no juízo negativo esta exigência opera-se num plano de impossibilidade absoluta da ocorrência da improbidade, ou seja, o fato não deve ter existência própria. É exigida, assim, a certeza da não lesão do erário, da não violação aos princípios constitucionais ou da inexistência de enriquecimento ilícito.

A inadmissibilidade de ação de improbidade requer, entretanto, um juízo mais completo. Esse é o entendimento de Cássio Scarpinella Bueno, senão vejamos:

“Os documentos, as justificações, as escusas e a conduta de quem pretende *tipificar* ato(s) de improbidade administrativa serão analisados não só no decorrer do procedimento (mais aprofundadamente na fase instrutória), mas receberão em juízo de admissibilidade expresse e **bastante profundo** (até mesmo exauriente, quando a hipótese é de declaração de

inexistência do ato de improbidade ou de improcedência da ação) logo após o estabelecimento do prévio contraditório, na forma como disciplinam os precitados §§ 7º. e 8º.”⁴ (grifo nosso)

No presente caso, com o devido respeito, os requeridos não conseguiram desfazer os argumentos técnicos e jurídicos apresentados pelo Ministério Público, e nem Sua Excelência conseguiu convencer de que foi realizado juízo de forma completa.

É evidente, que questão de tamanha complexidade, não desmerecendo os conhecimentos técnicos individuais da Autoridade Judicante, não poderia ser resolvida com base em leitura singular, sem o auxílio de um trabalho técnico judicial. Tanto isso é verdade que se cinge o MM. Juiz a discordar do laudo do autor e concordar com o laudo da Secretaria de e argumentos trazidos pelos requeridos, sem justificar seu posicionamento.

Na verdade, é difícil fazer-se um juízo prematuro de mérito, como exige a Lei 8.429/92, no presente caso sem o respaldo de um trabalho especializado, já que os laudos apresentados alcançam, nesse momento, o *status* de prova documental.

A decisão para admitir a ação proposta, ante provas indiciárias contraditórias, deveria se dar em prol da sociedade. Esse é o pensamento de Garcia e Alves:

“Relembre-se, mais uma vez, que o momento preambular, antecedente ao recebimento da inicial, não se volta a um exame aprofundado da *causa petendi* exposta pelo autor em sua peça vestibular, servindo precipuamente, como já dito, como instrumento de defesa da própria jurisdição, evitando lides temerárias. Poderíamos afirmar, sem medo, que tal como se verifica na seara

⁴ Improbidade administrativa. O Procedimento especial da ação de improbidade administrativa (medida provisória 2.088). São Paulo; Malheiros, 2001, p. 145

processual penal, deve o Magistrado, neste momento, servir-se do princípio *in dubio pro societate*, não coartando, de forma perigosa, a possibilidade de êxito do autor em comprovar, durante o processo, o alegado na inicial”.⁵

Tendo, pois, o Ministério Público satisfeito o exigido legalmente, deve a ação ser considerada como procedente de forma a possibilitar a apuração da verdade real buscada e comprovada, antecipadamente, pelo Ministério Público.

4. DA NULIDADE DA SENTENÇA PELA FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO PARA A RECUSA DA PERÍCIA TÉCNICA

A digna Autoridade Judiciária argumenta em sua decisão que “Não há nenhuma razão para crer na avaliação efetuada pelo Ministério Público e descrer na avaliação feita pela Secretaria de ...”.

Esse mesmo raciocínio, em sentido inverso, pode ser utilizado para questionar o porquê de acreditar na avaliação da Secretaria de e descrer da avaliação procedida pelo Ministério Público, já que este último é considerado, em nível constitucional, como órgão essencial à justiça, com a incumbência da “defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” enquanto o primeiro é órgão da Administração Pública direta cujos requeridos são seus agentes, pois, envolvidos no ilícito apontado pelo *Parquet*.

Hoje, pela Carta Magna este é o órgão que defende a sociedade, o erário, os interesses eminentemente públicos, jamais particulares, e contrariamente ao que argúi o requerido ..., não agiu sem sopesar a questão legal e social. Não é demais lembrar que há muitos anos o Ministério Público deixou de ser um defensor do Rei e assumiu a posição de defensor da sociedade.

Por esta significativa posição que o autor da ação ocupa não se poderia desvalorizar seu trabalho, mais ainda, torna-se

⁵ Improbidade administrativa. 2ª. Edição. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2004.

obrigatória a cautela para se extinguir uma ação proposta, revelando negação de acesso à justiça, quando firmemente provado o fato, não detêm os trabalhos técnicos apresentados qualquer hierarquia.

Tanto o MP quanto a Secretaria de ... integram igualmente, a estrutura da República Federativa do Brasil, e gozam da mesma presunção de legalidade e veracidade quando realizam suas atividades, vez que são legítimos representantes da soberania. Negar, pois, como fez a Douta Autoridade, fé pública ao documento apresentado pelo MP viola o inciso II do art. 19 da Constituição Federal.

Recusar fé pública, nesse contexto, tem o sentido de "...duvidar da idoneidade dos instrumentos oficiais, emitidos pelas entidades públicas, os quais logram a natureza administrativa, legislativa ou judiciária"⁶.

Tal posição adotada pela Autoridade Judicante demonstra o tratamento desigual dispensado ao MP, situação que afronta o preceito contido no *caput* do art. 5º da CF, aplicável às pessoas jurídicas:

"Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza..."

Em nível valorativo a perícia adotada pelo MP tem a mesma significação da perícia técnica da Secretaria de - são documentos administrativos que gozam da mesma presunção de veracidade -, no âmbito do órgão que o realizou e fora dele, já que são documentos públicos e, mesmo não sendo produzidos por agente público, o que, para efeitos legais, tem essa mesma condição.

A presunção de validade, pois, é *juris tantum*, podendo ser desconstituída com uma perícia judicial, com a comprovação de ocorrência de erro na avaliação, e alcançando os verdadeiros valores.

A situação de estar-se frente a dois documentos públicos com conteúdos díspares revela a necessidade de, obrigatoriamente, procurar a verdade, mediante a instauração

⁶ Uadi Lammêgo Bulos. Constituição Federal anotada. 4ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 467

da relação processual, já que esse é o mérito do processo judicial, ao invés de fazer os fatos desaparecerem da nossa realidade e sociedade.

Com a *devida venia*, no presente caso, optou o Magistrado por um caminho sem certificar-se de que aquele revele a medida da justiça. E concretizou isso quando optou por crer na avaliação feita pela Secretaria de ... e descrever da avaliação feita pelo MP, sem que para isso justificasse sua decisão, o que frustra a própria finalidade do processo. Nesse sentido, afirma Humberto Theodoro Júnior:

“A aspiração máxima do processo é dar a cada um o que realmente é seu, ou seja, tornar concreto, diante da lide, o ideal de justiça, que só pode ser alcançado quando o juiz conhece, efetivamente, a verdade dos fatos e a eles atribui a consequência prevista em lei ou nos princípios gerais do direito”.⁷

Ora, argumentar que os requeridos ..., ..., ... e ... apresentaram “substancial planilha de cálculos, demonstrando a insubsistência da avaliação feita pela perícia indicada pelo Ministério Público” não constitui motivação da decisão. A legislação exige que o Juiz expresse a razão que o levou a considerar a planilha de cálculos dos requeridos como substancial e a do MP como não substancial. Essa razão não consta da sentença.

Assevera, ainda, o MM. Juiz, que na perícia apresentada pelos requeridos “encontram-se delineados os valores relativos às obras, subdivididas em infra-estrutura civil, infra-estrutura elétrica e infra-estrutura hidráulica; valores relativos ao terreno, subdivididos em planta de valores da prefeitura e imposto de transmissão de bens imóveis; e valores relativos ao mercado, com avaliação da Caixa Econômica Federal”, como se o MP não tivesse se reportado a estes tópicos. Pergunta-se: o que assegura que os valores trazidos pelos requeridos estão corretos? O que

⁷ Sentença: direito processual civil ao vivo. Rio de Janeiro: Aide, 1997, p. 33

motiva o entendimento do laudo apresentado pelo MP estar incorreto? Essa motivação imprescindível não se encontra na sentença.

Tal ausência de motivação revela, mais uma vez, a necessidade de se declarar a nulidade da decisão proferida em 1º grau ante a ausência das razões do livre convencimento do juiz, exigível para todo e qualquer ato. Nesse sentido, assevera Humberto Theodoro Júnior:

“O juiz, enfim, não está adstrito ao laudo (art. 436), mas ao recusar o trabalho técnico, deve motivar convincentemente a formação de seu convencimento em rumo diverso”⁸.

A invocação feita pela autoridade, de dados trazidos pelos Requeridos como se fossem os únicos corretos, não se baseia em nenhum conhecimento técnico-científico.

Na decisão se vê expressões de verdadeiro elogio ao trabalho realizado pelo Secretaria de ... sem, porém, explicitar as razões. Tal situação extrapola o livre convencimento do juiz, já que impressões de caráter subjetivo e que denotam um exame unilateral das provas colididas, devem ser afastadas.

O exame livre que o juiz faz ao decidir uma causa não pode se sobrepujar às questões técnicas e deixar de justificá-las o porquê de adotá-las. Há necessidade, pois, de se expor, na valoração judicial, uma pertinência de elementos objetivos que servem de fundamento para a decisão.

Esta exigência, fruto de uma Constituição democrática, está consagrada no inciso IX do art. 93, *in verbis*:

“.....
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

⁸ Curso de direito processual civil, vol. 1, p. 425.

próprias partes e seus advogados, ou somente a estes;” (grifo nosso)

O CPC da mesma forma prescreve:

“São requisitos essenciais da sentença:

I- o relatório, que conterá os nomes das partes, a suma do pedido e da resposta do réu, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II- os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III- o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões, que as partes lhe submeteram”.

Requisito essencial não satisfeito dá-se causa de nulidade da sentença. Atente-se que no presente caso não estamos tratando, nem de fundamentação incorreta, nem fundamentação deficiente. Trata-se de ausência de fundamentação.

A declaração da nulidade em casos semelhante a este é questão pacífica nos nossos Tribunais, senão vejamos:

“De acordo com o comando preconizado no CPC 458, a decisão judicial de mérito pode ser concisa, mas não desmotivada, eis que o fundamento da sentença, é a garantia do juiz contra duas pechas que lhe possam atribuir: o arbítrio e a parcialidade. Carece de fundamentação adequada o aresto que, ao invés de discutir e dirimir as questões fáticas e jurídicas ajustadas pelas partes, no processo, limita-se a fazer remissão a um parecer jurídico, o qual não se detém na apreciação e desate dos argumentos de uma das partes (a recorrente). *In casu*, o acórdão recorrido, em leitura isolada do parecer, torna-se de impossível compreensão, comprometendo o preceito do CPC 458. Recurso provido para anular a decisão recorrida”. (STJ, 1ª. T., Resp. 15288-SP, rel. Min. Demócrito

Reinaldo, v.u., j. 10.2.1993, DJU 15.3.1993, p. 3784).

“É inquestionável que a exigência de fundamentação das decisões judiciais, mais do que expressiva imposição consagrada e positivada pela nova ordem constitucional (art. 93, IX), reflete uma poderosa garantia contra eventuais excessos do Estado-Juiz, pois, ao torná-la elemento imprescindível e essencial dos atos sentenciados, quis o ordenamento jurídico erigi-la como fator de limitação dos poderes deferidos aos magistrados e Tribunais.” (HC 68.202, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 15/03/91)

“Não satisfaz a exigência constitucional de que sejam fundamentadas todas as decisões do Poder Judiciário (CF, art. 93, IX) a afirmação de que a alegação deduzida pela parte é ‘inviável juridicamente, uma vez que não retrata a verdade dos compêndios legais’: não servem à motivação de uma decisão judicial afirmações que, a rigor, se prestariam a justificar qualquer outra.” (RE 217.631, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 24/10/97)

A falta de fundamentação da sentença gera, ainda, violação a um outro direito fundamental que é o direito de ação, definido por Humberto Theodoro Júnior como “o direito de obter do Estado uma solução para o litígio, seja ela favorável ou não à prestação do autor”.⁹

Nos termos da Constituição Federal tal garantia encontra-se descrita no inciso XXXV do art. 5º:

⁹ Sentença. Humberto Theodoro Júnior, p. 24

“Art.5º.....
XXXV- a lei não excluirá da apreciação do Poder
Judiciário lesão ou ameaça a direito”

Supracitado preceito não pode ser interpretado somente no aspecto de possibilitar a apresentação de um pleito formal ao Judiciário. Abrange o direito de se ter uma decisão justa, cuja perfeição envolve o exame cuidadoso das razões e fundamentos apresentados pela parte. Nesse sentido tem-se posicionado o STF:

“A garantia constitucional alusiva ao acesso ao Judiciário engloba a entrega da prestação jurisdicional de forma completa, emitindo o Estado-juiz entendimento explícito sobre as matérias de defesa veiculadas pelas partes.” (RE 172.084, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 03/03/95)

No CPC, tal disposição encontra-se nos seguintes termos:

“Art. 131 - o juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes: mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe forneceram o convencimento”.

Neste sentido, Moacir Amaral dos Santos assevera:

“Por outro lado, a convicção não pode decorrer apenas de apreciações subjetivas do juiz, mas deve dimanar da apreciação dos fatos e das provas. O convencimento não deve ser, por outros termos, fundado em apreciações subjetivas do juiz; deve ser tal que os fatos e as provas submetidas ao seu juízo, se fossem submetidas à apreciação desinteressada de qualquer outra

pessoa racional, deveriam produzir, também, a mesma convicção que produziram no juiz. Este requisito, que eu creio importantíssimo, é o que chamo de 'sociabilidade do convencimento'¹⁰

Merece, pois, ante o acima aduzido que seja a sentença recorrida declarada nula.

5. DA NULIDADE DA SENTENÇA PELA FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO QUANTO A INEXISTÊNCIA DE LICITAÇÃO

O Ministério Público do Amazonas na Ação Civil Pública e de Improbidade proposta argúi, além da supervalorização do imóvel desapropriado que culminou com o pagamento de indenização acima da devida, a ausência de licitação para prestação de serviço.

Expõe na inicial, que o ... (ente público) desapropriou o imóvel por interesse social, ao mesmo tempo em que fez incluir no preço, a título de indenização, valor correspondente à realização de benfeitorias necessárias de urbanização no montante de R\$ 5.683.695,00.

Mostra-se claro, pelo despacho constante às fls. 176/180, que a situação de desapropriação envolve, diretamente, uma prestação de serviço com contratação direta. Tanto isso é verdade que trabalha com a questão do pagamento da indenização ser feito após a conclusão das benfeitorias necessárias.

Não é demais ler o inteiro teor do despacho constante do processo administrativo de expropriação:

“A expropriação ora pretendida para que alcance o objetivo de responder à emergência social anteriormente descrita - de famílias acampadas e ocupantes de áreas sob ordem judicial de

¹⁰ *apud* Humberto Theodoro Júnior. Sentença: direito processual civil ao vivo. Rio de Janeiro: Aide, 1997, p. 29.

reintegração de posse - necessita impreterivelmente da conclusão das benfeitorias em andamento o que implica a necessidade de pagamento do valor de R\$ 5.683.695,00 (cinco milhões, seiscentos e oitenta e três mil, seiscentos e noventa e cinco reais), na exata medida em que as famílias que lá serão assentadas não poderão ocupar a terra sem a infra-estrutura que atenda as necessidades básicas das famílias que serão assentadas.

A preocupação desta Secretaria é, pois, no sentido de que seja adotada uma solução que garanta a entrega, no menor espaço de tempo possível, da área exproprianda devidamente acrescida das benfeitorias necessárias à utilização da área pelas famílias desabrigadas.

Assim, além da indenização do valor da gleba que monta em R\$ 7.364.699,00 (sete milhões, trezentos e sessenta e quatro mil, seiscentos e noventa e nove reais), é necessária a indenização das benfeitorias no valor de R\$ 2.741.547,00 (dois milhões, setecentos e quarenta e um mil, quinhentos e quarenta e sete reais), e do pagamento das benfeitorias que necessitam ser concluídas e que importam em R\$ 5.683.695,00 (cinco milhões, seiscentos e oitenta e três mil, seiscentos e noventa e cinco reais), perfazendo um total de R\$ 13.107.500,00 (treze milhões, cento e sete mil, quinhentos reais).

Para tanto, entendemos necessário que o pagamento da verba expropriatória seja feito parcelado e condizente com a conclusão das benfeitorias necessárias”.

Diante do transcrito, nenhuma dúvida emerge de que o presente caso revela um excelente negócio de prestação de serviços, sem submissão aos ditames legais, que nesse caso

obrigam o Administrador a pautar-se ao consagrado pela Lei 8.666/93, impondo, pois, a realização de licitação.

A licitação, para o Administrador Público, constitui um dever, que ante uma norma cogente, somente admite exceção nas hipóteses que ela própria consagra.

A atividade licitatória, como forma de selecionar a melhor proposta, deve ser aberta a todos, igualmente, a fim da seleção alcançar a proposta mais vantajosa e, assim, atingir o fim público desejado.

Nesse sentido a Constituição Federal em seu art. 37, inciso XXI prescreve:

“Art.37.....
XXI- ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”.

Tal conduta adotada pelo ...(ente público), incluindo no preço da expropriação, benfeitorias a serem realizadas após o decreto expropriatório, portanto, não integradas à propriedade originariamente desapropriada, violam preceito legal e nesse sentido há jurisprudência:

“DESAPROPRIAÇÃO – indenização - benfeitorias necessárias - Verba Indevida - Obra realizada após o ato expropriatório - Recurso provido para esse fim.” (Relator Corrêa Viana, Apelação Cível 219.798-2, São Paulo, 1.2.94)

De outra forma, a violação a preceito constitucional, importa em vício incontornável do ato realizado, situação que é suficiente para fixar a conduta e responsabilidade dos requeridos como ato de improbidade nos termos do art.10 e 11 da Lei 8.429/92.

No que tange à existência de ato administrativo nulo (contratação sem licitação pública) a ser declarado na ação civil pública e a responsabilidade daquele que o praticou em afronta clara à legislação nacional (ato de improbidade), a Douta autoridade que decidiu pelo arquivamento, cingiu-se a fazer alusão à inexistência nos seguintes termos:

“...nenhuma prova há bastante que aponte que os requeridos tenham frustrado ou dispensado indevidamente processo licitatório...”¹¹

Em razão da indiscutível falta de motivação da sentença nessa parte, resta pugnar pela declaração de sua nulidade.

Há de se esclarecer que o Ministério Público aqui não contesta a busca de uma solução para o problema social da habitação, que a par de ter-se uma verdadeira indústria de invasão de terras, tendo já há algum tempo fugido do controle do Estado, há o dever do Estado de promover o bem-estar social, consolidando os objetivos traçados pela CF/88, dentre os quais consta a habitação como direito fundamental de todo homem.

Para a promoção deste direito, porém, não pode ser sacrificado nenhum princípio constitucional a pretexto de se alcançar o bem comum. Não existe bem comum distanciado do sistema constitucional. Em outras palavras, não posso deixar de realizar processo de licitação, como determina a lei, para promover bem social. As normas hão de ser harmonizadas, ao invés de anuladas.

Portanto, não realizar licitação ou mesmo adquirir terras por preço superior ao devido, inverte a ordem de valores que a Constituição Federal elegeu para a Administração Pública que é a de pautar-se pelos “princípios da legalidade, impessoalidade,

¹¹Sentença às fls. 809

moralidade, publicidade e eficiência”,¹² todos corolários do Estado Democrático de Direito que adotamos.

Para Celso Antonio Bandeira de Mello, o princípio da legalidade apresenta-se como tradução jurídica do propósito político de “... submeter os exercentes do poder em concreto – o administrativo - a um quadro normativo que embarque favoritismos, perseguições ou desmandos. Pretende-se através da norma geral, abstrata e por isso mesmo impessoal, a lei, editada, pois, pelo Poder Legislativo – que é o colégio representativo de todas as tendências (inclusive minoritárias) do corpo social -, garantir que a atuação do Executivo nada mais seja senão a concretização desta vontade geral”.¹³

Continua o autor:

“Assim, o princípio da legalidade é o da completa submissão da Administração às leis. Esta deve tão-somente obedecê-las, cumpri-las, pô-las em prática. Daí que a atividade de todos os seus agentes, desde o que lhe ocupa a cúspide, isto é, o Presidente da República, até o mais modesto dos servidores, só pode ser a de dóceis, reverentes, obsequiosos cumpridores das disposições gerais fixadas pelo poder Legislativo, pois esta é a posição que lhes compete no direito brasileiro”¹⁴

Neste contexto, os requeridos não se ativeram aos preceitos ordinativos.

¹² Art. 37, *caput* da CF/88.

¹³ Curso de direito administrativo. São Paulo: Malheiros, 2202, p. 83.

¹⁴ *Idem*, p. 84

6. DAS RAZÕES PARA CRER NO LAUDO DO MP E DESCRER DOS LAUDOS APRESENTADOS PELOS REQUERIDOS.

O Ministério Público do Estado do Amazonas com o fim de firmar sua convicção acerca da possível ocorrência de ato de improbidade nomeou como perito o Doutor ..., para proceder à avaliação técnica do imóvel desapropriado.

No trabalho apresentado, referido perito concluiu, em contraposição à avaliação efetuada pela Secretaria de ..., que o montante pago a título de indenização pela desapropriação do imóvel em questão no valor de R\$ 13.107.500,00 teria sido efetuado em valor superior ao devido, qual seja o de R\$ 7.029.384,00.

Este resultado contestado pelos requeridos serviu de respaldo para o Meritíssimo Juiz, que após considerar a magnificência do trabalho feito por estas, transcreveu literal a argumentação formulada pelo ...(requerido), ...(cargo que ocupava) à época, às fls. 682/684, na qual este realiza um raciocínio completamente incorreto, e que, por isso, não pode ser aceito.

Primeiramente, porque se reportar o MM. Juiz a tais fundamentos sem dizer as razões da escolha registra, formalmente, a ausência de motivação da decisão.

Em segundo, porque os cálculos matemáticos formuladas pelo requerido e que à primeira vista impressionam, contêm erros graves que comprovam, mais uma vez, a percepção correta do Ministério Público acerca da existência de ato administrativo nulo e responsabilidade de seus agentes.

No cotejo dos trabalhos técnicos, percebe-se um dado em comum - todos utilizam o método de avaliação OLAVE -, com ressalvas.

O requerido ... utilizando a fórmula correspondente, quer fazer crer, e o juiz acredita, que o índice de perdas, correspondente ao fator K, utilizado para encontrar o valor da terra nua, a ser aplicado no presente caso, é de 35% e não de 58,53% como identifica o MP.

Este requerido baseia-se no laudo elaborado pela Secretaria de ... que incorre no flagrante erro, quando no momento da avaliação do imóvel já não mais poderia proceder de forma estimativa para encontrar este fator.

Faz-se aqui, seguramente, esta afirmação em razão do fator K, na proporção de 35% não ser uma constante, podendo variar de região para região, terreno para terreno, de acordo com o plano diretor de cada cidade. E em sendo “uma fórmula que simplifica a aplicação do método involutivo” somente é utilizada nesse percentual “quando não se tem o estudo de massa ou anteprojeto do loteamento”¹⁵.

No presente caso, o anteprojeto já existia ao tempo da avaliação, e tendo sido fornecido pelo ... (ente público) ao Ministério Público, com base nele, a perícia técnica ministerial identificou os percentuais de perdas do loteamento, como sendo:

Área verde/lazer- 135.697,61 metros quadrados(21,11%)
Área institucional- 118.532,92 metros quadrados (18,43%)
Área de circulação- 122099,69 metros quadrados(18,99%)

A existência de tal anteprojeto impede que qualquer cálculo seja realizado sob o percentual hipotético de 35%, que na realidade constitui um ideal, mas que, dificilmente, numa região como a nossa é alcançado.

Há, assim, a necessidade de se buscar o ajuste perfeito, o que o Ministério Público fez na perícia técnica.

A implicação da consideração desse fator no trabalho dos peritos da Secretaria de ..., em 35% e não 58,53%, traz como consequência o aumento do preço da terra nua, já que a área a ser habitada se estendeu, desproporcionalmente, ao que efetivamente existe. Com menos perdas de áreas o ... (ente público) acaba pagando um preço superior àquele que devia.

¹⁵ Sérgio Antonio Abunahman. Engenharia legal e de avaliações. 2ª. ed. São Paulo: Pini, 2000.

Destarte, as áreas constantes das perdas que compreendem o Fator K, não podem ser pagas pelo ... (ente público) na mesma proporção de um terreno com maior índice de aproveitamento já que quanto maior o Fator K, menor será o preço total da terra nua.

Nos percentuais de perda, obrigatoriamente, hão de ser computados, além daquelas áreas não propícias à habitação (áreas acidentadas), que nesse loteamento configuram verdadeiras crateras, aquela área correspondente ao igarapé, que no imóvel desapropriado entrecorta toda sua extensão, num perímetro de aproximadamente 900 metros lineares, impróprio, portanto, para a habitação. Atente-se, ainda, que somente com a preservação do igarapé, por determinação legal, há a necessidade de se deixar uma margem de 54 mil metros quadrados, o equivalente a 8% do empreendimento.

Interessante observar que o Projeto apresentado pelo requerido ... (fls. 688) e ... (fls. 747), sob o qual sustentam a existência efetiva de área correspondente a 35% (Fator K), data de março/2003. Neste documento é identificada uma área de expansão que no Projeto encaminhado pelo ... (ente público) ao Ministério Público, que data de junho/2003, são tidas como áreas perdidas. Tal situação leva-nos a concluir que o projeto definitivo do loteamento é aquele elaborado por último pela Secretaria de..., devendo, pois, sob este, ser feito qualquer cálculo de valores a serem pagos ou devolvidos.

Ao lado desse erro grosseiro apresentado pelos requeridos, mostra-se outro referente a cálculo.

Encontram os requeridos para despesas com urbanização o valor, resultado da fórmula $D = 0,30 \times A \times (1-k) \times q$, como sendo de R\$ 2.382.133,45.

Ocorre que o resultado dessa operação não é 2.382.133,45 e sim 3.635.887,905. Basta refazer o cálculo para encontrar o erro.

Aplicando o resultado da fórmula para se encontrar o valor da gleba bruta, não é possível proceder à operação constante às fls. 683 dos autos, abaixo transcrita, para melhor entender.

$$V = 642.951 \times (1 - 0,35) \times 29 - 2.382.133,45$$

$$(1 + 0,10)$$

$$V = 11.017.842,14 - 2.382.133,45$$

$$V = 8.635.708,69$$

Chegaremos, obrigatoriamente, ante o erro de cálculo, ao seguinte valor:

$$V = 642.951 \times (1 - 0,35) \times 29 - 3.635.887,905$$

$$(1 + 0,10)$$

$$V = 11.017.842,14 - 3.635.887,905$$

$$V = 7.381.954,00$$

Com isso, o valor total da avaliação da propriedade ficaria em R\$ VT = 7.381.954,00 + 3.635.888,00 = 11.017.842,00.

Conforme demonstrado, mesmo que contrariando as regras de engenharia, houvesse a obrigatoriedade de para toda e qualquer avaliação pelo método involutivo, o Fator K correspondesse ao percentual hipotético de 35%, ainda assim os valores encontrados seriam inferiores ao efetivamente pago pelo ... (ente público). Ao invés de R\$ 13.106.566,64 seria de R\$ 11.017.842,00. Teríamos uma diferença de valor que agora, matematicamente, deve retornar aos cofres públicos.

O valor utilizado pelos requeridos para despesas com urbanização, considerando a fórmula que utilizam, seria de R\$ 3.635.887,00, conforme demonstrado e não de R\$ 5.089.780,00, cálculo este encontrado pelo perito do Ministério Público, e que foi baseado com custos de urbanização de mercado para perda de K = 58,53 e não 35%.

Se fizermos o cálculo sob o que o requerido ... apresenta, as despesas com urbanização ficariam menores que as indicadas pelo Ministério Público, senão vejamos:

CUSTOS apresentados pelos requeridos

Valor da Gleba (terra nua):

R\$ 8.635.708,69

Valor das Benfeitorias:

R\$ 5.089.790,00

Valor total do empreendimento =

R\$ 13.723.498,69

CUSTOS apresentados pelo MP:

Valor da Gleba (terra nua):

R\$ 1.939.594,00

Valor das Benfeitorias:

R\$ 5.089.790,00

Valor total do empreendimento =

R\$ 7.029.384,00

Na verdade, se vê que os requeridos utilizaram parte do que interessava na perícia do MP para justificar valores injustificáveis nos seus cálculos.

Na sentença proferida, também consta referência à defesa apresentada pela Empresa....

Os valores de perdas (Fator K), entretanto, apresentados por esta requerida, são bastante próximos àquele encontrado pelo Ministério Público, sendo a margem de erro, matematicamente, desprezível.

O Fator K do MP é de 58,53%, enquanto o da requerida ... é de 58,90%, compondo-se:

Área verde/lazer - 30,26
Institucional - 9,37
Circulação - 19,27

Esta proximidade de valores demonstra, por um lado, a coerência do trabalho realizado pelo perito do Ministério Público, e por outro, o fato de que as áreas destinadas a arruamento, área verde, lazer, sistema viário, etc., que compõem as perdas, jamais chegariam ao absurdo de 35%.

No que se refere à avaliação apresentada pela ... (requerida) elaborada pela Caixa Econômica, em data de 10.03.2000, consta o valor de R\$ 4.250,00 por lote urbanizado, em desacordo, porém, com o que esta alega na contestação, que diz ser de R\$ 6.200,00 por lote.

Este último valor foi encontrado na atualização monetária de junho/2003. Portanto, o valor de 9.287 é totalmente descabido.

Por outro lado se pegarmos o laudo da Caixa Econômica, elaborado em março/2000, no qual consta o valor unitário do lote urbanizado de R\$ 20,00 por metro quadrado, e atualizarmos, monetariamente, conforme o índice apresentado pelo requerido ..., em contestação às fls. 447/448, de 49,79% chega-se ao valor, à época, de R\$ 29, 96 por metro quadrado. Tal cálculo reforça mais uma vez a compatibilidade do valor encontrado pelo perito do Ministério Público que é de R\$ 29,00.

A requerida ... às fls. 449 afirma, ainda, erroneamente, na contestação, que a produção do lote urbanizado encontrado pelo Ministério Público é de R\$ 2.500,00, Na realidade, a conclusão do valor total do empreendimento considerado pelo MP sendo de R\$ 7.029.384,00, dividido pelo número total de lotes projetados de 1.568 lotes constantes do Projeto V, tem como valor médio o montante de R\$ 4.483,00 por lote.

Este dado confirma, mais uma vez, a procedência da prova técnica apresentada pelo *Parquet* quando aponta o valor correspondente ao lote urbanizado.

Apresentando-se, pois, em descompasso com as provas carreadas aos autos, merece a decisão judicial proferida em primeiro grau ser anulada para o fim de, recebendo-se a ação proposta, processar-se o feito.

DO PEDIDO

Ante o exposto, requer o Ministério Público do Estado do Amazonas que seja o presente Recurso recebido, dando-lhe provimento, para o fim de reformar, *in totum*, a sentença do Juízo ... de 1ª Instância, em virtude das nulidades fundamentadas neste Recurso de Apelação, que configuram *error in iudicando*, com o conseqüente recebimento e admissão da ação civil pública e de improbidade interposta, e assim, a instauração da relação processual, nos termos do § 1.º do artigo 515 do Código de Processo Civil.

Manaus, 23 de março de 2006.

SILVANA NOBRE DE LIMA CABRAL

Promotora de Justiça

PARECER EM INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL – CASSAÇÃO DE DIPLOMAÇÃO – CAPTAÇÃO INDEVIDA DE VOTOS (COMPRA)

João Gaspar Rodrigues (*)

A impunidade gera a audácia dos maus (Carlos Lacerda).

A paixão de dominar é a mais terrível de todas as enfermidades do espírito humano (Voltaire).

Mas com certeza alguma coisa pode ser feita para combater a corrupção. Teremos que ficar para sempre à mercê de ladrões e corruptos? Será impossível um governo decente na democracia? (Henry Adams, *Democracia*/39).

Trata-se de Ação de Investigação Judicial Eleitoral por Captação Indevida de Sufrágio, aforada pelas coligações partidárias ***/ *** contra os candidatos eleitos *** e ****, tendo como fundamento suposta captação indevida de votos.

Juntaram os documentos de fls. 12/94.

Em despacho de fls. 96, o d. agente judicante determinou a notificação dos representados para apresentarem defesa, no prazo legal. E designou data para a oitiva das testemunhas arroladas.

Defesa apresentada às fls. 100/106.

Testemunhas ouvidas às fls. 123/143.

Memoriais da parte autora às fls. 145/152.

Às fls. 154/160, a parte representada adentra com exceção de impedimento, suspendendo, *ipso facto*, o trâmite do processo (art. 306, CPC). Julgada a exceção, a decisão de rejeição foi comunicada no dia 16.12.2004 (às 17H:40), via fac-símile.

* Promotor de Justiça do Amazonas. Pós-graduado em direito penal e processo penal pela Universidade Cândido Mendes/RJ. Mestrando em Direito do Estado pela Universidade de Coimbra. Autor dos livros: *O Ministério Público e um novo modelo de Estado* (1999); *Tóxicos: uma abordagem crítica da Lei n. 6.368/76* (2001); *O perfil moral e intelectual do juiz brasileiro* (2006).

Transcorreu o prazo *in albis* para os representados oferecerem alegações derradeiras.

É o relato.

1. *Corrupção eleitoral: considerações iniciais*

A corrupção eleitoral, sob a vertente da compra de voto, é uma espécie do gênero corrupção, tendo os dois lados da moeda: um sujeito ativo, aquele que compra o voto, e um sujeito passivo, aquele que vende o voto. E sob essa característica constitui-se num dos maiores males que afeta uma democracia, e em especial, a frágil democracia brasileira.

Voto mercadejado torna a eleição política um investimento econômico, e como tal, sujeita o cargo público aos azares da mercancia. O eleitor que exerce livre e dignamente seu direito de sufrágio, sem fazer dele um meio de alcançar uma vantagem econômica imediata, mantém a prerrogativa da cidadania de exigir seus direitos; aquele que faz dele um balcão de negócios, não pode senão, no futuro, **mendigar, pedir, implorar favores** de quem por ter comprado a condição de governante numa espécie ilegal de contrato de compra-e-venda, tendo já “honrado” sua obrigação contratual – com algumas cédulas repassadas de forma clandestina -, não se sente obrigado a nada. Por isso que, aboletado no cargo, sente-se completamente livre de compromissos morais e jurídicos com o eleitor vendilhão, buscando, apenas, ressarcir-se dos valores despendidos no investimento eleitoral, sem dispensar, é claro, uma boa margem de lucros, como se dá em toda e qualquer transação comercial. Temos, então, como efeito direto da mercancia dos votos, uma população muda sem nada a dizer ao poder, e de outro, um governante que faz **ouvidos de mercador** aos anseios, agora legítimos, do povo. De escolho em escolho, de naufrágio em naufrágio, foge-nos a democracia e suas preciosas lições de elevada moralidade.

Uma saudável democracia, é a conclusão precisa que se impõe diante dos fatos precisos, requer a prevalência da soberania popular sobre a soberania do dinheiro; a altivez da consciência

sobre a lamaceira dos interesses imediatos; a sobrançeria da dignidade sobre a abjeção do egoísmo e da má-fé¹. Viver num ambiente democrático sem sentir a lama nos pés, somente é possível acreditando na virtude e nos princípios que dela emanam, mantendo a vontade fora dos caminhos vulgares.

O que temos no Brasil, infelizmente, apesar de todo o desejo ufanista em contrário, é uma democracia sem fé, sem alma, sem virtude, democracia de embuste, imbricada na engrenagem das velhas servidões, principalmente no interior recuado do país, espécie de *terra de ninguém*.

A corrupção política constitui uma herança de nosso passado colonial e uma constrangedora testemunha de nosso imobilismo cívico. Tudo parece conspirar mais para o *perecimento* do que para a *transformação*, mais para o *imobilismo*, o *atraso*, do que para o *avanço*, a *modernização*. A nossa gente se assemelha a uma árvore assaltada por parasitos daninhos tolerados (funcionalismo, administração, política etc.), que oneram e às vezes matam, sem uma defesa ou uma lástima.

A necessidade de criar uma contracultura de combate à corrupção, um processo de *higienização* (depuração) *institucional*, impõe-se intuitivamente no Brasil como forma de quebrar o elo que une o esforço do povo ao buraco fétido da rapinagem e da fraude. A trampolinagem corrói as entranhas do Estado, afetando decididamente o povo e a forma de convivência escolhida: a democracia. A tolerância com a súcia de midianitas tende a eternizar a corrupção, pois a descendência reproduz as características da ascendência. *Improborum improba soles*. Nessa cultura hereditária impõe-se seja disseminado um elemento puro: o espírito democrático. O nó górdio da democracia no Brasil acha-se no que se pode chamar de *democracia formal* em que vivemos. Aqui e agora o país é *democrático* como seu povo é *livre*, mas sem *espírito democrático* nem *espírito de liberdade* arraigados, o que sujeita nossa gente e o nosso governo sempre às crises institucionais. As mãos-pendentes precisam se entrelaçar num

¹ A verdade nunca faltou aos homens; mas, muitas vezes, faltam a boa fé e a coragem para reconhecê-la e segui-la, diz Proudhon (*Oeuvres choisies* – trad. port. *A nova sociedade*, p. 19).

manusdei moral para conter a sangria nacional. É necessário acabar com o vezo, que rescende a conivência e cumplicidade, de punir o denunciante de corrupção em vez dos corruptos e corruptores.

Por outro lado, quereis eternizar a corrupção, o pauperismo, o crime, a demagogia à face do país? É simples. Eternizai a atual classe política (cujos componentes aprendem suas táticas de aliciamento nos piores recantos da sociedade) e sua flexível, flexibilíssima escala moral. Por outro lado, se quereis alevantar o império da lei, da justiça e da liberdade, planejas a organização das massas sob a reanimação da instrução pública construtiva, e tereis, ao mesmo tempo, a condição de melhor seleção eleitoral e a sanção para o progresso de qualquer comunidade.

É possível enganar todo o povo por um tempo. É possível enganar parte do povo todo tempo. Mas é impossível enganar todo o povo todo tempo, disse certa vez, numa de suas tiradas sentenciosas, Abraham Lincoln. Por baixo da espuma que flutua na superfície da política, há, é preciso acreditar, uma espécie de sadia corrente oceânica de finalidade honesta, que varre a espuma à frente e mantém pura a massa.

O Brasil, em seus diversos recantos, apresenta uma tolerância criminosa em relação à corrupção, onde o sistema jurídico é incapaz de por cobro na situação, sugerindo uma solução que passe por uma nova postura moral não só do povo mas das instituições públicas. Aqui, repito com Renato Kehl², as catilinárias de Cícero não fazem eco. Existem velhacos-mirins e velhacos-açus em perfeito sossego, que acabam seus dias na mais completa impunidade e com a burra abarrotada do butim negro e maldito da corrupção, direta ou indiretamente. Todo esse meio cultural tolerante, às vezes, sutilmente, estimulante, coadjuvado pela impunidade oficial, cria no Brasil ocasiões propícias para a trampolinice. *Occasio facit latronem!* Os males no governo e na sociedade crescem com a impunidade, o que nos devolve à idéia de que uma nação não pode separar sua vida política da sua vida moral e jurídica.

² *Tipos vulgares*, p. 41.

Os diversos subsistemas que alimentam o sistema jurídico nacional são os responsáveis, no campo jurídico, pela vergonhosa impunidade na seara da corrupção político-eleitoral. Enquanto a ineficiência do sistema carece de solução, os espertalhões de plantão vicejam à sua sombra.

É hora, portanto, pelo menos na cidade de ***, de deitar fogo e fazer desaparecer essa escola de vis “políticos” bilontras que, manipulando os instintos da massa mais que as idéias, induzindo à loucura coletiva mais do que à virtude, servindo menos à verdade que a intriga, se julgam grandes triunfadores, recobertos com o manto da simpatia tecido pelas massas ignaras, como troféu, pela esperteza do enganador sobre a inépcia do enganado. Impõe-se resgatar a sã política, que no dizer de José Bonifácio, o Patriarca, é filha da Moral e da Razão. Tal é a guerra que temos de sustentar: guerra que se faz a idéias antiquadas, não a homens, pois como se diz na criminologia, punimos o crime, respeitando a pessoa do criminoso.

Coibir as forças velhas, corruptas, decadentes, é, na vida de uma comunidade o maior bem que se pode fazer pelo progresso e pelo desenvolvimento. Não adianta apenas reprimir os efeitos da corrupção, responsabilizando os corrompidos e os corruptores, é imperativo cortar pelo sistema radicular, a politicagem e seus protagonistas. É uma classe de gente que perdeu no curso da vida todo o sentido da decência, da moralidade e da virtude. É um tipo de gente que tomou gosto em enganar, ludibriar, mentir e lorotar. Assemelha-se ao fato de quando vestimos uma indumentária nova, nos primeiros dias andamos acautelados, remirando onde sentamos, e fugindo de qualquer sujidade; mas, assim que ele principia a surrar-se, já se nos não dá de assento sujo ou limpo, tanto faz que seja estrebaria, como cozinha. Assim, quando trazemos a consciência limpa, tudo são cuidados com ela; ei-la suja, e logo tanto nos fazem oito como oitenta. Eis o que se passa com a corrupção política, doença endêmica, cuja perpetuidade é claramente o estandarte de quantos se lançam à maré das conveniências.

Em relação, especificamente, ao representado, é de sabença geral, os inúmeros procedimentos administrativos, policiais e

judiciais que há contra ele. E já ele, *ipso facto*, professa o velho clichê: tanto faz oito como oitenta. Não se lhe amofina a consciência com mais um procedimento, pelo contrário, se avigora ainda mais como o criminoso de Beccaria condenado à morte: tanto faz um como cem crimes praticados, se for pego por um deles, a morte é tão certa quanto se o fosse por todos. De igual modo se passa com o corruptor: tanto faz corromper um eleitor como cem, duzentos, trezentos; os efeitos são os mesmos. Ínsita a essa prática a filosofice de biltre de que quem não arrisca não petisca.

A única consideração que pode suspender o braço do homem resolvido ao ilícito, a única verdadeira garantia, que, por conseguinte, a lei pode dar à sociedade³, é a certeza que deve ter o infrator de que não escapará a vingança da lei, nem às sanções que a infração o faz merecer. **Uma infração sem sanção dá origem a dez outras:** trava-se uma luta aberta entre o infrator e a lei demasiado fraca.

Razão assiste a Stefan Zweig, citado por João Feder (*Estado sem poder*, Ed. Max Limonad, 1997, p. 105), quando diz que o poder é como a cabeça de Medusa. Quem quer que lhe tenha contemplado o rosto, não consegue mais desviar o olhar, permanecendo sob seu feitiço. Quem quer que tenha alguma vez gozado da intoxicação de ter poder sobre seus semelhantes, jamais poderá renunciar a ele completamente. E, certamente, não avaliará os meios (por uma escala moral reta), de conquistá-lo. Eis o espelho por onde podemos contemplar o caso que nos é posto sob as vistas.

O sufrágio não é um empreendimento comercial, em que cada eleitor busca vantagens pessoais e imediatas, transformando o direito de votar em uma grande empresa econômica. Como manifestação de uma vontade pessoal que tem por objetivo concorrer à formação da vontade coletiva, visando constituir o

³ A melhor forma de justiça é a que mais garantir à sociedade a sanção de todos os infratores e a segurança dos inocentes, e que, merecendo a confiança geral, fizer ao povo que as sentenças proferidas são a rigorosa expressão da justiça. Se faltar esta confiança, torna-se impotente a administração judiciária, ou anula-se a sua eficácia para a manutenção da lei, que só a ela incumbe defender.

governo ou decidir algum problema transcendental para os interesses da Nação, é o sufrágio, essencialmente, uma função pública – um complexo de direitos e deveres), sujeito aos mesmos embaraços e impedimentos.

O sufrágio universal, diz Proudhon, é a própria constituição da democracia. Não podemos permitir nada que lhe cause prejuízos: a inviolabilidade do sufrágio universal é a salvaguarda da liberdade... Nós pensamos que, de todas as formas de governo, uma única é verdadeira e que esta forma é precisamente a que resulta da constituição ou organização do sufrágio universal⁴.

A carência material da nossa população facilita sobremodo o indiferentismo à consciência política (que dita no íntimo de cada cidadão que VOTO NÃO TEM PREÇO, TEM CONSEQUÊNCIAS!), tida em tal meio como artigo sumptuário e, portanto, supérfluo. O certo é que, dadas essas circunstâncias, o político inescrupuloso e velhaco, capaz de conchavar a alma ao diabo pelo êxito eleitoral, encontra campo fértil para lançar mão da compra de votos, podendo ser decisivo no resultado da eleição. Político que cultiva a arte de mentir⁵ e enganar com a mesma naturalidade com que o ribeirinho cultiva o seu abacaxi. Um autêntico *savoir-vivre* da roça, com a indisfarçada flexibilidade se meter em toda parte e de saber tirar partido de tudo.

A atuação do eleitor é tão reprovável na corrupção eleitoral quanto à do candidato, na medida em que muitos não votam com a consciência e entendem que a eleição é um momento para captar vantagem (ganhar um sapato, uma passagem para visitar parentes distantes, um lanche, material para aumentar a casa etc.). E é por isso, que a corrupção eleitoral deve ser punida exemplarmente no âmbito criminal, de forma a abranger tanto a pessoa do corruptor quanto a pessoa do corrompido, porque ambos concorrem igualmente para a sua prática.

A corrupção é a undécima praga do Egito e a primeira em nosso país. O Brasil, historicamente, convive com o fantasma-feito-carne da fraude e corrupção eleitoral.

⁴ *A nova sociedade*, p. 142.

⁵ Como diz Otto Edward Leopold von Bismarck, o eterno chanceler alemão, “nunca se mente tanto como antes das eleições, durante uma guerra e depois de uma caçada”.

No Império, vigia o “sistema de verificação de poderes”, onde o processo eleitoral era presidido pelos membros do Parlamento, combinando leis que facilitavam falsificações, abusos e violência⁶. Resulta desse engenhoso cipoal legislativo e político as famigeradas *eleições a bico de pena*, em que os mandatários, de fato, não eram escolhidos pelos eleitores, mas pelos mesários que, após o encerramento das eleições, falsificavam as atas reveladoras do resultado da eleição.

Também era comum a violência como forma de distorcer a vontade do eleitorado. Os eleitores da oposição eram esperados à boca das urnas pelos conhecidos “capoeiras”, “capangas” ou “cacetistas”, agressores mercenários em prol dos candidatos da situação. Muitos pleitos, em decorrência da atuação desabusada desses personagens do folclore popular, entraram para a história como as “eleições do cacete”⁷.

Infrutífero todo o aparato de violência e intimidação, restava à situação um bom lote de mecanismos igualmente eficazes: o “esguicho” – complementação fraudulenta da votação faltante -, se o candidato da situação não ganhasse nas urnas; e a “degola”, retirada da lista dos opositoristas indesejáveis.

Em 1932, sob o influxo de movimentos contestatórios, surgiu o Código Eleitoral e a Justiça Eleitoral, marco miliário entre a barbaria do Império e as conquistas da moderna democracia, com o visio precípua de inibir as fraudes eleitorais. De lá para cá, na gangorra dos avanços e dos recuos, o país foi dotado de outros mecanismos que sinalizam com o bálsamo da esperança. A Lei dos Partidos Políticos (1995), a Lei das Eleições de 1997 (que dotou as normas eleitorais de maior estabilidade) e a universalização da coleta eletrônica dos votos, são respostas racionais ao triste passado, cuja memória não enriquece nenhum sistema político.

⁶ Como a Lei do Terço – 1875 – que fixava antecipadamente a proporção das vagas a serem ocupadas pela oposição – definindo as dimensões e o timbre da voz da minoria. Já a Lei Rosa e Silva - 1904 – autorizava o “voto a descoberto”.

⁷ Essa situação é muito bem descrita num trecho do livro de Luiz Viana Filho, *A vida de Joaquim Nabuco*.

Atualmente, portanto, diante da coleta e divulgação matemática da votação, os candidatos realinharam as suas velas para captar melhores ventos aos seus intuítos fraudulentos, e se voltaram decididamente para o comércio dos votos, buscando na fonte o que não logram na contagem final do sufrágio.

Hoje em dia raramente se vê os “capoeiras” a distribuir bordoadas e adagadas, mas empregos, lotes de terra, telhas, tijolos e dinheiro. Obviamente, em doses homeopáticas para não matar o eleitor necessitado para as próximas eleições. Na política, diz Francis Bacon, deve-se dar sempre, mas nunca dar tudo. Essa vulpina classe política, que cultiva a habilidade e a esperteza, está mais interessada em manter necessitados que agradecidos. Em sua ótica ladina eles sabem que o vulgo é esquecediço e, portanto, é melhor mantê-lo em necessidade, dependente, do que satisfazê-lo. Quem está satisfeito dá as costas à fonte provedora.

Em 1999, entretanto, o povo brasileiro deu uma mostra de elevada madureza política, e através de iniciativa popular (nos termos do art. 61, §2º da Constituição Federal), foi apresentado um projeto de lei, que seria a futura Lei da Captação do Sufrágio (Lei n. 9.840, de 28.09.1999), alterando dispositivos da Lei n. 9.540/97 e do arcaico Código Eleitoral Brasileiro (1965).

O movimento foi encabeçado por entidades como: Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB), Associação Brasileira de Imprensa (ABI), Pensamento Nacional das Bases Empresariais (PNBE), Associação Juizes para a Democracia, Movimento do Ministério Público Democrático, dentre muitas outras. Foram reunidas as assinaturas de mais de um milhão de eleitores, para apresentar ao Parlamento Federal um Projeto de Lei de Iniciativa Popular contra a corrupção eleitoral. O Congresso deliberou sobre esse Projeto em prazo recorde, sendo a primeira lei de Iniciativa Popular aprovada pelo Congresso Nacional.

Uma das mais importantes inovações introduzida pela Lei nº 9840/99, é a que permite a **cassação do mandato mesmo nos casos em que a corrupção não produziu qualquer alteração no resultado da eleição**. Em miúdos: ainda que o

candidato tenha entregue uma única cesta básica ou uma única cédula em troca de voto, poderá o seu mandato ser cassado, não obstante tenha ele obtido uma votação bem superior ao quociente eleitoral ou ao segundo colocado.

A democracia se sustenta sobre princípios e valores. Para feri-la, portanto, não é necessário muito mais que desprezar um dos princípios ou um dos valores. A liberdade do sufrágio é ao mesmo tempo um princípio e um valor da democracia, a sua quebra, por mais insignificante que seja – mesmo sem alterar o resultado da eleição – é suficiente para contaminar todo o processo eleitoral em desfavor do chatim, do corruptor.

A aprovação de uma lei específica para combater a captação indevida de votos, corresponde à vontade popular de coibir com veemência a compra de votos e pôr fim ao voto de cabresto, herança avoenga que sobrevive na maior parte do território nacional, em especial, nos ínvios groções do interior.

2. Casos de corrupção eleitoral: ilustração de um problema nacional

A corrupção eleitoral é uma mazela tão disseminada que, se fosse uma disfunção biológica, seria endêmica. Em diversos pontos do país há notícias desse descabro. Vejamos a título meramente exemplificativo e pelo picaresco das situações.

Macapá (Amapá):

Sexta, 19 de novembro de 2004, 06h26

Juiz virou mendigo para flagrar compra de votos⁸

O juiz eleitoral de Macapá, Romeo Araújo, se disfarçou de mendigo para flagrar uma candidata a vereadora que estava praticando compra de votos durante as eleições. O episódio só foi divulgado ontem, quando o Tribunal Regional

⁸ Internet, acesso em: 23/11/2004, <http://noticias.terra.com.br/eleicoes2004/interna/0,,OI424952-EI4032,00.html>.

Eleitoral do Amapá cassou o registro de Cleuma Duarte (PMDB), a vereadora mais votada da capital.

De acordo com o jornal *O Globo*, Araújo recebeu a denúncia de que Cleuma, mulher do deputado estadual Edinho Duarte, estava pagando R\$ 30 por cada voto. No dia da eleição, a eleitora Ana Lúcia Tavares levou o juiz disfarçado de mendigo ao comitê da candidata. Ana Lúcia apresentou o mendigo ao sobrinho da candidata, Herisson Duarte. Sem saber de quem se tratava, Duarte prometeu o pagamento de R\$ 10 antecipado, e de mais R\$ 20 se ele votasse em Cleuma e dissesse como ela aparecia na foto na urna.

Duarte ainda pediu que o mendigo assinasse o recibo no valor de R\$ 30. O juiz assinou e depois deu voz de prisão ao homem. Os advogados de Cleuma vão recorrer da decisão para que ela seja diplomada

Campos (Rio de Janeiro):

Sábado, 30 de outubro de 2004, 13h46

MP investigará compra de votos em Campos⁹

O Ministério Público Eleitoral do Rio de Janeiro vai solicitar à Polícia Federal a abertura de inquérito para apurar uma possível tentativa de compra de voto pelo PMDB. O dinheiro seria usado para favorecer a candidatura de Geraldo Pudim à prefeitura de Campos, norte fluminense - um dos cinco municípios com segundo turno no estado.

A suspeita do Ministério Público decorre da apreensão de cerca de R\$ 318 mil em dinheiro, no início da noite de ontem e na madrugada

⁹ Internet, acesso em: 23/11/2004, <http://noticias.terra.com.br/eleicoes2004/interna/0,,OI412668-EI2542,00.html>.

passada, na sede do PMDB do município, pelo grupo de apoio aos promotores e oficiais de justiça (GAP). O dinheiro estaria sendo usado para compra de votos. A informação sobre o valor apreendido foi corrigida hoje de R\$ 380 mil para R\$ 318 mil pela juíza Denise Apolinário, da 76a Zona Eleitoral.

Na sede do partido, no momento da apreensão, encontravam-se o presidente do partido e ex-governador do estado, Anthony Garotinho, o secretário estadual de Integração Governamental, Luiz Rogério Gonçalves Magalhães, e o tesoureiro municipal do partido, Hércio Oliveira, de acordo com informações da *Agência Brasil*.

Segundo a assessoria do presidente do PMDB no Rio e ex-governador do estado, Anthony Garotinho, ele chegou à sede do partido em Campos cerca de uma hora depois do início dessa ação, comandada pelos agentes da Polícia Federal que integram o Grupo de Apoio aos Promotores e Oficiais de Justiça (GAP). Para a assessoria, não procede a informação de que ele já estaria no local quando a operação se iniciou.

Garotinho negou a compra de votos e criticou a ação dos promotores, dizendo que a operação foi uma arbitrariedade. Ele também disse que vai recorrer na tentativa de recuperar o dinheiro.

Eunápolis (Bahia):

Segunda, 22 de novembro de 2004, 09h35

Justiça cassa prefeito eleito de cidade na Bahia¹⁰

A Justiça Eleitoral decretou a inelegibilidade do prefeito eleito de Eunápolis, no Sul da Bahia, José

¹⁰ Internet, acesso em: 23/11/2004, <http://noticias.terra.com.br/eleicoes2004/interna/0,,OI426464-EI2542,00.html>.

Robério de Oliveira (PRTB), e do vice João Batista Pereira (Prona), por abuso de poder econômico e compra de voto. Os dois tiveram os registros das respectivas candidaturas cassados e foram condenados ao pagamento de multas que ultrapassam R\$ 20 mil para cada um.

As sentenças foram proferidas pelo juiz eleitoral Afrânio de Andrade Filho, que julgou dois processos: um movido pelo promotor de Justiça Dinalmari Messias Mendonça e outro por Paulo Ernesto da Silva, o Paulo Dapé, candidato do PFL derrotado por Robério por uma diferença de 34 votos nas eleições de 3 de outubro. Os dois processos têm como base, segundo a Justiça, depoimentos e registros fotográficos de distribuição de chapéus pelo candidato eleito no dia do pleito.

Segundo Paulo Dapé, as denúncias feitas pela coligação "Eunápolis Acima de Tudo com Justiça" apresentaram "robustez, com provas contundentes das irregularidades e crime eleitoral, como a compra de votos, cometidas por Robério no dia da votação". Ele disse que não perdeu a eleição. "A nossa eleição foi simples, com propostas transparentes e com o compromisso de cuidar das pessoas e do patrimônio público. Foi a campanha dos tostões contra os milhões, o que chegou a ser motivo de chacota na cidade".

Dapé também afirmou que a decisão judicial "é uma prova de que a lei eleitoral não dá brechas a comentários maldosos. E, se recorrerem no TRE ou até mesmo no TSE, as sentenças vão ser mantidas, pois a isenção dos tribunais é conhecida e reflete o momento de combate à corrupção no Brasil, que está sendo reformulado nesse sentido".

Paulo Dapé esclareceu que há mais dois processos ainda não julgados contra Robério e João Batista Pereira por utilização de uma rádio local para propaganda eleitoral indevida, antes e durante as eleições.

A assessoria de José Robério informou que ele irá recorrer da sentença junto ao TRE. Robério não quis se manifestar sobre a decisão judicial. O vice João Batista Pereira, mais conhecido como “Jota Batista”, em nome da coligação Renova Eunápolis, declarou que “em razão do inconformismo de ter perdido a eleição para um principiante de vida pública como Robério, o ex-prefeito derrotado Paulo Dapé faz de tudo para reverter o quadro, tentando um verdadeiro golpe de estado em Eunápolis, manipulando testemunhas, que trabalharam para ele na campanha e fizeram boca-de-urna, para que prestassem depoimentos viciados e falsos”. Segundo ele, tudo não passa de “uma grande armação, uma fraude”.

Batista disse que a decisão judicial “é muito equivocada e injusta”, mas tem “caráter provisório e será, com toda certeza, submetida à revisão em instâncias superiores e, quando vão prevalecer a verdade e a decisão popular”.

Arealva (São Paulo):

Terça, 23 de novembro de 2004, 07h22

Justiça cassa prefeito eleito no interior de SP¹¹

A Justiça Eleitoral de São Paulo cassou na sexta-feira o registro da candidatura do prefeito eleito de Arealva, cidade da região de Bauru. Paulo Padanosque Pereira (PSDB) é acusado de

¹¹ Internet, acesso em: 23/11/2004, <http://noticias.terra.com.br/eleicoes2004/interna/0,,OI427058-EI2542,00.html>.

comprar o voto de uma eleitora com uma dentadura.

Segundo o *Bom Dia SP*, o prefeito não vai tomar posse, mas ainda não há decisão sobre quem vai assumir o cargo. Padanosque ainda pode recorrer da decisão da Justiça. O prefeito eleito, que pagará multa de R\$ 1 mil.

Arealva tem 5.367 eleitores e o prefeito eleito e cassado ganhou com 2.473 votos. O segundo colocado, Denílson Caride (PPS), conquistou 2.385.

Curitiba (Paraná):

ELEIÇÕES/CURITIBA 30 DE OUTUBRO DE 2004

Flagrante de compra de voto, com recibo, gravado em vídeo¹²

Geraldo Yamada (PSB), ex-vereador e ex-secretário municipal da Indústria, Comércio e Turismo em Curitiba, foi preso em flagrante, na tarde de quinta-feira (28), durante tentativa de compra de votos para o vice-prefeito Beto Richa (PSDB). Yamada ofereceu dinheiro pelo apoio e o voto de ex-candidata a vereadora pelo PSC. Ele ficou detido na Polícia Federal até a madrugada desta sexta-feira (29). O flagrante foi todo gravado em vídeo, inclusive a recomposição de um recibo que o flagrado rasgou mas não conseguiu destruir.

A compra de votos e outras formas de abuso econômico não são novidade no processo eleitoral brasileiro e foram reconhecidas recentemente pelo próprio presidente do Tribunal Superior Eleitoral, ministro Sepúlveda Pertence, no Ciclo de

¹² Internet, acesso em: 23/11/2004, http://www.vermelho.org.br/diario/2004/1030/1030_curitiba1.asp.

Conferências Unilegis 2004, realizado em 28 de setembro último. Poucas vezes porém um desses crimes contou com tanta abundância de provas como no caso de Yamada.

O preso em flagrante, auxiliar do atual prefeito de Curitiba Cassio Taniguchi (PFL), foi detido ao visitar a casa da ex-candidata a vereadora Maria Rosa dos Santos Araújo, 51 anos, localizada no bairro da Fazendinha. Dizendo estar agindo em nome de Beto Richa, Yamada ofereceu R\$ 300 pelo voto e pelo apoio de Maria ao candidato do PSDB.

Valor do suborno: R\$ 300

Geraldo Yamada recebeu voz de prisão por volta das 17 horas, logo após entregar, em espécie, além dos R\$ 300, dois vales-combustível a Maria Rosa. Ele ainda chegou a oferecer à filha de Maria, Adriana de Fátima Araújo, que está desempregada, um cargo de agente comunitária de saúde na Prefeitura de Curitiba.

“Um líder político conhecido, vinculado à Prefeitura de Curitiba e à campanha de Beto Richa, ofereceu dinheiro e todo o tipo de vantagem a uma pessoa humilde que integra uma coligação adversária”, afirmou o advogado Guilherme Gonçalves, coordenador jurídico da coligação Tá na Hora, Curitiba!, que apóia Angelo Vanhoni (PT). “Trata-se de uma compra de votos, de uma compra de apoio político.”

Os advogados de Vanhoni ingressaram com um pedido de investigação judicial eleitoral sobre o assunto.

Provas do crime

A detenção de Geraldo Yamada foi efetuada por uma equipe de advogados da coligação de Vanhoni. Todo o flagrante foi registrado em vídeo.

Após ser preso, o superintendente da SGM foi encaminhado por uma viatura da Polícia Militar à sede da Polícia Federal (PF) em Curitiba. Yamada permaneceu detido na sede da Polícia Federal até a meia-noite. Foi liberado após prestar depoimento.

Cópias de suas declarações e a fita original do flagrante serão encaminhadas pela PF à Justiça Eleitoral e ao Ministério Público Eleitoral, que irá emitir um parecer sobre o caso. Também serão remetidas à Justiça Eleitoral as seis cédulas de R\$ 50 utilizadas por Yamada, além do recibo que ele próprio preparou — em nome do comitê de campanha de Beto Richa.

Ao perceber que fora filmado, Yamada foi ao banheiro e tentou se livrar do documento, rasgando-o. Seu erro foi ter jogado os pedaços do papel no cesto de lixo, em vez de lançá-los na privada. Sem desligar a câmera, os advogados de Vanhoni conseguiram juntá-los e, dessa forma, recuperar o documento.

Maria Rosa disse à imprensa que ninguém deve vender o seu voto. “Ele [Yamada] acha que a gente, por ser negra e pobre, pode ser comprada por R\$ 300”, disse Maria. “Quero mostrar a todo mundo que a honestidade é importante, e que não podemos aceitar esse tipo de coisa.”

Outro lado

Ao deixar a sede da Polícia Federal, Yamada falou com os jornalistas. Disse que todo o episódio não passaria de uma “armação” contra ele. Negou inclusive estar trabalhando na campanha de Beto Richa.

Questionado sobre os motivos que o levaram a rasgar o recibo, disse simplesmente desconhecer tal documento. “Mas que recibo? Não vi recibo algum.”

Sobre os motivos que o teriam levado a ir até a residência de Maria Rosa, Yamada foi lacônico. “Fui fazer um empréstimo para ela”, disse. Inquirido a respeito do valor de tal “empréstimo”, mostrou ter pouca memória. “Não me lembro do valor”, disse.

O advogado Gustavo Kfourri — o mesmo que defende Beto Richa —, além de não querer se identificar aos jornalistas, interrompeu a entrevista de Yamada pela metade, tirando-o rapidamente do local.

Vitória (Espírito Santo):

Quarta, 22 de setembro de 2004, 15h04

MP recebe denúncias de compra de voto no ES¹³

Denúncias de distribuição de cestas básicas e de material de construção passaram a liderar o ranking das informações repassadas ao disque-denúncia do Ministério Público Eleitoral (MPE) do Espírito Santo. Em 11 dias de funcionamento, o serviço recebeu 403 ligações, sendo a maioria proveniente da Grande Vitória, informa o jornal *A Gazeta*.

A média de ligações por dia para o disque-denúncia varia entre 30 e 50, segundo o promotor de Justiça e dirigente do Centro de Apoio Eleitoral do MPE, Leonardo Barreto. “É uma média muito boa”, avalia. Barreto informou ainda que a maioria das denúncias é de compra de voto. “Antes, 30% das denúncias eram de propaganda eleitoral irregular. Agora, grande parte refere-se a distribuição de cesta básica e de material de construção. Esses casos ocorreram em Aracruz,

¹³ Internet, acesso em: 23/11/2004, <http://noticias.terra.com.br/eleicoes2004/interna/0,,OB88806-EI4055,00.html>.

onde o promotor eleitoral está apurando as informações”, frisou.

“O serviço está intimidando um pouco a prática de irregularidades. O Judiciário, a imprensa, o próprio Ministério Público, a Igreja e organizações não-governamentais estão participando para garantir a lisura do pleito. Isso era mais tímido nos outros pleitos. Além disso, o eleitor está mais exigente”, salientou.

Graccho Cardoso (Sergipe):

Quarta, 6 de outubro de 2004, 17h05

Juiz solta prefeito preso por compra de voto em SE¹⁴

O prefeito de Graccho Cardoso (a 118 quilômetros de Aracaju), José Eunápio Santos (PP), que estava preso desde domingo sob a acusação de compra de votos, foi colocado em liberdade ontem à tarde por determinação do juiz Luiz Antônio Teixeira.

“Napinho”, como é mais conhecido, foi reeleito com 53,6% dos votos, mas pode perder o mandato se condenado. Ele disse hoje que não comprou um voto sequer e que por isso não entendeu até agora o motivo de sua prisão.

Governador Valadares (Minas Gerais):

PF CONTINUA APURANDO COMPRA DE VOTO

Delegado da Polícia Federal pede mais 30 dias para concluir inquérito e diz que algumas pessoas admitiram ter mentido

¹⁴ Internet, acesso em: 23/11/2004, <http://noticias.terra.com.br/eleicoes2004/interna/0,,OI398376-EI2542,00.html>.

CAMPANHA ELEITORAL deste ano foi uma das mais acirradas em Governador Valadares, provocando denúncias variadas de ambas as partes.

A Polícia Federal de Governador Valadares está apurando com muita cautela o inquérito sobre a suposta compra de votos que teria sido feita pela coligação “União e Força” para vencer as eleições municipais. A coligação “Compromisso com Valadares” é a responsável pela acusação de que centenas de pessoas teriam vendido o voto, recebendo parte do dinheiro no dia da eleição e outra parte no dia seguinte.

Segundo o delegado federal Rui Antônio da Silva, que chefia as investigações, “parte dos eleitores disseram durante interrogatório que alguém lhes teria oferecido dinheiro para trabalhar e fazer boca-de-urna. Caso o candidato perdesse a eleição para prefeito, receberiam R\$ 15 e, se ganhasse, R\$ 25. Porém, outros eleitores declararam que mentiram. Temos de tomar cuidado”, disse Silva, que estimou em mais 30 dias o prazo para encaminhar o inquérito à Justiça.

Há mais de 30 dias, a equipe formada por quatro agentes e um escrivão tem realizado diligências e interrogatórios. Até ontem, foram ouvidas cem pessoas. “Ainda não foram produzidas provas que permitam uma conclusão do processo. Não se deve emitir ainda opiniões sobre haver ou não procedência no caso”, pondera.

A previsão da PF é de concluir o inquérito dentro de 30 dias e remetê-lo à Justiça, que posteriormente poderá abrir vista para o Ministério Público Eleitoral oferecer denúncia. Havendo provas consistentes, os culpados serão enquadrados nos artigos 299 da Lei 4.737/65 e o

artigo 41-A da Lei 9.504/97 que trata da captação ilícita de voto.

O coordenador da coligação “União e Força”, Seleme Hilel Neto, o Seleminho, admitiu que pagou R\$ 25 para pessoas trabalharem como fiscais no dia da eleição. “Fizemos isso para evitar que o PT realizasse boca de urna”, declarou.

O líder tucano também acusou a coligação adversária de maquiar a prestação de contas protocolada no cartório da 118ª Zona Eleitoral. “Vimos que algumas pessoas receberam para trabalhar, e isso não foi incluído na prestação de contas”, critica.

Representando a coligação “Compromisso com Valadares”, o presidente do PT, Humberto Campos, preferiu não polemizar. “O inquérito está nas mãos da PF, que está apurando os fatos. Acreditamos no trabalho dela. Não vou falar sobre as declarações dele [Seleminho]. Coloque no jornal para depois falarmos sobre elas”, solicitou.

3. Aplicação imediata dos efeitos da decisão que impede a diplomação

Em 31.5.2001, o Tribunal Superior Eleitoral, pelo Acórdão n.º 994, em Medida Cautelar do mesmo número, acompanhando, unânime, o Relator, Ministro Fernando Neves, assim se manifestou:

“Ao contrário do que acontece com as decisões que declaram inelegibilidade, quando há que se aguardar o trânsito em julgado, os efeitos da decisão que cassa diploma com base no art. 41-A da Lei n.º 9.504, de 1997, permitem execução imediata”¹⁵.

¹⁵ Eleonora Fernandes Rennó, *Corrupção eleitoral: novos limites*, Internet, acesso em: 23/11/2004, <http://www.lei9840.org.br/artigos/index.php?id=1>.

Em 31.12.2001, no Recurso Especial e Acórdão de n.º 19.552, o mesmo TSE, por unanimidade, nos termos do voto do Relator, Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, decidiu que:

“Na linha de entendimento do Tribunal, a execução da decisão fundada no art. 41-A da Lei n.º 9.504/97 é imediata, diversamente da execução com arrimo no art. 22 da Lei Complementar n.º 64/90”¹⁶.

Outras decisões se seguiram, firmando entendimento da Corte Superior.

Em 22.2.2002, no Recurso Especial n.º 19.176, o Relator, Ministro Sepúlveda Pertence, afirmou “que o tipo do art. 41-A da Lei n.º 9.504/97 consuma-se com a simples promessa, tal como ocorre no delito previsto no art. 299 do Código Eleitoral”, e que “a eficácia da decisão tomada com base no art. 41-A da Lei n.º 9.504/97 é imediata, ainda quando sujeita a recurso. Trata-se, portanto, de causa de urgência”.

No Acórdão n.º 19.229, em Recurso Especial do mesmo número, em 15.2.2001, o TSE já esclarecera o primeiro aspecto fundamental: “O termo inicial do período de incidência da regra do art. 41-A do Lei n.º 9.504 de 1997, é a data em que o registro da candidatura é requerido, e não a do seu deferimento”¹⁷.

Eleonora Fernandes Rennó pondo um arremate em seu curioso e prestimoso estudo, informa:

“Mas o que veio trazer maior alento às esperanças dos idealistas da depuração das eleições brasileiras, foi a palavra firme do Presidente do Tribunal Superior Eleitoral, Ministro Nelson Jobim. Repetindo voto proferido no julgamento do Recurso Especial n.º 19.553, de 21 de março de 2002, declarou, em entrevista coletiva à Imprensa, publicada em 26 de abril último: ‘É uma regra nova que veio da emenda popular da CNBB e da OAB, que é chamada captação de sufrágio. Na regra anterior, para haver cassação por abuso de poder econômico e político, eram necessárias três coisas. Primeiro, provar o fato, a doação. Segundo, provar que a doação distorce a vontade do eleitor. E o mais importante era a potencialidade de que essa distorção tivesse

¹⁶ Eleonora Fernandes Rennó, *cit.*

¹⁷ Eleonora Fernandes Rennó, *cit.*

causado alteração no resultado da eleição. Era quase inviável uma cassação. Agora, aparece uma lei nova, que caracteriza pela doação, pela promessa e pelos benefícios a pessoas. Fez a promessa, que tinha o objetivo de obter o voto, não precisa ter votado nele, mas a intenção foi essa. Feito isso, leva à cassação, independentemente do resultado da eleição. Porque, antes, o bem jurídico protegido era o resultado da eleição. Agora se protege a vontade do eleitor. Esse é o fato mais agudo em relação à campanha eleitoral”¹⁸.

Representação. Art. 41-A da Lei nº 9.504/97. Captação de sufrágio vedada por lei. Comprovação. Aplicação de multa. Decisão posterior à diplomação. Cassação do diploma. Possibilidade. Ajuizamento de ações próprias. Não-necessidade. 1. A decisão que julgar procedente representação por captação de sufrágio vedada por lei, com base no art. 41-A da Lei nº 9.504/97, deve ter cumprimento imediato, cassando o registro ou o diploma, se já expedido, sem que haja necessidade da interposição de recurso contra a expedição de diploma ou de ação de impugnação de mandato eletivo (Ac. nº 19.739, de 13.8.2002, rel. Min. Fernando Neves).

“A execução da decisão de cassação de registro, fundada no art. 41-A da Lei nº 9.504/97, é imediata, não incidindo o art. 15 da Lei Complementar nº 64/90, que a condiciona ao trânsito em julgado da decisão.” (Ellen Gracie, AgRgRcl 143, de 2.5.2002).

“As decisões fundadas no art. 41-A têm aplicação imediata, mesmo se forem proferidas após a

¹⁸ Eleonora Fernandes Rennó, *cit.*

proclamação dos eleitos.” (Fernando Neves, RESP 19587, de 21.3.2002).

“O art. 41-A da L. 9.504/97 cominou à captação ilegal de sufrágio, que definiu, a sanção de cassação do registro ou do diploma e multa de mil a cinqüenta mil UFIR. E determinou que a infração seja apurada pelo procedimento da investigação judicial eleitoral (LC 64/90, art. 22). Julgada procedente a investigação judicial eleitoral, a cassação do diploma é imediata, como entendeu o Tribunal na Medida Cautelar 994, relator o Ministro Fernando Neves...” (Sepúlveda Pertence, Ag. 3042, de 19.3.2002).

“... Não imposta expressamente a pena de inelegibilidade, não encontra aplicabilidade o disposto no art. 15, LC 64/90, razão pela qual o julgado há de ser imediatamente executado.” (Waldemar Zveiter, Ac. 970, de 1º.3.2001).

“... Ao contrário do que acontece com as decisões que declaram inelegibilidade, quando há que se aguardar o trânsito em julgado, os efeitos da decisão que cassa diploma com base no art. 41-A da Lei nº 9.504, de 1997, permitem execução imediata.” (Min. Fernando Neves, Ac. 994, de 31.5.2001).

4. A Ação de Investigação Judicial como meio próprio para apurar abuso de poder econômico e captação ilegal de sufrágio

Firmou a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral o entendimento no sentido de admitir a ação de investigação judicial até a diplomação, como meio processual adequado para apurar abuso de poder econômico e captação ilegal de sufrágio.

“(…) Registro de candidatura. Invocação dos princípios da economia processual e da instrumentalidade das formas a viabilizar o reconhecimento de prática de abuso de poder econômico, dos meios de comunicação e de captação ilegal de sufrágio em sede de impugnação de registro (precedente/TSE: Acórdão nº 12.676, de 18.6.96, redator desig. Min. Ilmar Galvão): improcedência. I – Ultrapassado o entendimento adotado no precedente invocado pelo recorrente, dado que se firmou a jurisprudência deste Tribunal no sentido de admitir-se a ação de investigação judicial até a diplomação, não sendo a impugnação ao registro via própria para apurar eventual abuso de poder (RO nº 593, julgado em 3.9.2002, rel. Min. Sálvio de Figueiredo). II – Recurso a que se nega provimento” (Ac. nº 20.134, de 10.9.2002, rel. Min. Sepúlveda Pertence).

TRE/MS:

“Não há que se falar em falta de interesse de agir ou impossibilidade jurídica do pedido se a representação, com base no art. 41-A da Lei 9.504/97, foi intentada depois das eleições, mas antes da diplomação dos eleitos, até porque, consoante jurisprudência, a ação de investigação judicial eleitoral prevista no art. 22 da Lei Complementar nº 64/90 pode ser ajuizada até a data da diplomação dos candidatos” (Janete Lima Miguel, Ac. 3891, de 11.6.2001).

5. A desnecessidade de individualização do eleitor para tipificar captação ilegal de sufrágio

“Investigação judicial. Representação. Art. 41-A da Lei nº 9.504/97. Multa. Inelegibilidade. Art. 22 da LC nº 64/90. **Não-identificação dos nomes dos eleitores corrompidos. Desnecessidade.** (...) 2. Em representação para apurar captação vedada de sufrágio, não é cabível a decretação de inelegibilidade, mas apenas multa e cassação de registro ou de diploma, como previsto no art. 41-A da Lei nº 9.504/97” (Ac. nº 21.022, de 5.12.2002, rel. Min. Fernando Neves).

TRE/CE:

“... Para ser enquadrado no art. 41-A, da Lei nº 9.504/97 basta a oferta do candidato ao eleitor. E o candidato ofereceu **SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS** pelas ondas do rádio. Delito formal que não se vincula com o resultado.” (José Mauri Moura Rocha, Ac. 12295, de 3.4.2001).

TRE/GO:

“... A oferta de **SERVIÇOS MÉDICOS** gratuitos a eleitores, por candidato, no período eleitoral, caracteriza a infração modelada no art. 41-A da Lei 9.504/97, sujeitando o agente, quando não eleito, à pena de multa.” (Sílvio Mesquita, Ac. 113011, de 1.10.2001).

“... Revelando-se consistentes e incontroversas as provas de prática eleitoreira, visando a captação de votos, mormente quanto à **incitação de prática de INVASÃO DE TERRENO**

PÚBLICO, com o intuito de antecipar sua distribuição às famílias carentes, sem a observância dos dispositivos legais, tem-se por procedente a investigação judicial” (Gonçalo Teixeira e Silva, Ac. 110273, de 17.10.2000).

TRE/MS:

“Constitui captação de sufrágio a prestação gratuita de **SERVIÇOS MÉDICOS** por candidato médico, em residência particular, bem como a promessa de medicamentos gratuitos, com a entrega de material publicitário de campanha política.” (Carlos Alberto Pedrosa de Souza, Ac. 3775, de 6.12.2000).

“DISTRIBUIÇÃO DE PASSAGENS RODOVIÁRIAS, CESTAS-BÁSICAS, DINHEIRO E VALE COMBUSTÍVEL, mediante ajuda de assessores, em troca de voto ... Tipificação prevista no art. 41-A da Lei nº 9.504/97. ... Provas robustas e incontestáveis a ensejar o decreto condenatório. ...” (Manoel Mendes Carli, Ac. 3884, de 30.5.2001).

“... Promessa de doação de casa e fechamento de empresa caso não eleitos. Pagamento de BÔNUS A EMPREGADOS. Conduta ilícita. Captação de sufrágio. Influência no resultado do pleito. Possibilidade de cassar o diploma por conduta ilícita tipificada no art. 41-A da Lei nº 9.504/97. ...” (Janete Lima Miguel, Ac. 3891, de 11.6.2001).

TRE/MT:

“... Infringência ao art. 41-A, da Lei 9504/97. ...

A DISTRIBUIÇÃO DE PANFLETOS, cujos dizeres demonstram claramente a intenção de se obter votos em razão de promessas futuras, caracterizando-se, assim, abuso do poder econômico, impõe a procedência da reclamação manejada pelo Ministério Público Eleitoral e justifica a cassação do registro de candidatura do recorrente, a declaração de sua inelegibilidade pelo prazo de 03 (três) anos e a imposição de pena pecuniária.” (Gerson Ferreira Paes, Ac. 13014, de 28.9.2000).

TRE/PR:

“**TRANSPORTE DE ELEITORES**, com fins de aliciamento provado nos autos. Caracterização do tipo infracional do art. 41-A da Lei 9504/97. Correta a aplicação da multa. ...” (Joel Paciornik, Ac. 24961, de 9.4.2001).

“... Doação de **FARDAMENTO DE TIME DE FUTEBOL**, realização de torneio e churrasco – Configuração do previsto no art. 41-A, Lei nº 9504/97 ...” (Gil Trotta Telles, Ac. 25146, de 23.8.2001).

“O candidato a posto eletivo que distribui **COMBUSTÍVEL** visando a captação da vontade do eleitor sujeita-se às penas previstas no art. 41-A da Lei nº 9504/1997.” (Jaime Stivelberg, Ac. 25087, de 28.6.2001).

6. A participação direta ou indireta do candidato como elemento para a caracterização da captação indevida de sufrágio.

A jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral já consolidou o entendimento de que seja direta ou indireta, a participação do candidato na captação indevida de votos é necessária para sua caracterização e imputação. Fato que resta sobejamente comprovado nos autos em relação ao representado ***, que agiu por essa forma, tanto direta quanto indiretamente (através de seus colaboradores e cabos eleitorais).

TSE:

“... caracteriza-se a captação de sufrágio quando o candidato pratica, participa ou anui explicitamente às condutas vedadas, e não apenas, como querem fazer crer os embargantes, quando a prática abusiva for realizada diretamente pelo candidato. Do contrário tornar-se-ia inócua a aplicação da sanção prevista no art. 41-A da Lei nº 9.504/97, introduzido pela Lei nº 9.840/99, frustrando a expectativa daqueles que, em nome da sociedade, propuseram a sua criação” (Min. Sálvio de Figueiredo, EdclRESP 19.566, de 6.6.2002).

7. Dolo específico

Para que a conduta caracterize-se como captação de sufrágio, imprescindível que seja realizada “com o fim de obter-lhe o voto” (dolo específico). Não é necessário maiores delongas para aquilatar o dolo específico na conduta do representado ***, basta reler o depoimento da testemunha *** (fls. 132):

“Que no dia da votação, o senhor *** lhe deu R\$20,00 (vinte reais) na seção 15 no ***; que

recebeu o dinheiro diretamente do senhor ***; QUE CHEGOU PRÓXIMO DO DEPOENTE E DEU OS R\$20,00 (VINTE REAIS); QUE FALOU PARA ELE VOTAR NO 45; QUE DARIA EMPREGO E O QUE MAIS PRECISASSE; que deu o dinheiro às escondidas e pegou na mão do depoente e entregou o dinheiro; que tem certeza que foi o senhor *** que entregou o dinheiro para ele”.

A jurisprudência confirma o entendimento acima.

TSE:

“... A ‘captação de sufrágio’ constitui **oferecimento ou promessa de vantagem ao eleitor, com o fim de obter-lhe o voto** (Lei n. 9.504/97, artigo 41-A, acrescido pela Lei n. 9.840/99).” (Maurício Corrêa, Res. 20.531, de 14.12.1999).

“... Para a caracterização de conduta descrita no art. 41-A da Lei n.º 9.504, de 1997, é **imprescindível a demonstração de que ela foi praticada com o fim de obter o voto do eleitor.**” (Fernando Neves, Ac. 19229, de 15.2.2001)

TRE/BA:

“Mantém-se a decisão do juiz de primeira instância quando resta comprovado nos autos que os demandados, violando o art. 41-A da Lei nº 9.504/97, **fizeram promessas e distribuíram bens com a finalidade de angariar votos**” (Eduardo Carvalho, Ac. 312/2001, de 25.6.2001).

TRE/MS:

“Compromissos ditos durante comício revestem-se de características de **discurso de campanha**, não sendo suficientes para a caracterização das condutas descritas como captação de sufrágio contidas no art. 41-A da Lei nº 9.504/97.” (MÁRIO EUGÊNIO PERON, Ac. 3931, de 18.9.2001)

“... o elemento subjetivo integrador do tipo previsto no art. 41-A da Lei nº 9.504/97 é o **dolo específico**, dado que deve o agente estar imbuído da vontade deliberada de praticar conduta ilícita capaz de causar o desequilíbrio no certame eleitoral e afetar a legitimidade do pleito. ...” (PASCHOAL CARMELLO LEANDRO, Ac. 3862, de 19.4.2001).

TRE/RO:

“... Para a configuração da captação de sufrágio necessário se faz a existência do **dolo específico**, caracterizado pela demonstração da intenção de obter-se do eleitor o voto. ...” (Francisco Prestello de Vasconcellos, Ac. 425, de 7.11.2000).

“... A comprovação inequívoca do elemento subjetivo, expresso na **vontade de o candidato obter o voto do eleitor**, influenciado na sua capacidade de escolha, se faz necessária para a tipificação do crime de captação de votos.” (Raduan Miguel Filho, Ac. 292, de 28.8.2000).

8. Inexigibilidade de potencialidade de influência no resultado do pleito

Na sistemática anterior, para haver cassação por abuso de poder econômico e político, eram necessárias três coisas. Primeiro, provar o fato, a doação. Segundo, provar que a doação distorcia a vontade do eleitor. E o mais importante era a potencialidade de que essa distorção tivesse causado alteração no resultado da eleição. Era quase inviável uma cassação. Agora, com a alteração produzida pela Lei n. 9.840/1999, que se caracteriza pela doação, pela promessa e pelos benefícios a pessoas. Feita a promessa, que tem o objetivo de obter o voto, não precisa ter votado no candidato prometedor, basta a intenção. Feito isso, leva à cassação, independentemente do resultado da eleição. Porque, antes, o bem jurídico protegido era o resultado da eleição. Agora se protege a vontade do eleitor. Esse é o fato mais agudo em relação à campanha eleitoral.

A jurisprudência tem se posicionado de forma pacífica.

TSE:

“... entendi do voto do relator que os fatos tanto implicam abuso de poder econômico quanto aplicação do art. 41-A ... Sua Excelência, quando tratou da **potencialidade**, referiu-se à questão da investigação judicial do art. 22, porque no caso do art. 41-A, esse Tribunal tem entendido que **não é exigida, bastando a prática de um dos fatos indicados na norma, com a intenção de obter o voto do eleitor**” (voto de Fernando Neves, Relator sálvio de Figueiredo, RESP 19.566, de 18.12.2001).

“... no art. 41-A, o bem protegido não é o resultado da eleição.

O bem protegido pelo art. 41-A é a vontade do eleitor.

Então, há um bem protegido distinto, o que não autoriza, com isso, se falar em potencialidade.” (aparte de Nelson Jobim, Relator Sepúlveda Pertence, RESP 19.553, de 21.3.2002).

9. *Análise do conjunto probatório*

Nos presentes autos, a autoridade judiciária foi extremamente cuidadosa no manuseio dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, possibilitando às partes, sem distinção, ampla liberdade probatória. E com isso atendeu preciosa lição doutrinária: o ponto de partida para chegar à verdade é sempre a imparcialidade da busca de um lado e a igualmente livre produção das provas, do outro, tanto por parte da defesa como da acusação.

Atendeu inclusive ao ensinamento já secular de Mittermaier¹⁹:

“Devem os juízes seguir as instruções que o legislador tem fixado; e, pois que o processo já não é uma espécie de combate judicial, e que já não se trata simplesmente de decidir a quem pertence o direito, se ao acusado ou ao acusador, foi assaz conveniente que a lei, atribuindo-se como exclusiva missão a indagação da verdade material, estabelecesse para a prova certas bases que a experiência tem, há muito, confirmado como as mais seguras fontes de certeza; que permitisse só sobre elas assentar o julgamento; e que, deixando a menor latitude possível ao arbítrio do juiz, constituísse um sistema completo da prova, concebido, não só em um espírito

¹⁹ C. J. A. Mittermaier, *Tratado da prova em Matéria Criminal*, Ed. Bookseller, 3ª ed., 1996, p. 38.

científico, mas também onde encontrassem os interesses da verdade e da inocência as garantias desejáveis”.

Dizia Sócrates que a verdade não está com os homens, mas entre os homens. Essa elevada verdade filosófica pode ser aplicada com grandes vantagens ao recinto ritualístico da investigação judiciária e nos autorizar a proclamar: a verdade não está com as testemunhas, mas entre as testemunhas. E isso também confirma as decisões decenais e vicenais das mais diversas Cortes de Justiça, que priorizam a harmonia do conjunto probatório, em desfavor de um depoimento isolado.

As fontes de convicção, que auxiliam ao historiador em busca da verdade nos fatos do passado, são precisamente as mesmas onde vai o juiz beber a sua, quando indaga da existência e dos detalhes de um fato. E o meio de que se serve o magistrado e os demais operadores, na busca pela verdade pelo cotejo dos fatos, é o raciocínio lógico.

O dever do juiz o obriga a examinar os pontos isolados sobre que se funda a prova, a ligá-los entre si, a tirar as consequências, e, depois de havê-los verificado minuciosamente uns por outros com o auxílio dos motivos pró e contra, a assentar uma conclusão definitiva sobre os diversos resultados de todas estas operações mentais.

Diz um mestre italiano de envergadura já clássica, que a função do intelecto, que nos leva de uma verdade conhecida a uma desconhecida, é a reflexão; e o meio pelo qual a reflexão leva nosso espírito a uma outra verdade é sempre o raciocínio.

O raciocínio, instrumento universal da reflexão, é a primeira e mais importante fonte de certeza em matéria processual. É através dele que logramos juntar todo os fios de uma investigação judiciária ínvia e inextricável, resultando no alcançamento de uma conclusão lógica reveladora da verdade ansiada e conferindo harmonia ao conjunto disforme de informações.

Num feito eleitoral onde se trata sempre de realidades contingentes, que podem variar indefinidamente de natureza e relação, a certeza que a elas se refere concretamente não pode

ser predeterminada por critérios rígidos. A compra de votos, por exemplo, caso apreciado neste feito, de um lado, tem, por si só, formas indefinidamente múltiplas (e clandestinas) de manifestação (basta ver o procedimento adotado nos diversos testemunhos); por outro, há relações indefinidamente múltiplas com as coisas e as pessoas, que, depois, vão servir para a averiguação, tornando-se provas suas.

10. Testemunhas de ciência própria

As testemunhas, segundo as expressões de Bentham, são os ouvidos e olhos da justiça. Vejamos por ordem de apresentação as testemunhas ouvidas sobre o caso.

Testemunha *** (FLS. 126/128):

“que viu que o sr *** chegou na comunidade três ou quatro dias antes da eleição; que o motorista do ***, o Sr. *** e o pessoal dele fez a distribuição de diesel; que os rapazes chegaram para pegar o diesel e o motorista dele o sr *** saiu para despachar o diesel para eles; que não sabe a finalidade do diesel, porque não estava perante quem pediu, só viu que distribuíram; que não viu, mas ouviu dizer que o vice o Sr. *** estava distribuindo dinheiro, mas não sabe para quem; que este fato ocorreu no dia da eleição; que não sabe quem recebeu dinheiro, mas que estavam dando, só que não sabe a quantidade...”

Testemunha *** (fls. 128/129):

“Que estava indo até a seção eleitoral, para votar e foi abordada por um cabo eleitoral do candidato ***; que o cabo eleitoral lhe ofereceu R\$ 30,00

para vestir a camisa do *** e para votar nele; que pegou a camisa e vestiu; que pegou o dinheiro e votou nele; que não conhece o cabo eleitoral; que vem muito pouco em ***; que está ciente que sua conduta é irregular; que ela e duas amigas que vieram de Manaus receberam lanche pago pelo vice, e uma quantia em R\$ 10,00 para comprar cigarro; que foi dado pessoalmente pelo vice; que ela já tinha votado; que ao lancharem também já tinha votado; que o vice estava pagando para outras pessoas; que lancharam juntas a depoente e suas amigas, no *** em frente do colégio ***; que ele o *** mandou elas escolherem o que queriam, e elas comeram suco e salgado; que tinha umas pessoas tentando alugar títulos das pessoas, para outras pessoas votarem”.

Testemunha *** (fls. 130):

“Que veio da sua comunidade para ir votar no ***; que um rapaz chamado Juarez bateu três vezes em seu ombro e disse se ela votaria no ***; que se votasse no *** ele daria R\$ 10,00 (dez reais) e um rancho; que iria votar e depois voltaria lá com ele; que ao sair do colégio depois que votou; que ele bateu no seu ombro e pediu que ela fosse com ele; que desceu e o acompanhou; que o rapaz chamado Lima colocou o rancho na sacola e lhe deu”.

Testemunha *** (fls. 131):

“Que a primeira vez que o senhor *** foi visitar a Comunidade, o senhor *** mandou preparar um almoço para o pessoal da Comunidade; que o vereador *** foi convidar o depoente para participar do almoço; que a sua filha Mara foi

visitar as cozinheiras; que elas falaram que só fazia refeição quem fosse do 45; que pessoas do outro lado da Comunidade ***, onde estavam as urnas, foram que foram comunicá-lo que estavam dando rancho para votarem no 45; que foi gente da comunidade do ***”.

Testemunha *** (fls. 132):

“Que no dia da votação, o senhor *** lhe deu R\$20,00 (vinte reais) na seção 15 no ***; que recebeu o dinheiro diretamente do senhor ***; que chegou próximo do depoente e deu os R\$20,00 (vinte reais); que falou para ele votar no 45; que daria emprego e o que mais precisasse; que deu o dinheiro às escondidas e pegou na mão do depoente e entregou o dinheiro; que tem certeza que foi o senhor *** que entregou o dinheiro para ele”.

Esta mesma testemunha respondendo às perguntas do Ministério Público retrata a **FORMA ACINTOSA** como o candidato – seguro sob o manto da impunidade -, ora representado, ***, abordava as pessoas com o fim de repassar o dinheiro aliciador:

“Que o senhor *** após passar o dinheiro para o depoente, logo saiu da seção; **QUE O SENHOR *** FALOU BAIXINHO PERTO DO SEU OUVIDO; QUE NÃO DEU PARA NINGUÉM ESCUTAR O QUE O SENHOR *** FALOU PARA ELE; QUE FALOU AO DEPOENTE NA FILA DE VOTAÇÃO**” (133).

De todas essas testemunhas, cujos depoimentos retratam sem nódoa alguma a captação indevida de votos, a que chama

mais atenção é a do Sr. *** (fls. 132). Pela leitura da declaração vemos claramente o procedimento adotado pelo representado, ***, no dia mesmo da eleição: entrega clandestina de dinheiro nas filas das diversas seções eleitorais, em total afronta à fiscalização do Ministério Público Eleitoral e do Juiz Eleitoral²⁰. A credibilidade de tal depoimento ressaí dos próprios fatos narrados: o candidato se aproxima, aperta a mão do eleitor já com as cédulas devidamente empalmadas e cochicha no ouvido palavras aliciadoras com a ajuda do numerário. O crime perfeito!!

Mas além da perfeição criminal, o representado comprova com o seu ato uma frieza e um calculismo dignos de qualquer indivíduo que se julga a salvo dos tentáculos da justiça e da lei. Puni-lo exemplarmente é um claro recado à comunidade de que a justiça não pode ser ludibriada nem bigodeada, bem como a eventuais seguidores de sua prática política. Com uma decisão justa sobre este feito estaremos matando dois roedores da fé na democracia com uma só cajadada.

Em relação ao depoimento em si e seu valor probatório, não podemos esquecer que a oferta e proposta de compra de voto, é um ato que se passa entre o corruptor e o corrompido, normalmente à revelia de testemunhas. Portanto, quando o eleitor se dispõe a falar sobre o fato, seu depoimento assume valor correspondente àqueles referentes à prova dos crimes contra os costumes de que fala exaustivamente a jurisprudência, onde as declarações da vítima assumem importância fundamental para a investigação judiciária e eventual decreto condenatório. *Mutatis mutandis*, o mesmo se dá no processo eleitoral por captação indevida de votos. O princípio é o mesmo, e onde *ubi eadem legis ratio, ibi eadem legis dispositio* - para a mesma razão deve prevalecer a mesma disposição.

²⁰ Ressalte-se que, no dia pleito, tanto o Promotor de Justiça quanto o Juiz, em rodízio permanente, circulavam, à guisa de fiscalização, pelas diversas seções eleitorais.

Testemunha *** (fls. 133/136):

“Que os ranchos ficaram na casa do Sr. *** e lá foram distribuídos, que não viu o rancho ser transportado para casa do sr. ***, porque estava escuro; que constatou no outro dia porque viu uma pessoa que chegou em sua casa e o sr. chamado *** chamou ela para falar sobre a votação e votar em outro candidato; que e ela falou que já tinha seu candidato; que a senhora é da sua igreja; que depois dela votar, eles pediram para pegar o rancho e ela pegou então era uma única prova que ele tinha; que então tirou a foto;... que ouviu e não tem prova que uma senhora na sua casa (do depoente) recebeu R\$ 100,00 (cem reais) e depois ela falou que estava construindo a casa e recebeu mais R\$ 50,00 para ela; que o candidato era o Sr *** que teria dado o dinheiro; que o dinheiro foi dado por ele mesmo (***) ; que a Senhora que recebeu o dinheiro se chama ***”.

Diz Mittermaier que quando dois homens dignos de fé atestam um fato a que assistiram podemos recusar admitir a verdade desse fato? É, pois, bem exato que há na verdade uma força de impulsão, cujo efeito é infalível em todos os homens, e que entre os meios, que auxiliam a sua manifestação, alguns há cuja influência igualmente se propaga por todos os espíritos e lhes impõe uma convicção irresistível (Ob. cit., p. 61).

11. O desvalor da prova infirmativa

A defesa dos representados, talvez pelo hábito do processo penal, arrola testemunhas com o claro intuito de plantar no feito o germe da dúvida, pela estranhíssima retratação de uma delas. Vejamos.

Testemunha *** (fls. 136):

“Que não tem nada a falar sobre algum fato irregular em relação aos candidatos *** ou **, durante a eleição; que o Rubem queria que a depoente falasse que o *** tinha lhe dado R\$50,00; que foi lá porque estava precisando de coisas; que o Promotor disse que a depoente iria ser chamada; que falou aquele negócio, mas não tem nada haver, não; que o *** não a ofereceu nada e também não lhe deu nada; que quem lhe deu foi o Sr. ** e que foi emprestado; que foi no dia 02 de outubro quando chegou em **, pois tinha vindo para votar; que o dinheiro foi emprestado e que iria devolver; que o *** não pediu nenhum favor e voto em troca disso; que já conhecia o ***; que seu marido já trabalhou para ele; que foi perante ao Promotor e mentiu porque estava sendo induzida, pelo *** que disse que não sairia dali; que não iria acontecer nada; que só queria que falasse aquilo mesmo; Dada a palavra do advogado da defesa, às suas perguntas respondeu: que sabia que o que estava fazendo era errado; que por isso estava aqui contando toda a verdade; que ficou com a consciência pesada; que não recebeu nenhuma recompensa financeira e somente promessa de emprego; que assinou perante o Ministério Público como **, em seu depoimento, pelo fato de seu marido ter dado seu nome como Maria pois ele a chama assim, e que não informou ao Promotor que estava errado por porque não pediu sua identidade quando foi depor; que não sabe se o *** trabalha para o **”.

Essa testemunha (LEIDA ou MARIA², fica difícil asseverar qual o nome verdadeiro), perante o Ministério Público declarou que houvera recebido vantagens por parte do representado, em

juízo se desdiz, com escusas incongruentes e sem harmonia com os fatos. Além disso, como uma verdadeira escroque, falseou o próprio nome perante uma autoridade pública e na tomada de um ato público. Prática típica dos criminosos habituais, preparados para mentir e ludibriar as instituições. Decididamente não merece crédito o depoimento e o testemunho dessa senhora, seja para imputar um ato ilegítimo ao representado, seja para exculpá-lo. A credibilidade de seu depoimento é absolutamente negativa.

Aquele que, por circunstâncias desconhecidas ou suspeitamente dedutíveis, desdiz anterior depoimento, reconhecendo a prática de uma mentira ignominiosa, mancha, com a aleivosia pretérita, os seus atos posteriores, e perde o direito de ser acreditado em seu testemunho, como o indivíduo que se conservou puro sempre. Quem pode garantir em sua consciência, que o mentiroso de ontem, não pode ser o mentiroso de hoje e de amanhã? Como conferir credibilidade a um depoimento de hoje em reconhecimento a uma mentira de ontem? Só um espírito ingênuo, incompatível com a função magistrática, poderia acreditar na veracidade de uma nova versão sob o trilha de interesses inescrutáveis.

Nestes moldes pouco lisonjeiros insere-se o depoimento da Sra. ***? (nem em seu nome podemos dar crédito!!!), cuja única serventia é de contraste.

A propósito diz Mittermaier:

“Quando a testemunha balbucia, perturba-se; quando hesita e desdiz do que acaba de expor, o juiz, se conhece o coração humano, calcula logo que não deve prestar fé absoluta ao seu depoimento” (*Ob. cit.*, Ed. Bookseller, 3ª ed., 1996, p. 236).

Testemunha *** (fls. 139):

“Que a respeito do depoimento que deu perante o Promotor de Justiça, sobre o Candidato ***, ter lhe dado alguma coisa ou dinheiro no dia da eleição; que o candidato não lhe deu nada; que o candidato lhe falou que se ele fosse eleito geraria emprego para a população; que foi no Promotor, porque foi convidado pelo sr. ***; que o senhor *** pediu para o depoente não falar nada a ninguém; que em nenhum momento o candidato *** lhe ofereceu emprego; que o candidato falou geraria emprego; que o senhor ***, não orientou o depoente a falar perante o Promotor de Justiça, sobre a proposta de emprego que o senhor *** tinha lhe oferecido; que o senhor *** falou que o atual prefeito ficasse no poder, o depoente teria ajuda, emprego, serviço para trabalhar; que estava nervoso perante o Promotor quando afirmou que o candidato *** lhe ofereceu emprego para votar nele; que o candidato *** só falou que geraria emprego para o povo se fosse eleito”.

Não é necessário deter muita percuciência em coisas de investigação judiciária para perceber claramente que as declarações prestadas em juízo pela testemunha *** foram chocadas sob o calor de orientação abalizada. É fácil ver que a testemunha repete várias vezes, como que fazendo eco a palavras repetidas *ad infinitum* (para não serem olvidadas), que o representado ***, não lhe oferecera emprego, mas que geraria emprego para o povo. Ora, como um cidadão leigo poderia saber que um simples detalhe técnico como esse seria suficiente para exculpar uma prática política? Como poderia saber, na sua simplória lida diária, que o oferecimento feito a pessoas indeterminadas é algo lícito ou aceitável do ponto de vista social e político? Somente sendo doutrinado antes da audiência judicial.

A natureza do testemunho é também coisa importante para ser considerada. Se o depoimento é em defesa, a experiência de todos os dias faz ver que neste caso não primam as testemunhas pelo rigor da exatidão; persuadem-se de que, assim fazendo, a ninguém prejudicam, e de que protegem a um infeliz candidato acusado, cujo procedimento de comprar votos muitas vezes nem mesmo acham muito reprovável; se, ao contrário, é o depoimento em favor da acusação, essas mesmas testemunhas tomariam como um ato de consciência o falar contra a verdade, diz C. J. A. Mittermaier (cit., p. 266).

Testemunha *** (fls. 140), *** (fls. 141), *** (fls. 142):

Essas três últimas testemunhas de defesa apresentam versões igualmente contraditórias e inçadas de incongruências, que lhes retiram a credibilidade necessário para a confecção de uma certeza processual. Sequer se prestam a solapar eventual convicção contrária.

É interessante observar a desculpa com que a testemunha *** (fls. 141) justifica o fato de mentir perante o Promotor de Justiça e de retratar seu depoimento anterior que incriminava o representado ***:

“Que não sabia que estava dando declarações falsas perante o Promotor de Justiça porque o Sr. *** disse que a documentação não teria valor, era só para prestar esclarecimento e seria tudo em sigilo e que não seria convocado para depor a respeito”.

A testemunha diz que não sabia que estava prestando declarações falsas perante o Promotor porque alguém dissera que estas não teriam valor. Ora, é preciso uma boa dose de ingenuidade infantil ou senil, ou ainda de malícia criminosa, para acreditar que uma pessoa não dimensione a importância de comparecer perante um Promotor de Justiça, para qualquer ato

da vida civil ou criminal. E a experiência como Promotor nos diz, que o cidadão, por mais humilde que seja, letrado ou iletrado, sempre confere importância a um ato prestado ou realizado perante uma autoridade pública, mormente àquelas autoridade ligadas, direta ou indiretamente, à Justiça. Quem, por exemplo, não se sente apreensivo ou tenso, ao ser intimado a comparecer numa delegacia de polícia? Talvez o Sr. ***!!

12. Conclusão

Assim sendo, por tudo quanto foi exposto, manifesta-se o Ministério Público pela procedência da representação, impedindo-se, por consequência, a diplomação de *** e ***, respectivamente, nos cargos de Prefeito e Vice-Prefeito do Município de ***, nos termos do art. 41-A, da Lei n. 9.504/97, condenando-os, ainda, nas multas previstas na legislação própria.

, ** de *** de *

JOÃO GASPAR RODRIGUES
Promotor de Justiça Eleitoral

**EXMA. SRA. DRA. JUÍZA DA XXª ZONA ELEITORAL,
COMARCA DE METRÓPOLIS/AB,**

Recorrente: O Ministério Público Eleitoral

Recorrido: O Juízo Eleitoral da XXª Z.E.

*Peça Profissional: PETIÇÃO DE INTERPOSIÇÃO DE
RECURSO ELEITORAL*

O MINISTÉRIO PÚBLICO ELEITORAL, pelo Promotor de Justiça com atribuições na XXª Z.E., localizada nesta Comarca, vem, respeitosamente, no tríduo a que alude o art. 258 do Código Eleitoral, diante de ato desde DD. Juízo Eleitoral, prejudicial a uma relevante parcela da comunidade de eleitores da zona rural, interpor, voluntariamente, **RECURSO ELEITORAL**, nos termos do art. 265 e seguintes do Código Eleitoral.

Requer, outrossim, após a observância dos §§ 6º e 7º do art. 267 do Código Eleitoral, seja o ato anulado, restaurando-se o *status quo ante*, em não sendo esse o judicioso entendimento de Vossa Excelência, solicita, portanto, o envio das anexas razões recursais, ao Egrégio Tribunal Regional Eleitoral do Estado do A*****S.

*São os Termos em que Pede Deferimento.
De METRÓPOLIS/AM para Manaus/AM,
20 de março de 2.006.*

EDIMILSON BARREIROS JUNIOR
Promotor de Justiça

RAZÕES DO RECURSO ELEITORAL

EXCELENTÍSSIMOS SENHORES DESEMBARGADORES
FEDERAIS DO EGRÉGIO TRIBUNAL REGIONAL
ELEITORAL DO ESTADO DO A*****S,

EXMO. SR. DR. PROCURADOR REGIONAL
ELEITORAL,

XXª ZONA ELEITORAL — Comarca de METRÓPOLIS

Recorrente: O Ministério Público Eleitoral

Recorrido: Juízo Eleitoral da XXª Z.E.

Peça Profissional: RAZÕES RECURSAIS

O MINISTÉRIO PÚBLICO ELEITORAL DA XXª Z.E. (METRÓPOLIS), pelo Promotor de Justiça com atribuições nesta Comarca, vem, respeitosamente, apresentar suas razões recursais, nestes autos, por discordar de ato imputável ao DD. Juízo Eleitoral consistente em transferir duas seções eleitorais de zonas rurais para a sede da comuna, excessivamente distantes, em prejuízo a centenas de eleitores que se encontram nos distantes rincões, e em descompasso com os verdadeiros ideais da democracia representativa. A fundamentação de fato e de direito será desenvolvida linhas adiante.

I. DOS FATOS: O ATO COATOR DA AUTORIDADE PÚBLICA

Em diligências ordinárias perante o Cartório Eleitoral desta Zona, o Ministério Público foi informalmente instado diante de suposta uma transferência abusiva de seções do meio rural para a sede da comuna.

Pelo ofício n. 03/2006, de 15/03/06, foram requisitadas informações; o Chefe de Cartório Eleitoral assim se manifestou, em 16/03/06:

·“Houve ordem de transferência de apenas duas das três seções rurais, para a sede deste município, sendo elas: a seção AA, que funcionava no Grupo Escolar Nova J*****m, no Km- ***/BR *** e a seção BB, que funcionava no Grupo Escolar A. V. de A., na Vila A*****Y.

O ato Administrativo deu-se na sede do TRE/AM, oportunidade em que eu, R. F. L., Chefe de Cartório, encontrava-me à serviço, e a Excelentíssima Senhora Juíza, R. M. C. de S., presente naquele Tribunal, solicitou verbalmente a confirmação da operação De-Para, do Sistema Eleitoral ELO, referente a mudança dos locais de funcionamento das seções em epígrafe. Pessoalmente, deu-se entrada no protocolo, conforme ofício n. 07/2006/XXª Z.E., em anexo.

·As áreas em questão possuem mais de 50 (cinquenta) eleitores: na seção AA/198 eleitores; e na seção BB/205 eleitores (doc. anexo).

·Houve publicação de Edital (cópia anexa).

Por fim, o Ministério Público deixou de ser intimado porque o Titular Ministerial Eleitoral encontrava-se em gozo de férias e a zona encontrava-se desprovida de substituto.”

Provou-se, assim, o ato coator, nesta que é a primeira oportunidade em que o *Parquet* cientifica-se oficialmente do ato ora recorrido; as cópias do ofício 07/2006/XXª Z.E demonstram a transferência das seções 27 e 35, antes localizadas nos Grupos Escolares Nova J*****m e A. V. de A., para a Universidade do Estado do A*****S, localizada no P***ô do ****iá, na sede municipal, **extremamente distante dos eleitores**. Com os demais documentos, comprova-se que os locais possuem

número bem superior ao de cinquenta eleitores, aptos a votar, consoante a informação do cartório.

As condições pouco convencionais em que houve a formação do ato administrativo do DD. Juízo Eleitoral prejudicaram a publicidade do mesmo, e somente nesta oportunidade foi possível ao Ministério Público opor-se aos seus efeitos danosos. O edital com a decisão publicada no cartório ocorreu em 23/01/06, durante férias do signatário, sem a presença de qualquer outro órgão designado pelo Procurador – Regional Eleitoral, para os fins do art. 27 § 4º, do Código Eleitoral c/c art. 79, *caput* e parágrafo único, da Lei Complementar Federal n. 075/93.

Pelo ofício 04/206, de 15/03/06, solicitaram-se informações para a Juíza Eleitoral, sobre os fundamentos de fato de seu ato administrativo. O prazo de 48 (quarenta e oito) horas, arbitrado em razão da exigüidade fática para a interposição de recursos eleitorais (três dias, em regra), transcorreu *in albis*.

II. DA LETIMIDADE ATIVA RECURSAL DO “PARQUET” ELEITORAL

O Ministério Público é um dos bastiões do regime democrático, consoante proclama a Carta Federal de 1988:

“Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.”

Ora, não existe regime democrático em que os eleitores, sem distinção de raça, cor, credo, classe social ou domicílio, possam exercer o direito de voto regularmente, como aliás prevê, em cláusula de dicção aberta, o art. 3º, IV, da CF/88.

Em assim sendo, o Ministério Público cumpre suas funções institucionais regularmente ao elaborar este recurso eleitoral, em defesa de comunidades de eleitores, que estão a serem excluídas arbitrariamente das eleições de 2006 e de futuras, sem qualquer possibilidade, de fato, de oporem suas defesas.

III. DA TEMPESTIVIDADE E DO CABIMENTO DO RECURSO ELEITORAL

Segundo a Lei Complementar nº 075/1993, Lei Orgânica do Ministério Público da União:

“Art. 18. São prerrogativas dos membros do Ministério Público da União:

(...)

II - processuais:

(...)

h) receber intimação pessoalmente nos autos em qualquer processo e grau de jurisdição nos feitos em que tiver que officiar.”

Ora, o recurso é tempestivo. A contar de 16/03/06, quando o Recorrente foi formalmente informado do que se tratava o ato administrativo, e o processo administrativo eleitoral é assaz relevante para não ser comunicado ao fiscal da lei, é que se podem contar os três dias para o recurso eleitoral; o prazo vence nesta data, 20/03/06, segunda-feira, primeiro dia útil após o terceiro dia. Em assim sendo, a impugnação é perfeitamente tempestiva.

Quanto ao Cabimento, os arts. 29, II, “a” c/c 265 e seguintes do Código Eleitoral denotam possibilidade jurídica de impugnação, para os Tribunais Regionais, dos atos administrativos do Juízo Eleitoral, quando ilegais ou praticados com abuso de poder, por excesso ou desvio.

Neste caso, é importante ressaltar que não devem ser seguidas as normas do art. 135 e parágrafos do Código Eleitoral.

Não se trata de uso de propriedade pertencente a candidato, membro do diretório de partido, delegado de partido ou autoridade policial, bem como dos respectivos cônjuges e parentes, consanguíneos ou afins, até o 2º grau, inclusive; nem mesmo de localização de seções eleitorais em fazenda, sítio ou qualquer propriedade rural privada (§§ 4º e 5º da referida norma). Se assim fosse, o recurso cabível seria o disciplinado nos §§ 7º a 9º do art. 135.

Tratando-se de outra questão, qual seja o abuso de poder na mudança de local de seção rural sem violação a essas normas, o direito aplicável à espécie é diverso.

IV. DO MÉRITO: DA VIOLAÇÃO A DISPOSITIVOS LEGAIS EXPRESSOS E DOS OBJETIVOS DA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA (DESVIO DE FINALIDADE)

As normas da legislação eleitoral seguem uma diretriz básica de interpretação: a operacionalização, em concreto, da democracia representativa.

Não há local da Nação Brasileira aonde não vá a Justiça Eleitoral para viabilizar o direito de voto. **A Justiça Eleitoral é a guardiã da cidadania dos brasileiros.**

É nesse viés que todas as normas da legislação eleitoral devem ser interpretadas.

Dispõe, nesse sentido, o art. 117 do Código Eleitoral:

“Art. 117. As seções eleitorais, organizadas à medida em que forem sendo deferidos os pedidos de inscrição, não terão mais de 400 (quatrocentos) eleitores nas capitais e de 300 (trezentos) nas demais localidades, **nem menos de 50 (cinquenta) eleitores.**”

§ 1º. Em casos excepcionais, devidamente justificados, o Tribunal Regional poderá autorizar que sejam **ultrapassados** os índices previstos neste artigo, desde que essa providência venha **facilitar o exercício do voto, aproximando o eleitor do local designado para a votação.**

§ 2º. Se em seção destinada aos cegos, o número de eleitores não alcançar o mínimo exigido, este se completará com outros, ainda que não sejam cegos.”

Observe-se, Excelências, que a norma exige que os locais com mais de cinquenta eleitores disponham de seções eleitorais. As exceções do artigo sempre autorizam a Autoridade administrativa eleitoral a **ultrapassar os limites máximos** previstos. Nunca está autorizada qualquer medida que **dificulte o exercício do voto, ou que afaste excessivamente o eleitor do local designado para a votação.** Inclusive no caso dos cegos, a norma permite que os não portadores da referida necessidade estadual votem no mesmo local, **tudo para não retirar a seção eleitoral do local onde os cegos possuem maior facilidade de acesso.**

Essa é a diretriz de toda a legislação eleitoral. Onde houver o mínimo de cinquenta eleitores aptos a votar, haverá um local relativamente próximo. Eis outra norma expressa do Código Eleitoral:

“Art. 136. **Deverão ser instaladas seções nas vilas e povoados, assim como nos estabelecimentos de internação coletiva, inclusive para cegos, e nos leprosários, onde haja, pelo menos, 50 (cinquenta) eleitores”**

A norma é cogente. No caso, a *mens legis* é manifesta. O local de votação não pode prejudicar o exercício de voto e ser

demasiado distante do local onde residam pelo menos cinquenta eleitores.

Essa exegese é referendada pelo notável juriconsulto.
JOEL J. CÂNDIDO:

“Em uma Zona Eleitoral, as seções vão sendo organizadas à medida em que vai crescendo o número de deferimento de pedidos de inscrição. Cria-se uma seção nova com o número de 50 eleitores.

O número mínimo e máximo de eleitores por seção era de 50 e 300 no interior e 50 e 400 nas capitais, na forma do art. 117 do Código Eleitoral. Foram alterados pelo Tribunal Superior Eleitoral, com base no art. 11 da Lei n. 6996, de 7/06/82, para 50 e 400 no interior e 50 e 500 nas capitais, passando a ter, cada seção, duas cabinas, no mínimo, o que corresponde a 250 eleitores por cabina. Qualquer alteração só será possível com autorização do Tribunal Superior Eleitoral (CE, art. 117, § 1º). O critério deverá ser, sempre, o de segurança do voto, a operacionalidade dos serviços eleitorais, a rapidez da votação e o da comodidade oferecida ao eleitor. Nunca para satisfazer qualquer interesse de partido político.” (“Direito Eleitoral Brasileiro”, Bauru/SP: Ed. EDIPRO, 11ª ed., 2004, pp. 175-6)

Ora, dessa diretriz afastou-se o DD Juízo da XXª Z.E. e praticou, logo, ato coator, com desvio de finalidade. Como se pode ver pelo ofício n. 018/2006, as localidades de BR-*** / KM *** e Vila de A*****Y são extremamente distantes da sede da cidade de METRÓPOLIS: na BR-***, Região do Km *** e Ramal Palotina: fica a 274 Km, ida e volta, da sede do município, por regular acesso pela rodovia federal; existem VINTE E CINCO famílias de produtores assistidos pelo IDAM;

na Vila A*****Y, adentrando o Rio A*****Y, a localidade fica a OITO HORAS, IDA E VOLTA, pelos rios Acre e A*****Y, da sede do Município, onde existem VINTE famílias assistidas pelo IDAM.

Não se quer negar vigência aos incisos X e XIII do art. 35 do Código Eleitoral, pelos quais Compete aos juizes dividir a zona em seções eleitorais; bem como designar, até 60 (sessenta) dias antes das eleições, os locais das seções. Questiona-se somente o excesso de poder em alijar, completamente, mais de QUATROCENTOS ELEITORES APTOS A VOTAR, CENTO E NOVENTA E OITO na seção AA e DUZENTOS E CINCO na seção BB, SEM QUALQUER MOTIVO RAZOÁVEL.

A JUSTIÇA ELEITORAL SEMPRE SE FEZ PRESENTE NAS REFERIDAS LOCALIDADES; TRADICIONALMENTE, FACILITOU A VIDA DE SEUS ELEITORES, INCLUSIVE COM TRASSMISSÕES COM APARELHOS "GLOBAL STAR" E OUTROS MEIOS ELETRÔNICOS MODERNOS; EXISTE, INCLUSIVE, "LEADING CASE" DEMONSTRANDO A IMPROPRIEDADE DAS TRANSFERÊNCIAS DAS REFERIDAS SEÇÕES PARA A SEDE DO MUNICÍPIO, EM MANIFESTO PREJUÍZO AO DIREITO DE VOTO; NO CASO CONCRETO, A FACILIDADE DE ACESSO DO ELEITOR AO VOTO, EM LOCAL TRADICIONAL, PREVALECEU, INCLUSIVE, SOBRE A PROIBIÇÃO DE SE INSTALAR A SEÇÃO EM TERRA PARTICULAR:

"209835 - RECURSO ELEITORAL - RECLAMAÇÃO - SEÇÕES ELEITORAIS - TRANSFERÊNCIA - ACÚMULO - PROPRIEDADE PARTICULAR - INSUBSISTÊNCIA - REDISTRIBUIÇÃO - CONHECIMENTO - PROVIMENTO - (parágrafo 7º, do art. 135 do Código Eleitoral).

O juízo eleitoral no exercício das atribuições que lhe são conferidas pelo art. 35, XIII e 135, parágrafos 2º e 5º do Código Eleitoral, deve observar a orientação do e. TSE no sentido de que as seções eleitorais tenham localização de fácil acesso aos eleitores, a fim de facilitar o direito ao sufrágio. A existência da seção eleitoral em povoado antigo não poderá ser removida tendo por motivação a sua localização em terras particulares, tendo em vista não haver empecilho ao livre acesso do eleitor e do público em geral.. Unânime. (TRET0 - RER 2.914/02 - (2.914/02) - Rel. Juiz Milson Ribeiro Vilela - DJTO 08.07.2002 - p. 39) JCEL.135 JCEL.135.7 JCEL.35 JCEL.35.XIII JCEL.135.2 JCEL.135.5”

Ora, os motivos de fato do DD. Juízo eleitoral, manifestamente utilitaristas, estão, somente, a trazer os seguintes prejuízos:

- a) incentivar a abstenção de eleitores;
- b) fomentar o delito de transporte irregular de eleitores pelos candidatos e terceiros;
- c) dificultar sobremodo o acesso e o retorno aos eleitores honestos e mais obstinados; e
- d) tornar inseguro o direito de voto, já que será incentivado o comércio de títulos, entre os eleitores que morem na localidade rural afastada, e votarão em local da zona urbana, onde não serão conhecidos dos membros da mesa receptora e pelos fiscais dos partidos e coligações; e
- e) incentivar a fraude no domicílio eleitoral, pois a tendência é a de que pessoas menos honestas, residentes em B*** do A***, tentem votar em P**** A***/AB ou R** B*****/AB, um caos manifesto.

Assim, para restaurar os direitos dos eleitores das seções AA e BB, bem como para tornar o processo eleitoral mais transparente, democrático, sem excluir qualquer cidadão desta comarca, por qualquer motivo ilegítimo, arbitrário e inconstitucional, da lavra de qualquer autoridade.

V. DO PEDIDO FINAL

Considerando tais fatos e fundamentos jurídicos, o **MINISTÉRIO PÚBLICO ELEITORAL (XXª Z.E.)**, pelo Promotor de Justiça de METRÓPOLIS, respeitosamente, requer que, recebidas as razões, e colhido o parecer do Órgão Ministerial Eleitoral Graduado, seja o Recurso Eleitoral conhecido e provido, para a anulação do ato judicial abusivo, restaurando-se o direito de voto da gama de eleitores das seções rurais indevidamente transferidas.

São os Termos em que Pede Deferimento.

*De METRÓPOLIS para Manaus/AM,
20 de março de 2.006.*

EDIMILSON BARREIROS JUNIOR
Promotor de Justiça

É da sabedoria universal que não existe país desenvolvido que não tenha feito grandes investimentos no desenvolvimento de sua cultura, aqui, entenda-se a ciência em todas as suas formas. Ao contrário, toda instituição forte tem sua base, os seus alicerces fincados na contínua preocupação com o aprimoramento de sua esfera cultural. A exemplo das grandes universidades, com a formação de seus respeitáveis corpos docentes, ganharam respeitabilidade e notoriedade, também, os Ministérios

Públicos de vanguarda, que ao se preocuparem com a qualidade de seus membros, mantêm um Centro de Estudos ou uma Escola Superior em cujas atividades incluem-se cursos de aperfeiçoamento, de especialização e publicação de trabalhos de cunho científico ou profissional, tudo em busca da capacitação de seus membros, da aproximação com a sociedade e, acima de tudo, do fortalecimento da instituição para uma melhor promoção da justiça social.



Ministério Público do Estado do Amazonas
Procuradoria-Geral de Justiça